

UNIVERSIDAD CENTRAL DE VENEZUELA
FACULTAD DE CIENCIAS JURIDICAS Y POLITICAS
CENTRO DE ESTUDIOS DE POSTGRADO
DOCTORADO EN CIENCIAS MENCION DERECHO

TESIS DOCTORAL:
LOS VICIOS OCULTOS EN LA COMPRAVENTA.
TRADICION JURIDICA ROMANA Y DERECHO ACTUAL

Tutor: Dr. Enrique Lagrange

Doctorando: María Auxiliadora

Delgado Giménez

Caracas, mayo 2011

DEDICATORIA

A la Santísima Trinidad y a la Virgen María en Su advocación Virgen del Carmen y María Auxiliadora.

A Rafael, consorte de vida, de sueños, de ideales.

A mis padres, con su juventud acumulada.

A mi padre académico, César Ramos, concreción de la humanitas, la veritas y la virtus.

A la memoria de mi padrino de bautizo, Luis Casado Hidalgo, por haber encauzado antes de partir mi vocación, el Derecho, el Derecho Romano.

Al Dr. Enrique Lagrange, príncipe de la Academia, acreedor de mi formación jurídica, tutor insigne de esta entrega.

Al Dr. Carlos Simón Bello Rengifo, quien desde el principio auspició esta investigación irrigada de las humanidades que él con elevación cultiva.

Al Dr. Regardiz, por su ciencia que es arte.

A la memoria de mis amados tíos, Aura, Oscar, Julio César, y a la de Fileno, quien partió recientemente al encuentro del Altísimo.

A mis amigos, los de siempre.

A mis alumnos, semilleros de esperanza.

Finalmente, lo cual bien es el principio, a la Universidad Central de Venezuela, madre nutricia de una legión de luciérnagas, aquende y allende.

INDICE

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

CAPITULO I. EXPERIENCIA JURIDICA ROMANA

I. 1. El problema de los vicios ocultos en el contrato de compraventa en el Derecho Romano.

I. 1. 1. Mancipatio: actio de modo agri

I. 1. 2. La responsabilidad pactada: stipulationes duplae

I. 2. Naturaleza del contrato de compraventa, buena fe y obligaciones del vendedor

I. 2. 1. Buena fe

I. 2. 2. Obligaciones del vendedor

I. 3. Actio empti

I. 4. El edicto de los ediles curules

I. 4. 1. Actio redhibitoria

I. 4. 2. Actio quanti minoris

I. 5. El Derecho justinianeo y la evolución unificadora

CAPITULO II. DESARROLLO HISTORICO DE LA FIGURA DESDE LA EDAD MEDIA HASTA LA CODIFICACION

II. 1. Derecho histórico español. Las Partidas

II. 2. Derecho histórico francés y Código civil francés

II. 3. Codificación del Derecho civil español

II. 3. 1. El Proyecto de Código civil de 1851 y las Concordancias de García Goyena

II. 3. 2. Regulación tradicional sobre la materia en el Código civil español

II. 4. El Código civil italiano de 1865 y de 1942

CAPITULO III. CODIFICACION LATINOAMERICANA

III. 1. Chile

III. 2. Argentina

III. 3. México

III. 4. Perú

III. 5. Brasil

CAPITULO IV. LOS VICIOS OCULTOS EN EL SIGLO XX.

IV. 1. Crisis de la figura del saneamiento por vicios ocultos

IV. 2. La Convención de Viena

IV. 3. La protección del consumidor

IV. 3. 1. Caso español

IV. 3. 1 a) Ley de Protección al Consumidor de 19 de julio de 1984

IV. 3. 1 b) 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

IV. 3. 1 c) Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo

IV. 3. 2 América Latina

IV. 3. 2 a) Chile

IV. 3. 2 b) Argentina

IV. 3. 2 c) México

IV. 3. 2 d) Perú

IV. 3. 2 e) Brasil

CAPITULO V. ESTADO DE LA CUESTION EN EL DERECHO VENEZOLANO

V. 1. Codificación

V. 2. La legislación de consumidores

V. 2. 1. Antecedentes legales

V. 3. La Constitución venezolana de 1999 (CRBV)**V. 3. 1. El régimen de los derechos económicos****V. 3. 2. El artículo 117 según el Tribunal Supremo de Justicia****V. 4. La Ley de consumidores de 2004 y la Ley PADEPABIS****V. 4. 1. Ley de 2004****V. 4. 2. Ley PADEPABIS de 2008 y sus posteriores reformas****V. 4. 3. Datos ópticos de una praxis constitucional****CAPITULO VI. CONCLUSIONES****BIBLIOGRAFIA**

Planteamiento del problema

En el desarrollo de toda investigación académica o, en otras palabras, en la búsqueda de respuestas para inquietudes intelectuales que deben ser concretadas y evaluadas –como será ésta– lo primero que procede es ubicar el contexto, puesto que exponer sobre los vicios ocultos en la compraventa amerita un iter que debe partir desde el inicio, valga la inserción de aquel pasaje de Alicia en el País de las Maravillas, del no menos maravilloso y enigmático Lewis Carroll, cuando el conejo blanco se dirige al rey con ocasión del proceso contra la sota de corazón por la pizza robada, con la siguiente interrogante: ¿dónde debo iniciar majestad? Ante lo que contesta este gravemente ‘inicia del inicio’.

Justamente nuestro comienzo viene dibujado por la experiencia jurídica romana en sus diversos períodos y nos auxilian las fuentes directas llegadas hasta nuestros días y, obviamente, la doctrina especializada de ese segmento histórico propicia en este norte la reflexión de Fritz Schulz cuando nos dice que “Las normas romanas relativas a la responsabilidad del vendedor por vicios cualitativos, han sido muy elogiadas y ha impresionado durante muchos siglos a los legisladores continentales. Especialmente, la responsabilidad creada por los aediles –garantía general por vicios cualitativos de todo género, garantía implícita, no dependiente de los dicta et promissa o de la scientia del vendedor; por otra parte una responsabilidad, no por los daños, sino que diese lugar a una rescisión del contrato o a la reducción del precio convenido– parecía a los legisladores continentales, un sistema ideal”¹.

Del contrato de compraventa en Roma es mucho lo que se puede plasmar, pensemos en cada uno de sus elementos estructurales o accidentales, o en sus orígenes, evolución, o en las diversas obligaciones de las partes intervinientes y

¹ Schulz, Fritz, (1960). *Derecho romano clásico*, trad. José Santa Cruz Teigeiro, Bosh, Casa Editorial – Urgel, 51bis– Barcelona, p. 515.

dentro de cada una de estas composiciones las subestructuras, en fin, nos encontraríamos frente a un ovillo de amplias dimensiones para hacer urdimbres igualmente extensas, ante ello se hace imprescindible la naturaleza del contrato de compraventa, la buena fe como elemento vinculado a éste y nervio central dentro de las obligaciones del vendedor, obviamente lo atinente a los vicios ocultos y su tutela, hasta llegar a su regulación actual dentro de la que el espectro se presenta enrevesado, producto de las farragosas legislaciones y la diversidad de plazos que prima facie tejen un no simple tinglado, ello sin contar las decisiones jurisprudenciales.

Tenemos presente que, al enfrentarnos a un tema histórico –la primera parte de la investigación lo es–, estamos llamados a distinguir lo coyuntural de lo circunstancial, lo mutable de lo estable y, obviamente, captar la evolución de los institutos para lo cual la periodización se yergue en referencia ineludible; por eso pretendemos insistir en ello, porque el primer segmento denominado experiencia jurídica romana abarca al menos trece siglos, sin desconocer que la historia se presenta sin solución de continuidad, y dentro de ese marco referencial el excursus se inicia en unos primeros tiempos de economía doméstica, autárquica, con intercambio de bienes bajo mecanismos hieráticos hasta llegar luego de un largo periplo al período bizantino en el que se constata una unificación de acciones y un acervo de soluciones que está allí para ser recogido, releído y reinterpretado por los modernos. En ese sentido evocamos al profesor José Javier de los Mozos Touyá, quien, a su vez, configura su aserto en parte de un poema de Antonio Machado: “hay sin duda una indeterminación en la historia que no sólo afecta al futuro y que el poeta Antonio Machado expresa en unos versos famosos: “Ni el pasado ha muerto, ni está el mañana –ni el ayer – escrito.”²”

Nos proponemos, en consecuencia, dedicar el espacio debido al problema en el Derecho Romano desde la actio de modo agri (mancipatio), pasando por el principio

² Wesenberg Gerhard–Wesener, Gunter (1998). *Historia del Derecho Privado moderno en Alemania y Europa*, trad. José Javier de los Mozos Touya, Editorial Lex Nova, Valladolid, p. 16.

caveat emptor, las estipulaciones cautelares para el caso de vicios ocultos, la diversa responsabilidad de la actio empti, las acciones edilicias (actio quanti minoris, actio redhibitoria). La solución desde Salvio Juliano, en la que se atribuye responsabilidad general al vendedor en el marco de la actio empti por los vicios ocultos (aunque no haya dolo, ni culpa del vendedor), hasta llegar a Justiniano, momento en el que se consagra la significación de la actio empti y las acciones edilicias precedentemente citadas (quanti minoris, redhibitoria).

Allí la descripción del sustrato histórico que suministrará las grandes bases para la comprensión del tema que, como indica el título, constituye un desde y hasta sin límites fijos por cuanto cada día que transcurre ofrece la posibilidad de sumar elementos al tema, sobre todo cuando la hipertrofia legislativa del mundo moderno así lo demuestra.

Convencidos del Derecho como producto histórico, antes de plasmar la regulación actual, procede ubicar el hilo de continuidad en el Derecho intermedio del que el Derecho histórico español se erige en ineludible referencia, especialmente las Partidas y la literatura jurídica del siglo XVI.

Luego, dentro de este apartado, se debe indagar la época de la codificación y una especial alusión al Proyecto de 1851 y las Concordancias de García Goyena.

Dados los prolegómenos arriba reseñados, se presenta como corolario el Código civil español con su regulación tradicional, que servirá de punto de reflexión para continuar con lo que hemos denominado los vicios ocultos en el siglo XXI, contentivo de aspectos de gran interés como son: la crisis del saneamiento por vicios ocultos, la insuficiencia de las reglas del Código para resolver el problema, la brevedad de los plazos y el desarrollo del aliud pro alio, la figura del error y el incumplimiento como institutos estrechamente vinculados al tema que nos ocupa.

A continuación se hará tratamiento de la célebre Convención de Viena y a la diversa normativa de protección al consumidor, específicamente la Ley de Consumidores de 1984 la Directiva 99/1999, y la Ley de 2003 como antecedente del Decreto vigente sobre la materia de 2007.

Finalmente, nuestro proyecto persigue indagar la protección del consumidor en legislaciones referenciales como México, Colombia, Chile, Brasil, Argentina y, en capítulo aparte, la regulación venezolana con sus peculiaridades.

En el capítulo de la normativa venezolana, se han hecho unas consideraciones que van desde la Constitución nacional, con la inserción dentro del régimen de los Derechos Económicos del tópico sobre los bienes de calidad, pasando por la actual Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y servicios de 2010 de polémico contenido. También se abordan los antecedentes legales venezolanos sobre protección al consumidor, así como una revisión de la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia con relación a los bienes y servicios de calidad consagrados en el artículo 117 de la Carta Magna, y finalmente unas acotaciones sobre datos ópticos dentro de lo que hemos denominado praxis constitucional, en una visión objetiva, más diacrónica que sincrónica.

Con lo anterior, exponemos las grandes líneas de nuestra investigación de tesis doctoral en Derecho, en el área de Derecho Romano. Nuestro buen propósito se dirige a elaborar con el mejor esmero un aporte científico que trascienda a las meras exigencias formales y se inserte en el tejido académico de aquellos que como nosotros no cesan de ver los institutos actuales al trasluz del lente de la historia maestra que todo lo enseña.

CAPITULO I. EXPERIENCIA JURIDICA ROMANA

I. 1. El Problema de los Vicios Ocultos en el Contrato de compraventa en el Derecho Romano

Antes de delimitar estructuras jurídicas como el contrato de compraventa, su naturaleza y demás institutos inherentes, nos vemos obligados a desplegar un contexto económico y, si se quiere, social y político bajo el cual aquéllos germinaron, más aún cuando la venta de siervos será una de las aristas consideradas. Se dice en no pocas ocasiones que Roma fue una sociedad esclavista, sin embargo "El desarrollo que experimentó la economía, la vida cotidiana, el bienestar, el arte o las ciencias en el mundo latino no tiene su única base en la explotación de la esclavitud, sino que obedece también a otros factores."³

"La Roma de la época primitiva era una comunidad rural. Es posible que el favorable emplazamiento de la ciudad a orillas del Tiber (río navegable que, además, por aquí era fácil de vadear)" y al lado de la antiquísima vía de la sal (Vía Salaria), en tierra de los sabinos, fomentara muy pronto el desarrollo de la industria y del comercio"⁴.

Ciertamente, las formas diversas de expresión de una comunidad siempre están interrelacionadas ante conceptos como industria, comercio, propiedad, esclavitud. Existen autores que irrigan los mismos más desde un componente ideológico, que del jurídico que le es propio -aludimos a juristas-; de allí que la cita que se exponga de tales ejemplos pretende simplemente calcar visiones, al margen de compartirlas, máxime la pretensión de esta indagación; también debemos asumir que en muchos casos las aparentes conmixtiones (ideológicas-jurídicas) no son tales, sino que

³ Castan Pérez-Gómez, Santiago. (2007). *Trabajo, economía y esclavitud en Roma*. Fides Hvmnitas IVS Studio in Onore di Luigi Labruna II. Editoriale Scientifica Napoli, 2007, p. 897.

⁴ Kunkel, Wolfgang. (1994), *Historia del Derecho Romano*, [trad. Juan Miquel], 4ª ed. Alemana, Editorial Ariel, Barcelona, p. 13.

evidencian posiciones como la sugerida por Dilthey que invocamos, detraída a propósito de los condicionamientos del ordenamiento jurídico como expone Coing "las manifestaciones humanas de las cuales está impregnada una cultura no se pueden aislar nunca absolutamente unas de otras. En la vida de una cultura todo está relacionado con todo de alguna forma; también cada campo aislado de la vida está en relación con la vida toda"⁵.

Ese tránsito de una economía autárquica que emanaba de una sociedad agrícola, rural no únicamente se explica por la ubicación geográfica privilegiada de Roma, tuvo otros condicionantes de tal manera que, "hasta los siglos V y IV a. C. la economía romana había sido básicamente doméstica (familiar). Pero desde esta época y especialmente a partir del siglo III a. C. el imperialismo romano transformaría los cimientos de esa sociedad. La expansión romana obedecía sobre todo a los deseos de asegurar el predominio y el protagonismo comercial en la zona del Mediterráneo oriental. Tampoco puede olvidarse que en la antigüedad siempre existió el elemento pasional, de poder, de orgullo a la hora de emprender una contienda. La idea de conquistar está siempre presente en el pensamiento antiguo. Sin embargo, Roma, durante toda su andadura, a la hora de emprender nuevas pugnas y conquistar otros territorios siempre tuvo en especial consideración, razones de tipo estratégico aparte, las ventajas de tipo económico que pudiera alcanzar"⁶.

Esta expansión y estos elementos en ciernes se tradujeron en una formación económico-social que caracterizó lo que se ha denominado tres grades períodos del Derecho Privado Romano que describe Feliciano Serrao de la siguiente manera: "En la historia de la Roma antigua se pueden distinguir tres formaciones económico-sociales o si se prefiere tres modos de producción dominante:

⁵ Coing Helmut. (1997), *Las Tareas del historiador del Derecho: (reflexiones metodológicas)*, trad. Antonio Merchán. Publicaciones Universidad de Sevilla, Sevilla, p. 56.

⁶ Castán Pérez-Gómez, ob. cit. p. 897-898.

1. La primera se desarrolla en aquel período que va de la más antigua comunidad gentilicia al afianzarse la esclavitud como fenómeno absorbente en el campo de la fuerza de trabajo o sea a fines del siglo IV. a. C.

2. La segunda sobre aquel período en el cual la fuerza de trabajo cuantitativamente prevaeciente estuvo constituido por esclavos y no por laborantes libres o semi siervos que con terminología marxista correcta se podían indicar como formación económico-social con dominio del modo de producción esclavistico; tal formación se extiende cerca del siglo III a. C. a la primera mitad del siglo III d. C.; iniciándose con la gran expansión imperialistica y con la progresiva transformación de la Ciudad en un estado mundial, caracterizada desde el punto de vista económico, por la afirmación del valor del intercambio, de un gran desarrollo del capital comercial y de una profunda transformación de la agricultura y de los tipos de propiedad.

3. La tercera formación económico-social de la mitad del siglo III d.C. a la decadencia del imperio, viene signado por la gran crisis económica del siglo III siglo, la decadencia de la actividad comercial, de nuevos reportes tras la ciudad y campaña, y principalmente de la decadencia de la economía esclavista"⁷.

Resulta evidente que ante tales acontecimientos que trascendían a las rígidas formas del primigenio *ius civile*, el pueblo del Derecho adoptase nuevos mecanismos para regular la cambiante realidad y es allí donde la labor de pretores y de jurisprudentes se hace colosal y digna de estudio, en lo que nos compete, el *ius Gentium* con sus aportes serán indagados, así como tópicos inherentes -buena fe, entre otros- insistiendo en la idea antes colocada de la compraventa de siervos en los mercados cuyos datos resultan curiosos, pues "Roma convierte en esclavos el mayor número de prisioneros para ser vendidos en los mercados y utilizados como peones agrícolas forzosos. Las cifras que nos han llegado son elocuentes: Estrabón afirma que en el

⁷ Serrao, Feliciano, (1999). *Diritto privato economia e società nella storia di Roma*, Prima Parte, Seconda Edizione Jovene Editore Napoli, pg. 9-11.

mercado de la Isla de Délos, quizás el más importante centro de abastecimiento de seres humanos, llegaban a venderse en un solo día hasta diez mil esclavos. En el año 167 a.C. Emilio Paulo, tras la batalla de Pidna, esclavizó a ciento cincuenta mil espirotas. Tras la guerra contra Viriato en el 147 a.C., diez mil lusitanos fueron vendidos como esclavos y a finales de ese mismo siglo otros ciento cuarenta mil cimbrios y teutones corrieron la misma suerte... hasta llegar a Julio Cesar que llegó a condenar a la esclavitud a más de un millón"⁸.

Ante un número tan robusto de ventas de siervos en los mercados se comprende que, aparte de los pretores y jurisprudentes, también los ediles curules deben ser estimados —infra ampliaremos— ,pues "En la formación de determinados sectores del derecho romano influyeron considerablemente los ediles, curules, magistrados de rango subalterno encargados del mantenimiento del orden en la ciudad (cura urbis) del abastecimiento de alimentos sobre todos trigo (cura annonae) y de la organización de los juegos públicos (cura ludorum) como consecuencia de estas funciones estaban encargados del buen funcionamiento del mercado público y administraban justicia en los litigios surgidos en este campo concreto. En el ejercicio de esta jurisdicción influyeron en la formación y desarrollo del derecho romano de compraventa, de manera análoga a como influyó el pretor en otros campos"⁹.

Volviendo a las elevadas cifras de siervos que existieron en Roma los cálculos son aproximados y no convergen los autores en torno a éstos, lo cual se suma a la escasez de fuentes, ya que "es difícil hacer hoy un cálculo sobre la población servil de Roma al inicio del imperio, la divergencia entre los estudiosos en cuanto a este tema viene causada por la pobreza de nuestras fuentes de información, no menos que de errores metodológicos como índice general para un cálculo estadístico serio. Se dice que sólo en Roma había 900.000 esclavos, ello es del todo arbitrario, se argumenta la

⁸ Castán Pérez-Gómez, ob cit, p. 899.

⁹ De Churruca, Juan - Mentxaka, Rosa, (1987), *Introducción histórica al Derecho Romano* 4ª edición revisada, Universidad de Deusto, Bilbao, p. 76.

opinión que en el 28 a.C., año del primer censo augusteo, sobre una población de Italia de 3.500.000 de ciudadanos unos 2.000.000 eran esclavos"¹⁰.

Un tema inherente a nuestro estudio es el de la periodización, la cual adoptamos constantemente, verbigracia, la expuesta en líneas precedentes, estamos ante una experiencia jurídica que no podemos captarla al unísono y menos como un todo, recordemos el símil sugerente del historiador Edgard Gibbon (1737-1794) quien hablaba de la experiencia romana del imperio y del derecho como la de un organismo similar al hombre, que ha atravesado una infancia, una adolescencia, una madurez y una vejez.

Al margen de compartir esta última o no, connotados representantes de nuestra disciplina han elaborado sus vectorizaciones con argumentos válidos enfocados en eventos político-constitucionales, construcciones teóricas generales de alta valoración técnica jurídica.

Para nosotros efectivamente las diversas periodizaciones del maestro Pietro Bonfante son de utilidad en ese norte, veamos la reseña tomada de Crifó: "En lo que respecta a la experiencia jurídica romana, se comprende una crisis ligada a la expansión de Roma, a finales del III sec. a. C. ello permite distinguir una primera fase de aquella experiencia, desde los orígenes a finales del III siglo, caracterizada por el Derecho quiritorio (o derecho romano nacional) y una segunda fase, del derecho romano universal (*ius gentium*, en contraposición al *ius quiritium ius civile*), derecho exigido por la expansión del mediterráneo. Una ulterior crisis, desarrollada luego del 235 d.c.; año de la muerte de Alejandro Severo. A partir de la cual se llega al derecho

¹⁰ De Martino, Francesco, (1974), *Storia Della Costituziones Romana*, vol. IV, parte prima. Casa Editrice Dott Eugenio Jovene Napoli, p. 23.

romano universal (*ius gentium* en este sentido) y se abre una fase caracterizada por la influencia del Oriente helenístico"¹¹.

Nuestra periodización abarca hasta Justiniano en la observación dinámica de los institutos en ciernes en una primera etapa que podemos denominar "Derecho Romano de los Romanos"¹², para luego retomar lo que denominamos Derecho intermedio, la tradición española y la época de la codificación, la evolución iberoamericana hasta llegar al problema de los vicios ocultos en nuestros días, tal y como ya dibujamos el recorrido en la introducción de nuestro trabajo.

Ha insistido el profesor Antonio Fernández de Buján en lo siguiente: "tengo escrito, en referencia al mundo del Derecho, pero creo que la idea podría ser extensible a la realidad económica, que los ordenamientos jurídicos modernos son el resultado de sucesivas experiencias históricas que deberán ser necesariamente tenidas en cuenta por los estudiosos si aspiran a la construcción de una dogmática, en el sentido conceptual del término, de base científica"¹³.

Siguiendo el exhorto gayano según el cual en todas las cosas es perfecto lo que consta de todas sus partes, el principio es la parte más importante de cualquier cosa; debemos remontarnos a los primeros tiempos, período arcaico cuyos prístinos orígenes están cubiertos por las nebulosas de la historia con fuentes imprecisas e irrigados de tradición oral, en ese sentido siguen vigentes las palabras que Kùbler escribiera hace ya bastantes años en frase tan gráfica como bella: "las incursiones

¹¹ Grifó, Giuliano, (2000), *Lezioni Di Storia del Diritto Romano*. Terza Edizione. Monduzzi Editore, Bologna, p. 7.

¹² Di Pietro, Alfredo, (1999), *Derecho privado romano*. 2ª edición. Ediciones Desalma, Buenos Aires, p. IX.

¹³ Giménez Barriocanal, Fernando, (2003). *La actividad económica en*el Derecho Romano: análisis contable*. Prólogo Antonio Fernández de Buján. Dykinson, Madrid, p.

hacia la nebulosa de los tiempos son un gracioso juego de la fantasía”¹⁴, obviamente contemplar aspectos de vicios o defectos en las cosas o bienes intercambiados amerita cierto avance y comprensión de adecuación idónea, de dichos bienes adquiridos para satisfacción de necesidades no sofisticadas, pero necesidad del hombre desde su tiempo y para su contexto, "cuando el investigador se enfrenta a un tema histórico, debe enfocarlo desde una perspectiva histórica, o sea, la visión de lo lejano como irremediablemente lejano, son palabras de Ortega, para quien, al tratar de describir la antigüedad, se debe tener en cuenta que, mientras el prójimo se espera que sea como nosotros, respecto del antiguo no hay más remedio que asemejarse a él imaginariamente, hacerse 'el otro', y la técnica de ese altruismo intelectual es la ciencia histórica.¹⁵

En orden de aparición histórica encontramos los siguientes institutos vinculados al elemento central, a saber vicios ocultos:

I. 1. 1. Mancipatio: actio de modo agri

Cuando hablamos de fundos, siervos, arados, bueyes, como elementos de gran importancia económica y social se entiende el porqué del rito mancipatorio y el porqué de la relevancia de tal negocio jurídico formal; "El sistema civil aporta un primer supuesto de responsabilidad por vicios materiales en caso de venta mancipatoria de un fundo con declaración de la medida del mismo; la defraudación del comprador en relación con la misma daba lugar a una acción (actio de modo agri) para exigir una indemnización por la cuantía del doble del valor mermado¹⁶”

¹⁴ Sainz-Ezquerria Foces, José María (1976), *La regula catoniana y la imposibilidad de convalidación de los actos jurídicos nulos*. Secretariado de Publicaciones. Facultad de Derecho Departamento de Derecho Romano. Universidad de la Laguna, p. 10.

¹⁵ Casado Candelas, María Jesús, (1994), *Prima luce: una introducción al estudio del origen de la jurisprudencia romana*. Secretariado de Publicaciones. Universidad de Valladolid, Valladolid, p. 9.

¹⁶ Fernández Barreiro-Paricio Javier, (1991). *Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, p. 413.

En una primera aproximación, elemental "Actio de modo, agri, acción civil concedida al mancipio accipiens mediante la mancipatio contra el mancipio dans que hubiese precisado la extensión del fundo y esta resultase menor, debía responder por el doble del valor de la superficie omitida"¹⁷, o "Actio de modo agri; acción civil concedida desde la ley de las XIII Tablas al adquiriente por mancipación de una cosa transferida con cláusula adicional indicadora de su extensión o cabida, para reclamar del enajenante la diferencia existente entre la realidad y lo, declarado, persiguiéndose una indemnización equivalente al perjuicio sufrido o por el doble según que el mancipante reconozca o niegue la declaración accesoria dolosa. La duplicación de la condena es reflejo del carácter penal de la acción"¹⁸.

La Ley de las XII Tablas es comprensible consagrarse alguna disposición en este sentido, así en la tabla VI-2 se lee "Según las XII Tablas era suficiente responder (en la compraventa) de aquellas cosas que hubieran sido declaradas verbalmente, pero aquel que las hubiera negado sufrirá la pena del doble; también por los jurisconsultos se ha establecido una pena por no manifestar lo que se debería haber dicho"¹⁹.

Ese último aspecto de lo transcrito del Código decemviral en cuanto a la pena como producto de no manifestar lo que se debería haber dicho, resulta de gran significación puesto que una normativa tan antigua ya sancionara reticencia nos coloca en terrenos del valor del silencio en una dimensión jurídica muy anterior al del célebre fragmento vertido en el D. 19.1.13 pr., que contempla la reticencia del vendedor que infra ocupará nuestra atención.

¹⁷ *Dizionario Giuridico romano*. (2006), Introducción de Antonio Guarino, IV Edizioni Simone, Napoli, p. 25.

¹⁸ Gutiérrez-Alviz y Armario. (1982), *Diccionario de Derecho Romano*. Tercera Edición, Reus, Madrid, p. 14.

¹⁹ Domingo, Rafael - Cuenca, Francisco y otros. (2002). *Ley de las XII Tablas: textos de Derecho romano*, Aranzadi, Navarra, p. 26.

Volviendo a la reconstrucción de las XII Tablas expuestas, es necesario invocar un pasaje de Cicerón contenido en su obra *De officiis* 3, 16, 65: “Disposición del derecho romano para establecer la buena fe en los contratos. En orden a los bienes raíces ordena entre nosotros el derecho civil que el vendedor advierta todas las faltas que sepa de aquello que vende. Porque como solamente obligue la Ley de las Doce tablas a cumplir lo que expresamente se prometió, condenando a la pena del duplo al que lo negase; han establecido pena también los jurisconsultos por lo que se oculte; determinado que el vendedor queda responsable a las faltas que tenga su heredad, si sabiéndolas no las manifestó claramente al tiempo de la venta. Sea ejemplo de esto, que debiendo los agoreros de hacer sus observaciones en la Torre del Capitolio, notificaron a Tito Claudio Centumalo, el cual tenía una casa en el Monte Celio, que hiciese derribar aquella parte de ella que por su altura les estorbaba a la vista. Con esto Claudio sacó a vender su casa, y la compró Publio Calpurnio Lanario. Volvieron los agoreros a intimar a éste la misma orden, y llegado a su noticia que Claudio puso su casa en venta después de haberle hecho saber los agoreros que aquella parte les impedía, le llamó a juicio delante del pretor, para que declarase cuánto se le debía restituir, obrando con la debida buena fe. Sentencio Marco catón, padre de este nuestro, que así como otros son nombrados por sus ilustres padres, este lo es por haber engendrado aquella luz resplandeciente de su glorioso hijo, y la sentencia fue que, pues sabía cuando vendió la casa la orden de los agoreros, y no la advirtió al comprador, estaba obligado a resarcirle el daño originado; luego juzgó que era necesario para la buena fe que el vendedor declare al que compra las faltas de lo que vende.

Si esta sentencia fue recta, pecó en callar al conductor de trigo, y el vendedor de la casa que no era saludable. Todos los casos de esta naturaleza es imposible que los comprenda el derecho civil; más los que en él se expresan, se observan exactamente. Marco Mario Gratidiano, pariente mío, vendió una casa a Cayo Sergio Orata, que le habría comprado a él mismo algunos años antes: sobre ella gozaba Sergio una servidumbre, la cual no expresó Mario al tiempo de la venta. Púsose en tela de juicio:

Craso defendía a Orata, y Antonio a Gratidiano; fundaba Craso su derecho en que el vendedor estaba obligado a la falta, que sabiéndola y siendo en provecho del comprador no la manifestó: Antonio en la equidad, diciendo que no era menester expresarla cuando ya la sabía Sergio”, que habría vendido la misma casa: en lo cual no podía haber engaño, puesto que el que la vendió primero sabría muy bien las cargas que tenía. Más ¿a qué fin traigo yo estos ejemplos? Para que entiendas que nuestros antepasados condenaban el artificio y la disimulación”²⁰.

De dicho pasaje el maestro Arangio Ruiz ha puntualizado: "Cicerón escribe con referencia a un derecho antiquísimo, en el sentido que una acción in duplum corresponde a los vicios nominativamente excluidos a cada comprador de cosa mancipi. Corresponde el problema a la palabra ciceroniana ai praedia, y es fácil darse cuenta que el orador ha trajinado con el comportamiento de la jurisprudencia de su tiempo, había puesto bajo la insignia de los vicios decisiones que resultaban de la aplicación del régimen de la actoritas o de otra forma la actio de modo agri”²¹.

En relación a estas ideas que persiguen esclarecer el problema de los vicios ocultos desde sus orígenes, resulta necesario el socorro científico de Reinhard Zimmermann que en esta y en líneas sucesivas nos facilita información privilegiada: “Primero que todo, ya en el Derecho antiguo encontramos la Actio de modo agri. Donde la tierra fue mancipada y el vendedor ha declarado por vía de la Lex mancipio dicta (una declaración formal hecha durante la mancipatio) que ésta, era de un tamaño particular, él era responsable por la cantidad proporcionada del precio si la extensión real en acres resultaba menor que la declarada. Esta responsabilidad estaba sujeta al litiscrescense, p.e., si el vendedor (acusado) litigaba el reclamo y tenía que ser demandado, el era condenado a pagar el doble de la cantidad comprometida

²⁰ Cicerón, (1978), *Los oficios*. Tratados Morales, [trad. Menéndez y Pelayo, M. De Valbuena y Gallegos Roca Full Grolier Internacioa], Editorial Cumbre, S.A. México, p. 279-280.

²¹ Arangio-Ruiz, Vincenzo. (1956), *La compravendita in Diritto Romano*. Vol. I. Seconda Edizione. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli, p. 354.

(infitiando lis crescit in duplum). La Actio de modo agri sobrevivió en el período clásico, aunque bajo nuevos auspicios, pero queda, atrás junto con la mancipatio en la época de Justiniano. ¿Podía el comprador también hacer responsable al vendedor a través de la dicta in mancipatio no por diferencias en el tamaño sino por otras características, cualidades o libertad de defectos en la extensión de la res mancipi? No lo sabemos, sobre esto tenemos solo una afirmación de Cicerón (De officiis, 3, XVI-65) la cual al ser leída puede dar a entender eso “uti lingua nuncupasset ita ius esto” en la Tabla 6, 1 de las XII Tablas fue aplicado al vicio en general. Sin embargo, Cicerón no fue un jurista y sus afirmaciones despliegan a veces una falta de precisión técnica”²².

Se debe insistir en que tanto la actio auctoritatis, como la actio de modo agri son acciones de la primitiva compraventa a la que hubiese seguido una mancipatio, si esta última no se hubiese materializado, quedan al margen casos de vicios ocultos dado el formalismo de estos primeros tiempos. Señalan Arias Ramos–Arias Bonet “La actio de modo agri únicamente valía para un defecto de cabida, tratándose de fundos y para que de la actio auctoritatis se pudiera echar mano a tal fin, se requería- si es que su utilización no estaba aún más restringida- que el mancipante hubiese emitido expresas declaraciones (dicta, promissa) al efecto”²³. En cuanto a esas restricciones estos mismos autores invocan a algunos tratadistas que entienden que sólo se podía recurrir a la actio auctoritatis tratándose de fundos, y cuando éstos hubiesen sido mancipados uti optimus maximus y el vicio oculto fuese una servidumbre, verbigracia, Girard. En otra doctrina el profesor Joan Miquel señala “La evolución por vicios materiales de la cosa discurre paralela a la de los vicios jurídicos. En la mancipatio el punto de partida lo constituyó la norma que establecía cum nexum mancipunque faciat uti lingua nuncupasset ita ius esto (cuando se celebre

²² Zimmermann, Reinhard. (1990). *The law of obligations Roman Foundations of the civilian tradition*, Juta & Co, Ltd Legal and Academic Publishers South Africa–C.H. Beck C. H. Beck’sche Verlagsbuchhandlung München, p. 308.

²³ Arias Ramos, J., Arias Bonet, J.A. (1984), *Derecho Romano II*. Décima Séptima edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, p. 619.

el nexum o la mancipatio lo que la lengua diga eso es derecho). A tenor de esta norma se hacía responder al vendedor por las cualidades que él atribuyera a la cosa. Así, si en la venta, de un predio se atribuía a éste una extensión determinada y luego la cabida resultaba ser menor, el vendedor tenía que pagar el doble del valor de la diferencia. Al comprador se le concedía a tal efecto, la actio de modo agri.²⁴”

Hemos mencionado la mancipatio a la que corresponde la actio auctoritatis, también la actio de modo agri, invocamos el pasaje robusto de Cicerón en *De Officiis* 3, 16, 65 y una responsabilidad in duplum para el caso de vicios materiales, vicios ocultos o simple y genéricamente vicios para los cuales en base a la cita de Miquel se construiría un régimen de garantía análogo a la evicción; especialmente por lo que se refiere a una común responsabilidad in duplum. Sin embargo, hay quienes descartan tal posición, por ejemplo Calonge, quien expone que “No parece argumento convincente por cuanto la mención Ciceroniana a los vicios, referida a un antiguo derecho, resulta, de un lado, excesivamente genérica, probablemente en un sentido amplio de vicio que abarque tanto los materiales, como los jurídicos y, de otro, aparece referida exclusivamente a los praedia, por lo que no puede utilizarse en un sentido rigurosamente técnico”²⁵.

Lo atinente a la distinción del término vicio es objeto de despliegue en líneas posteriores (morbus y vitium).

Volviendo a la actio auctoritatis para “Poder ejercitarse, era necesario el concurso de diversas condiciones, el estudio de las cuales singularmente consideradas resulta difícil, por los testimonios de las fuentes es más seguro las referencias a los

²⁴ Miquel, Joan (1992), *Derecho privado romano*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid, p. 324.

²⁵ Calonge, Alfredo. (1968). *Evicción. Historia del concepto y análisis de su contenido en el Derecho Romano clásico*. Universidad de Salamanca. Salamanca, p. 89.

institutos análogos posteriores, es decir a la doble estipulación, o a la garantía realizada con el auxilio de la actio empti”²⁶.

En la relación del instituto y la actio de modo agri y la garantía contra el vicio es destacable el pasaje de Scévola (D. 21. 2. 69. 6): “Cuando en el fundo vendido falta la cabida declarada, se toma una porción del precio, el cual en su totalidad se a de formar en virtud de todas la yugadas declaradas”. Al respecto Sargenti ha comentado que ”Se refiere a la actio de modo agri; que puede ser reconducida solo a la originaria referencia de la actio auctoritatis lo cual constituye una afirmación como presupuesto pacífico”²⁷.

Estamos ante elementos de un antiquísimo derecho, la doctrina ha formulado interrogantes interesantes verbigracia el fundamento de la actio auctoritatis y se han expuesto respuestas también llamativas, verbigracia, Ihering cuando señala que “Supone que la obligación de garantía sea un surgimiento de la aplicación de principios del hurto no manifiesto, fundado en una presunta apropiación indebida del dinero de otro”²⁸, a lo que se ha replicado aduciendo que es inaplicable tal concepto, pues carece del elemento básico del dolo, que tipifica el hurto, pues “el elemento del dolo no sólo no es necesario para ejercer la actio auctoritatis, por cuanto el mancipio dans es igualmente llamado aunque haya mancipado en perfecta buena fe una cosa que realmente creía suya y no lo era, otros entonces eran los fundamentos para su ejercicio”²⁹. La llamada actio auctoritatis, que de acuerdo con la opinión aún hoy prevalente, era una acción por el doble derivada automáticamente de la mancipación

²⁶ Longo, Antonio. (1887), *La Mancipatio. Parte Primero*. Stabilimento Di Giuseppe Pellas. Firenze, p. 142.

²⁷ Sargenti, Manlio. (1962). *Per una Revisione Della Nozione Dell’ Auctoritas come Effeto Della Mancipatio. Studi in Onore Di Emilio Betti*. Volume Cuarto. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, p. 33.

²⁸ Longo, ob. cit. p. 139.

²⁹ Longo, ob. cit. p. 140.

y que tenía como fundamento un deber de asistencia procesal que habría de procurar el mancipante al accipiente”³⁰.

Se estima pertinente transcribir el parecer de Perozzi “El vendedor no era ni siquiera tenido por la mera venta a garantizar al comprador el goce de la cosa consignada. La obligatio auctoritatis, que en etapa histórica acompañaba por derecho a toda mancipatio fue el ejemplo de tiempo atrás que la jurisprudencia y la práctica iniciaron con todo un movimiento directo a corregir las deficiencias de la venta de uno y de otro con cuidado y cuyo último resultado fue el tardo derecho que se avecinó sin todavía mayores avances a un reconocimiento de la obligación del vendedor de transmitir el dominio de la cosa vendida.”³¹

Esa actio de modo agri se limitaba sólo a predios, quedando al margen otros bienes susceptibles de tráfico, el negocio mancipatorio resultaba insuficiente para garantizar defectos con la sola fuerza de dicho acto jurídico formal. La primitiva venta real (mancipatio, traditio; no importaba responsabilidad alguna del vendedor por los vicios ocultos de la cosa o por la ausencia de cualidades de hecho prometidas. Respecto a la venta como negocio obligatorio del cual nos ocuparemos imperó por largo tiempo la misma norma, de acuerdo al uso el vendedor prometía mediante estipulación resarcir al comprador si la cosa tenía cierto vicio o si no estaban las cualidades de hecho, cuya existencia se prometía”³².

³⁰ Casinos Mora, F. Jaier, (1999), Observaciones acerca de la stipulatio duplae en el marco de la evolución de las garantías contra la evicción. *En Revista de Estudios Jurídicos, N° 2. Valparaiso*, p. 2.

³¹ Perozzi, Silvio. (1947). *Istituzioni di Diritto Romano*. Seconda Edizione Riveduta ed Ampliata. Vol. II obbligazioni ed azioni- Diritto ereditario Donazioni Casa Editrice Dottor Francesco Vallardi, Milano, p. 280.

³² Perozzi, Silvio, ob. Cit., p. 283.

Y es que “En Roma (como sucede también hoy día) nos encontramos con grandes dificultades para hacer responder al vendedor de cualquier defecto de la cosa o de su falta de calidad”³³.

Hemos visto como el negocio mancipatorio resultó insuficiente para garantizar aquellos con la sola fuerza de dicho acto jurídico formal, adicionalmente la *actio de modo agri* se refería sólo a ventas de predios, quedando sin tutela otras tantas cosas susceptibles de tráfico jurídico, en las que podían existir defectos o falta de cualidades declaradas, emerge así el principio *caveat emptor!* (comprador cuidado!) y “tan importante en el Derecho de compraventa de todos los pueblos, que llevó a Roma a utilizar la *stipulatio* con finalidad de garantía por vicios materiales. La responsabilidad del vendedor se medía naturalmente, por el tenor literal de las propias estipulaciones”³⁴.

Se puede en este momento asumir de manera sucinta que “En el *ius civile* clásico, el principio rector fue *caveat emptor* (aunque esta máxima no es romana); ni *mancipatio* ni venta consensual, implicaban responsabilidad del vendedor por defectos o vicios de calidad en la cosa. El vendedor era únicamente responsable:

1. Por *dicta et promissa in vendendo* (no *in mancipando*), esto es, por declaración expresa no formal (*pacta adicta* hechas en el acto de la celebración de la *emptio venditio*).

2. Si el vendedor habría ocultado vicios de la cosa *dolo malo*;

3. Si el vendedor asumía la obligación de prestar garantía mediante una estipulación.

³³ Miquel, Joan, ob. cit., p. 325.

³⁴ Miquel, Joan, ob. cit., p. 325.

En los dos primeros casos, el comprador disponía de la *actio empti*, para exigir la reparación de los perjuicios. No podemos discutir aquí, la medida exacta de los daños que el comprador pueda reclamar. La responsabilidad del vendedor por vicios, conforme al *ius civile*, fue más bien limitada³⁵.

En torno al principio *Caveat emptor* informa Zimmermann que "Es el principio que rige la venta de los bienes en todos los primeros sistemas legales. El comprador tiene el objeto de la venta 'ante sus ojos' y se puede esperar entonces, que él examine éste propiamente antes de que él concluya el negocio (cuando los paterfamilias compraban la mayoría de sus productos en los mercados locales o en las ferias, teniendo la oportunidad de examinar por si mismos lo que estaban comprando y regatear el precio, podría ser que ellos "más probablemente se sintieran avergonzados al ser burlados que ultrajados al ser estafados") los paterfamilias romanos pueden estar confiados al cuidar sus propios intereses y no, por ejemplo, pagar el precio de compra normal por un esclavo al que le faltaba un brazo o una pierna"³⁶.

I. 1. 2. La Responsabilidad pactada: *Stipulationes Duplae*

En esa órbita del *Caveat emptor* y el precaver con estipulaciones, apunta Federico Fernández de Buján que "Cuando la adquisición se hacía por otros modos no formales, se recurrió al juego de las estipulaciones añadidas como forma de garantizar al comprador que el vendedor respondería frente a los vicios de la cosa. En esta estipulación el vendedor aseguraba al comprador bien la ausencia de defectos en la cosa vendida; bien el aseguramiento de determinadas cualidades de la misma; bien ambas cosas a la vez"³⁷.

³⁵ Schulz, Fritz. (1960), *Derecho Romano Clásico*, trad. de la Edición Inglesa José Santa Cruz Teijeiro, Bosch, Casa Editorial Barcelona, España, p. 511-512.

³⁶ Zimmermann, ob. cit., p. 307.

³⁷ Fernández de Buján, Federico. (2003), *Sistema Contractual Romano*, Dykinson, Madrid, p. 219.

Se puede decir que “para el derecho civil, antes de la introducción de la compraventa consensual, el comprador podía obtener el resarcimiento del daño por la presencia de vicios o la ausencia de las cualidades anunciadas de la cosa, cuando el vendedor hubiese asumido una garantía en consideración a la forma de la *stipulatio*”³⁸.

Las estipulaciones con estos fines han sido objeto de estimación peculiar como infra constataremos, para este excursus es recomendable el resumen de Fuenteseca “Respecto a los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida (que podían ser denominados vicios materiales, frente a la evicción, que sería vicio jurídico) hay que precisar también una evolución histórica. El remedio más antiguo contra un defecto de la cosa vendida es la denominada *actio de modo agri* aplicable en el caso de que el vendedor hubiese atribuido una mayor extensión al fundo en el momento de la *mancipatio*. En este caso quedaba obligado mediante la aludida *actio* al resarcimiento del doble del valor de la extensión que faltase. Solamente podía actuarse con la *actio de modo agri* cuando la venta se había realizado por medio de la *mancipatio*. Por tanto, la mencionada *actio* se basa en las afirmaciones hechas por el *mancipio* dans respecto a la extensión del fundo en forma de *lex mancipio dicta*.

Se desconoce la existencia de otras acciones para exigir otras posibles condiciones que solían afirmar los vendedores en las *leges mancipio dictae*. En todo caso, desde fines de la República, parece haber sido utilizada la misma *actio empti* cuando el vendedor ha asegurado la existencia de ciertas condiciones o la inexistencia de ciertos defectos. Estas posibilidades de reclamación fueron hallando cabida en el *oportere ex fide bona* de la *actio empti*”³⁹.

³⁸ Talamanca, Mario, (1990), *Istituzioni di Diritto Romano*, Milano – Dott. A. Giuffrè Editore Milano, p. 591.

³⁹ Fuenteseca, Pablo, (1978), *Derecho privado romano*, Sanchez A. Gráficas, S.L., Madrid – España, p. 263.

Por supuesto, la *actio empti* será objeto de un análisis detallado, como pormenorizado será en *accipites* sucesivos lo relativo al Derecho edilicio, pues “Al lado de la garantía limitada, por vicios cualitativos establecida por el *ius civile* hubo una responsabilidad honoraria creada por los *aediles curules*. Estos magistrados tenían una jurisdicción concurrente con la del pretor sobre las ventas llevadas a cabo en el mercado de Roma. En su Edicto prometía otorgar acciones semejantes a las prometidas en el Edicto pretorio. El Edicto de los ediles, fue codificado últimamente por Juliano y Adriano, juntamente con el Edicto pretorio. El Edicto edilicio se ocupaba de la compraventa, en dos rúbricas: de *mancipiis vendendis* (venta de esclavos) y de *iumentis vendendis* (venta de animales de tiro)”⁴⁰.

Es evidente que, de la labor de estos magistrados menores en cuanto a los vicios ocultos en materia de compraventa en los mercados, son muchos los elementos que desentrañar, el punto resulta apasionante, así como la interpretación que han elaborado los estudiosos del Derecho Romano, con opiniones tan robustas como interesantes, de las que hemos hecho un acopio que compartiremos al colocarlas por escrito, verbigracia, Giambattista Impallomeni con su imprescindible texto *L’Editto Degli Edili Curuli*, la literatura posterior que ésta ha generado, y obviamente las fuentes directas, especialmente el Digesto (D 21.1.1.1. y 21.1.38 pr) y demás fragmentos alusivos que, al ser cuantitativa y cualitativamente importantes, nos vemos obligados a seleccionar con una vocación de muestreo de ese universo.

En este espacio y a propósito de las estipulaciones, en opinión de Casinos “en el edicto los ediles obligaban a los vendedores no solo a declarar con exactitud los defectos morales y enfermedades de aquellos (*morbi vitii*que), y a prestar estipulaciones de garantía de la inexistencia de tales vicios; del mismo modo existía para ellos la obligación de prestar una *stipulatio duplae* contra la evicción. A tal

⁴⁰ Schulz, Fritz, ob. cit., p. 512.

estipulación se refieren sendos pasajes de Pomponio y Ulpiano: D. 45, 1, 5 pr; D. 21, 2, 37,1”⁴¹.

Obviamente no es de nuestro interés el tema de la evicción, hemos escindido sendas obligaciones del vendedor, reservándonos la de los vicios ocultos, aunque en ocasiones permean referencias a ambas, verbigracia la siguiente: “A diferencia del edicto de *mancipiis vendundis*, en el edicto de *iumentis vendundis* sólo era exigida, en cambio, una estipulación contra los vicios ocultos. La razón del riguroso trato dado a las ventas de esclavos habría que buscarla con toda probabilidad en el carácter policíaco de la actividad de los ediles, ya que era precisamente en el mercado de esclavos donde la posibilidad de fraude era mayor. Allí afluían mercaderes de todos los confines y, dado que en las transacciones intervenían a menudo no romanos, cesaba la protección dispensada por el deber legal de *auctoritas* al no poder utilizarse el negocio libral, el cual si era imprescindible hasta la *mancipación nummo uno* en la venta de esclavos por su cualidad de cosas *mancipables*. De esta forma, se explica que entrara en juego la intervención de los ediles precisamente en aquellas ventas en que era mayor la necesidad de protección”⁴². No obstante el mayor conocimiento y el mayor tratamiento de los ediles en esta materia giraba en torno a dos acciones, la *redhibitoria* y la *quanti minoris*, que acá mencionamos y que también ameritan una posterior profundización, cabe mencionar a *Salvio Juliano* y la evolución posterior de la jurisprudencia, asomamos que “Tal fue el Derecho Clásico referencia a la responsabilidad del vendedor por vicios cualitativos. En la época post-clásica desapareció la jurisdicción de lo *aediles* y *quaestores* pudiendo ejercitarse las acciones *edilicias* ante un tribunal cualquiera”⁴³.

⁴¹ Casinos Mora, ob. Cit., p. 3.

⁴² Casinos Mora, ob. cit., p. 3.

⁴³ Schulz, Fritz, ob. cit., p. 514.

Ya “El Derecho justinianeo extiende las acciones edilicias a la compraventa de toda clase de cosas, (D.21.1.1 pr.; 63, interpolados)”⁴⁴.

Es importante distinguir estas estipulaciones edilicias de esas otras estipulaciones que para “la garantía por los vicios ocultos (y para las cualidades prometidas, más inexistentes en la cosa vendida) fueron a su vuelta originariamente prestadas por el vendedor a través de añadida stipulatio, por lo cual, en presencia de vicio o de ausencia de cualidades estipuladas, el comprador podía accionar con la actio ex stipulatu”⁴⁵.

Se ha opinado que no siempre coincide el régimen de garantías por evicción con el de los vicios ocultos, en esa órbita Calonge si bien separa tajantemente el régimen de garantía por evicción al de los vicios —lo cual no es unánime — pasa no obstante a reconocer “que si resulta incontrovertible la unificación en algunos documentos de la práctica, de las estipulaciones que garantizaban la evicción y las que garantizaban los vicios”⁴⁶.

Por su parte Fuenteseca sostiene que “en las compraventas que se realizaban sin la mancipatio no podía utilizarse este antiguo sistema de evicción mediante actio auctoritatis y se aplicó la stipulatio duplae (pecuniae). Esta consistía en la promesa de pago del doble precio de la venta para el caso en que el comprador se viera vencido en juicio por un tercero que hubiese reivindicado la cosa a título de propietario. Esta stipulatio era la más corriente, pero podía hacerse para la devolución del simple precio. La stipulatio duplae solía ir acompañada de otra que garantizaba la inexistencia de vicios ocultos de la cosa tal como se nos muestran en una formula común en las tablillas de cera de Transilvania”⁴⁷.

⁴⁴ Iglesias, Santos Juan. (2007), *Derecho romano*, 16ª ed. Ariel Derecho, p. 263.

⁴⁵ Franciosi, Gennoso, (2000), *Corso istituzionale di Diritto Romano*, Terza edizione G. Giappichelli Editore-Torino, p. 377.

⁴⁶ Calonge, Alfredo, ob. cit., p. 89-90.

⁴⁷ Fuenteseca, Pablo, ob. cit, p. 262.

En comentario de Betti distanciado del emitido por Colange Carcaterra nos informa “En cuanto a la garantía por vicios ocultos se encuentra (escribe Betti) para ella una evolución histórica análoga al desarrollo de la garantía contra la evicción. Es decir, los vicios no reconocibles en el acto de la venta eran garantizados mediante *mancipatio*, con *leges mancipii*, y de otra manera con estipulaciones, *leges* y estipulaciones que con el tiempo finalizaron por considerarse, según la praxis, incluso tácitamente en el acto de venta.⁴⁸ .

Como se comprende de este sucinto excursus del problema de los vicios ocultos en la experiencia jurídica romana, existieron una diversidad de acciones fruto de las diversas masas o estratos jurídicos y, más allá de esto, en la parte sustancial, la jurisprudencia creadora aportó unas soluciones dignas de mención y comprensión desde su época, que aún hoy son merecedoras de todo estudio y elogio, como se desprenderá de los capítulos sucesivamente al siguiente que nos coloca frente al contrato de compra-venta consensual, medular a este estudio.

I. 2. Naturaleza del Contrato de Compraventa, Buena Fe y Obligaciones del Vendedor

Despejar la naturaleza del contrato de compraventa implica centrarnos en el que se caracteriza por ser consensual, sabemos que la evolución del instituto parte desde el antiquísimo trueque pasando por la *mancipatio*, luego la doble estipulación, hasta llegar a la compraventa del Derecho de Gentes, cuestión que se vio catalizada por “la situación geográfica de Roma, a orillas de un río apto para la navegación, como el Tiber, que era el camino natural del comercio para la región del Lacio, es probable que determinase su transformación en un importante centro comercial. A ello debió

⁴⁸ Carcaterra, Antonio, (1964), *In torno ai bonae fidei iudicia*, Editore Jovene, Napoli, p. 77.

contribuir también el hecho de que desde el punto de vista estratégico, Roma sería la escala perfecta para el tráfico fluvial y marítimo antes de salir al mar”⁴⁹.

Obviamente, al ser la compraventa consensual, elementos como la libertad en las formas, la buena fe, la honestidad y la confianza en la conducta humana le son inherentes, de allí que en este intitulado hemos amalgamado al contrato de compraventa que nos ocupa con la buena fe en un desarrollo específico y necesario, pues “la compraventa era como entre nosotros, puramente consensual. No había regla que exigiera forma escrita en ningún caso; efectivamente, la forma escrita es exigida muy raramente por el Derecho de Roma en la mayor parte de los negocios. En fuerte contraste con la actitud del Derecho griego, el cual parece haber exigido forma escrita en la mayor parte de los negocios. Es el contraste entre Romana Fides y Grecia Fides: ningún griego confiaba en otro a menos que tuviera el asunto puesto por escrito”⁵⁰.

No constituye pretensión nuestra un desarrollo sobre el origen de la compraventa, no obstante dentro de los objetivos trazados está el punto de partida de la compraventa consensual que se sitúa normalmente en el Derecho de Gentes, aunque aquilatados autores como Teodoro Mommsen sostienen una tesis diversa. Y debemos puntualizar que no sólo Mommsen, sino otros romanistas han elaborado sus teorías, de las cuales haremos reseña.

Nuestro instrumento fundamental de trabajo viene constituido por el pensamiento según el cual el lenguaje constituye el brazo armado –palabras de Tomas Eloy Martínez- y es que, a propósito de ambos, el primer proceso en estos menesteres

⁴⁹ Benitez López, María (1994), *La venta De Vino y Otras Mercancías en la Jurisprudencia Romana*. Dykinson, Madrid, p. 14.

⁵⁰ William Warwick Buckland y Arnold D. McNair, K.C., Ll. D. (1994) *Derecho Romano y Common Law: una comparación en esbozo*. Segunda edición, Universidad Complutense. Facultad de Derecho. Fundación Seminario de Derecho Romano «Ursicino Álvarez» [trad. española Ignacio, Cremades Ugarte]. Madrid. p. 265

es pensar con las palabras y en una primera aproximación acudimos al Diccionario de la Real Academia del que se dice muchas veces no tiene la voz bíblica en cuestiones de lenguaje; en consecuencia, hay que revisar el juicio de los escritores notables, quienes al momento de usar ciertas palabras toman en cuenta elementos –entre otros– como su origen, su significado, su propósito, su espíritu, etc., y así entonces viene como imperativo el empleo de Diccionarios especializados y en nuestro caso concreto son herramientas básicas, en tal virtud buscamos la voz *venta* en el Derecho Romano detraída del Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Civile, donde se dice que “la compraventa romana, a partir de una cierta época de incierta y controversial determinación se presenta como un contrato consensual que no transmite ni la cosa, ni el precio, creando por tanto obligaciones en cumplimiento de las cuales serán transmitidas una y otra; se presenta entonces como un acuerdo de voluntad del cual nace para el vendedor la obligación de transferir la posesión útil y permanente de una cosa de la cual se garantiza el pacífico goce o bien la cesión de un derecho, y para el comprador la obligación de pagar un precio determinado”⁵¹.

Ciertamente discurrir sobre el punto de inflexión de la compraventa consensual nos coloca ante diversas opiniones que confrontan entre sí sobre aquel aspecto y son varios los autores intervinientes cuya auctoritas es conocida: “El punto de llegada constitutivo del contrato consensual con efectos por tanto solamente obligatorios es oscuro y en mérito ha estado avanzado solo de hipótesis: cuyo objeto ha estado lleno de objeciones y de críticas diversas no infundadas y algunas de ellas han naufragado de cara a obstáculos insuperables”⁵².

Necesariamente expondremos una panoplia de autores que en modo alguno agotan las posiciones, pero son los más representativos.

⁵¹ Romano, Silvio, (1999), *Vendita nel diritto romano*. Digesto delle Discipline Privatistiche Sezione Civile. Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, p. 716.

⁵² Romano, Silvio, ob. cit. p. 716.

Dentro de los que con sustento en las fuentes ubican el origen de la compraventa, en el *ius gentium* tenemos a Federico Fernández de Buján quien afirma: “El párrafo segundo del primer fragmento que el Digesto dedica a la regulación de nuestro contrato señala, D.18, 1, 1, 2, (Paulo 33 ed.)”.

La compraventa es de derecho de gentes y por ello se realiza mediante el consentimiento...

El jurista refiere el origen del *ius gentium* de la compraventa y de ello deriva que su perfección sólo requiere el consentimiento de las partes intervinientes. Esta nota diferencia claramente la compraventa de los típicos negocios del *ius civile*, que exigían en todo caso el respeto de alguna forma de las establecidas por el derecho para tener eficacia jurídica. Será el *ius gentium*, que nace en las relaciones comerciales con los peregrinos, el que suprime esos requisitos formales que tan mal se ajustaban a las nuevas necesidades de un tráfico que crecía en volumen y por ello exigía una mayor agilidad en las transacciones”⁵³.

Valga la inserción de un fragmento de la recensión crítica que efectúa Andrés Santos a la obra precedentemente citada de Federico Fernández de Buján en lo referente al origen de la compra-venta: “Los dos capítulos sobre la compraventa son, sin duda, los más enjundiosos del libro, y en ellos se analizan con detenimiento todos los problemas básicos de este negocio jurídico fundamental: el complejo tema de los orígenes históricos de la compra venta consensual (que sitúa, como la generalidad de los estudiosos, en el *ius gentium*, también utilizado por los ciudadanos romanos en sus relaciones recíprocas pero con posibles influencias, así mismo, de otras figuras

⁵³ Fernández de Buján, Federico, (2003). *Sistema contractual romano*. Dykinson, Madrid, p. 151.

negociales, como es el caso del juego de dobles estipulaciones cruzadas o de alguna derivación de la *mancipatio primitiva*”⁵⁴.

No debemos soslayar en esta instancia de nuestro desarrollo la adquisición en contante como fondo de la compraventa romana que, a decir de Joseph Georg Wolf, en todas las culturas jurídicas, la era del derecho de compraventa se inicia con la venta al contado: “Las fuentes consideran la estructura de la compraventa como resultado del desarrollo de la reglamentación de su proveniencia de la venta al contado. Por decirlo en otras palabras: muchas características y peculiaridades de la compraventa romana del período clásico se explican con el origen de la compraventa como venta al contado”⁵⁵.

Técnicamente, ¿qué entendemos por venta al contado en la experiencia jurídica romana? Lo primero es el contraste con la venta consensual en la que “la conclusión del contrato es inmediata la consignación de la cosa o del bien, como el pago del precio, puede venir en un momento sucesivo: así es posible que la conclusión del contrato fuese hoy la consignación de la cosa vendida mañana y el pago del precio pasado mañana”⁵⁶.

En respuesta directa a la interrogante formulada, Wolf puntualiza: “la venta al contado es bien diversa. Aquí no se crean obligaciones, ya que la contextualidad tras el acuerdo de las partes y el intercambio de cosa contra dinero son simultáneos. El cambio ha sido sobre la base de un acuerdo bilateral, el acuerdo va junto con el cambio. El acuerdo y el intercambio viene en el mismo momento, no hay espacio

⁵⁴ Andrés Santos, Francisco Javier, (2003). *Recensión crítica al sistema contractual romano. Segunda Edición*, Dykinson, Madrid. *Iura (Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico)* LIV, Editore Jovene, Napoli, p. 231.

⁵⁵ Wolf, Joseph Georg, (2001), *Per una Storia della emptio venditio: l'acquisto in contanti quale sfondo della compraventa romana. Una lezione*. *IVRA Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico*) LII, Editore Jovene, Napoli, p. 30.

⁵⁶ Wolf, Joseph Georg, ob. cit., p. 31.

para las obligaciones; sería artificial e irreal decir que las obligaciones de consignar la cosa y de pagar el precio nacen y se extinguen en ese mismo momento”⁵⁷.

Estas consideraciones las esgrime el autor en comentario a los fines de desarrollar su tesis de la que plasmamos lo relevante: “la venta con efectos obligatorios se construye en cierto modo sobre aquella al contado. Tal tesis presupone de otro lado como comúnmente sostiene la doctrina que de los dos negocios la venta al contado sea más larga y relevante, cuando hablo de emptio-venditio me refiero a la venta con efectos obligatorios del derecho romano de la tarda república y del principado, mientras llamo venta al contado, al antiguo negocio de venta del cual la emptio venditio trae su origen”⁵⁸.

Recordemos que la doctrina manifiesta uniformidad en aseverar que primigeniamente apareció la compraventa real con simultánea transferencia de la cosa y el precio representado por la moneda acuñada, antes un bronce bruto que era pesado, luego punto intermedio las dos estipulaciones y se arriba, así, a la zona oscura del contrato meramente consensual; ut supra prometimos una reseña sobre las tesis inherentes y he aquí una enumeración sucinta tal cual nos la suministra Silvio Romano en el Digesto delle Discipline Privatistiche ya citado:

“1) El Pernice (seguido de Costa, Huvelin y otros) sostiene que del intercambio contextual de las dos prestaciones se ha pasado a admitir que la prestación efectuada por la parte vendedora surge la causa de la otra que está obligada a cumplir la propia; en otros términos la venta primeramente que como contrato consensual estuvo reconocido como sinalagma real innominado do ut des.

2) Bekker, Ihering, Girard, de Zulveta, Arrrangio Ruiz y muchos otros sostienen que los romanos habían recurrido al recurso de dos estipulaciones, una

⁵⁷ Wolf, Joseph Georg, ob. cit., p. 31.

⁵⁸ Wolf, Joseph Georg, ob. cit., p. 32.

relativa a la prestación de la cosa, la otra al pago del precio: en seguida las dos estipulaciones vinieron a estar sobreentendidas y en base a aquella por una ficción se llega al reconocimiento de la nuda convención.

3) La autoridad de Mommsen (seguido de Cua) está a la cabeza de la doctrina según la cual la compraventa consensual comprendía y era una suerte de imitación del procedimiento seguido por el Estado romano, representado por sus magistrados, en la compraventa efectuada a privados y de los privados en informes del derecho administrativo: los magistrados en estos negocios procedían sobre la base de una simple convención sin la barrera que el formalismo oponía a la libertad contractual de los privados.

4) El Bechmann afirma que el acreditamento del precio se volvió en un cierto momento usual, y ello preparó la vía al reconocimiento, más sin aclarar cómo se arribó a ello.

5) El Voigt y el Ferrini, avanzan la opinión que la Convención antes de ser tutelada jurídicamente fue generalmente usada como finalidad de la venta y de las fides; el sentimiento social de su obligatoriedad por todos los hombres de honor hacía que la Convención fuese observada sin la intervención del derecho.

6) Meylan encuentra en la Mancipatio los elementos de los cuales se habría derivado la compraventa obligatoria.

7) Karlowa, Scialoja, Longo; Coligen la introducción en Roma de la compraventa consensual con el proceso histórico de formación de aquel particular ramo del derecho positivo romano que se inscribe bajo el nombre de *ius gentium*”⁵⁹.

⁵⁹ Romano Silvio, ob. cit., p. 716.

Debemos hacer un alto para indicar que de las posiciones expuestas esta última encuentra mayor número de adhesiones, es cierto que estamos llamados a exponer las diversas hipótesis sobre éste o cualquier punto de no coincidencia y puede ocurrir que nos veamos persuadidos más por una de ellas, que hacemos nuestra, o, sencillamente, las enumeramos casi desde un plano aséptico y aquí justamente entran los juicios de valor que como enseña Coing “para el historiador del Derecho como para cualquier historiador es completamente imposible evitar los juicios de valor acerca de los fenómenos que investiga. Esta imposibilidad no está fundamentada en el hecho de que el historiador esté llamado a ser un juez universal. La inevitabilidad de los juicios de valor se basa más bien en que una de las características de los fenómenos que el historiador ha de investigar es la distinta cualidad de los mismos”⁶⁰.

A lo largo de nuestro años en la enseñanza del Derecho Romano hemos captado de manera medular la importancia de esas masas jurídicas que lo han compuesto, a saber, *ius civile*, *ius honorarium*, *ius Gentium*, y de este último estrato es mucho lo que se ha indicado, basta pensar en lo que a propósito de su esencia Max Kaser ha descrito como “los significados literales de *Ius Gentium*”⁶¹.

De estos encontramos el que invocan Karlowa, Scialoja, Longo y que en la cita de Kaser con soporte en O. Lenel es “una parte del mismo Derecho Romano, el conjunto de aquellos institutos jurídicos que ellos (los romanos) encontraban de forma coincidente en el Derecho de los pueblos antiguos (las gentes, en griego γένεον). Según esto, el *ius gentium* no era ningún «Derecho extranjero», ya que no obliga sólo a los no romanos, sino también a los romanos; tampoco fue adoptado en Roma a partir de las creaciones de otros pueblos (salvo muy pocas excepciones), sino que, en términos generales, fue una elaboración nacional romana desde el principio”⁶².

⁶⁰ Coing, Helmut, (1977), *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, [trad. Antonio Merchán], Publicaciones de la Universidad de Sevilla, p. 97.

⁶¹ Kaser, Max, (2004), *Ius Gentium* [trad. Francisco Javier Andrés Santos], Editorial Comares, S.L. Granada, p. 6.

⁶² Kaser, Max, ob. cit., p. 9.

Ya antes, como argumento de esta posición, se mencionó el texto de Paulo (D, 18, 1, 1, 2,) (Libro 33 ad edictum) que en su tenor literal puntualiza: “Mas la compra es de derecho de gentes, y por eso se perfecciona por el consentimiento; y puede hacerse entre ausentes, y por mensajero, y por carta”.

El tema del consentimiento en general ha gravitado en torno a la compraventa y, sin embargo, el punto focal en esta instancia del desarrollo viene constituido sobre el aserto que “La compraventa fue el primer tipo de contrato comercial, proveniente del *ius gentium* que respondía a exigencias mercantiles, universales, de la civilización romana imperante sobre los pueblos del mediterráneo”⁶³.

Por supuesto, centrar la compraventa consensual con su germen en el *ius gentium* implica una zona opuesta a las hipótesis precedentemente expuestas cuya relación detrajimos de Silvio Romano en la fuente enciclopédica ya identificada en las que “todos atribuyeron el reconocimiento de la venta consensual a un desarrollo espontáneo interno verificándose directa y espontáneamente en el ámbito del Derecho civil”⁶⁴.

No es este escenario para lo que Giuseppe Grosso caviló con soporte escrito en “Reflexiones sobre ‘*ius civile*’, ‘*ius Gentium*’, ‘*ius honorarium*’ en la dialéctica entre tecnicismo-tradicionalismo jurídico y adecuación al desarrollo económico y social en Roma, recogidos en sus escritos histórico-jurídicos,⁶⁵ pero sí se debe reconocer que “según se arroja una u otra hipótesis arriba descritas se llega a conclusiones diversas en mérito a la determinación de la época en la cual surge el reconocimiento de la venta consensual, los que la computan exclusivamente en el terreno del *ius civile* debieron necesariamente excluir que se había producido una tutela durante el período

⁶³ D’Amico, Pietro, (2000), *Diritto Privato Romano Comparato con il moderno*. Edizioni Giuridiche Simone, Napoli, p. 408.

⁶⁴ Romano, Silvio, ob. cit., p. 717.

⁶⁵ Grosso, Giuseppe (2000). *Scritti storico Giuridici*, tomo I de la Historia Derecho Sociedad G. Giappichelli Editore. Torino, p. 935-949.

de las legis acciones. Los que sostienen la última hipótesis, en cambio, no pueden dejar de admitir que la venta consensual no hubiera podido ser tutelada con una legis actio, pero sin llegar a la conclusión que esa, como otros institutos del ius Gentium, no siendo los extranjeros capaces de intervenir en las legis acciones, comenzará a ser protegida en Roma en las relaciones entre peregrinos y civiles con una tutela jurisdiccional meramente pretoria, posteriormente, en la época anterior a la lex Aebutia, después todavía de las legis acciones, esta tutela fue extendida a la compraventa consensual concluida entre ciudadanos romanos”⁶⁶.

Dentro de la indicación que efectuamos en líneas precedentes en torno a revisar el juicio de los escritores notables, debemos acotar que a parte de los romanistas escritores citados, otros tantos han abonado el punto, a continuación transcribiremos las de algunos, conscientes de no agotar la pléyade de autores. Sin duda Arangio Ruiz que nos legó esa robusta obra sobre la compraventa en Derecho Romano es imprescindible, decantemos lo que puntualiza del polémico punto en desarrollo: ”La organización de una protección judicial estable para los contratos del comercio internacional la encontramos sólo, como todos saben, a partir de la creación en 241 a. C, de la pretura peregrina, y la protección coincide con la afirmación de Roma como gran potencia naval en cada rincón del Mediterráneo, con el surgimiento de la caballería de clase social, con la progresión geométrica según la cual proceden en tiempos de la primera y segunda Púnica e incluso después de la caída de la potencia Cartagena, el aumento de la riqueza y la demanda de mercancías exóticas de alto valor. También en lo que respecta a la historia del proceso, ningún esfuerzo ha logrado jamás contrastar con éxito la hipótesis (aunque se le quiera llamar así) que el sistema formulario haya tenido su primera aplicación en el tribunal del pretor peregrino, y por lo tanto restringido a las relaciones entre romanos y extranjeros, para

⁶⁶ Romano, Silvio, ob. cit., p. 717.

extenderse a los procesos entre ciudadanos sólo con la *lex Aebutia*, fechada aproximadamente a mediados del siglo II⁶⁷.

Por su parte, Pugliese afirma que “El origen de la compraventa como contrato consensual está vinculado con el período del proceso formulario. Es hoy difícil reconstruir el pasaje según el cual los jurisconsultos han arribado a esa configuración que deriva de la representación inmediata del negocio en su dimensión concreta de intercambio de la cosa contra el precio”⁶⁸.

Es pertinente delimitar que gravitan sobre el origen consensual de la compraventa romana dos tesis fundamentales: una de carácter privatístico, cuya relación de textos con pleno dominio de la literatura ha estado discutida y críticamente expuesta en la obra de Arangio-Ruiz previamente referida; y la otra, de índole publicista, cuyo mentor insigne es Teodoro Mommsen, tal como se indicó, “Cuya monografía ha producido un enriquecimiento de la literatura especialmente manualística francesa: Cuq. C. (*Manuel des institutions juridiques des Rom*: París, 1917, p. 453 y ss.), Monier (*Manuel élémentaire de droit romain*, París, I e II, 1935-36 vol. II, p. 160 y ss.), Giffard, (*Précis de Droit romain*, II, París, 1938, 53, N° 73), Von Lûbtow⁶⁹.

Esta teoría publicista ve los orígenes del contrato consensual de *emptio-venditio* en la venta en subasta, en remate, que era la práctica negocial pública, a esto Cancelli agrega “de manera natural la subasta resolvía por tanto una especie de oferta al

⁶⁷ Arangio-Ruiz, Vincenzo, (1956), *La compravendita in Diritto Romano*. Casa Editrice Dott Eugenio Jovene, Napoli, p. 13.

⁶⁸ Pugliese, Giovanni, con la collaborazione di Sitzia Francesco e Vacca Letizia, (1991). *Instituzioni di Diritto Romano* Terza Edizione. Giappichelli Editore, Torino, p. 557.

⁶⁹ Cancelli, Filippo. (1963). *L'Origine del contratto consensual di compravendita nel Diritto Romano. Appunti Esegético-critici*. Dott. A. Giuffré-Editore, Milano, p. 2.

público, los avisos de venta y la publicación de la *lex venditionis*: y no era necesario rigurosamente la competición de oferentes para la conclusión del negocio”⁷⁰.

Por otra parte, “radicada como estaba en la conciencia social la venta con procedencia de subasta, o sea la *auctio*, no cesó el uso por cuanto la jurisprudencia había enucleado el contrato consensual. En efecto los privados continuaron, normalmente la publicación de la *lex venditionis* o sobreentendían como esperar la publicación de las condiciones de la venta, todavía en el último período republicano y luego durante el principado”⁷¹.

Este aspecto de la naturaleza del contrato de compraventa es una de las aristas de este capítulo, cuyo título es encabezado por aquel seguido de la buena fe y obligaciones del vendedor y, a decir verdad, llegan a ser farragosas las explicaciones sobre la naturaleza del contrato consensual que nos ocupa, por cuanto a las hipótesis principales se han ido sumando comentarios o mutaciones, de allí que para cerrar el punto plasmamos el resumen esclarecedor del maestro Iglesias: “Harto discutido es el origen de la compraventa consensual romana. Cifradas en seis las hipótesis principales sobre la cuestión, tienen por autores respectivos a Mommsen, Pernice, Bechmann, Meyan, Bekker, Ihering y Voigt, con rectificaciones, adiciones o más adelantadas explicaciones, de otros estudiosos. Las hipótesis son éstas: 1) La compraventa, así como los demás contratos consensuales, proviene de la aplicación en el Derecho Privado de esquemas contractuales del Derecho público: la compraventa, en particular, de la imitación de las ventas *ex lege quaestoria* y de los contratos de concesiones públicas (Mommsen, Cancelli, Gallo); 2) La compraventa tiene empalme con un precedente contrato obligatorio de tipo real: partiendo de la *mancipatio*, en un segundo momento se habría admitido que, mientras una de las partes podía ejecutar directamente su prestación, la otra podía dilatar la propia; la parte que habría recibido la *datio* resultaba obligada a efectuar su prestación

⁷⁰ Cancelli, Filippo. Ob. cit., p. 1 y 2.

⁷¹ Cancelli, Filippo, ob.cit., p. 2.

justamente en virtud de aquella (Pernice, Huvelin); 3) El paso del contrato real al consensual se había producido mediante el uso de acreditar simplemente el precio (Bechmann); 4) el paso de la *mancipatio* a la *emptio venditio* consensual se efectuó a través de una simplificación de la primera (Meylan); 5) la compraventa consensual deriva de dos estipulaciones tendentes al mismo fin: referida, una a la entrega de la cosa, y al pago del precio, otra (Bekker, Ihering, Arangio Ruiz); 6) la compraventa guarda relación con una particular eficacia de la *Fides arcaica*, con independencia de toda relevancia y tutela jurídica (Voigt, Ferrini).

Queda por decir que la mayoría de la doctrina considera la compraventa consensual cual nacida en el ámbito del *ius gentium* y sancionada jurídicamente en Roma a través de la jurisdicción del pretor peregrino. Así, entre otros, Scialoja, Longo y Luzzatto⁷².

Labor nuestra es exponer las diversas perspectivas y avanzar, pues nos interesa una visión panorámica que empalme este contrato consensual de Derecho de gentes con sus otros componentes, y cuyo acopio constituye cantera rica.

I. 2. 1. Buena Fe

Antes de bordear el concepto de Buena Fe en su uso relacionado al contrato consensual de compraventa, resulta pertinente incorporar unas ideas generales, pues "Al enfrentarnos con el tema de la buena fe conviene no perder de vista que son probablemente dos cosas distintas la idea escueta de buena fe y el principio general de buena fe"⁷³.

⁷² Iglesias Santos, Juan (2007). *Derecho romano*. 16ª ed., Ariel Derecho, Barcelona, España, p. 259-260.

⁷³ Wieacker, Franz (1982), *El principio general de la buena fe*, trad. José Luis Carro, Editorial Civitas, Madrid, España, p. 11.

Antes de desentrañar la concepción en la experiencia jurídica romana nos ha parecido pertinente trazar unas líneas esclarecedoras, pues los ordenamientos jurídicos modernos consagran el instituto con variado sentido, obviamente son líneas breves que emanan del texto de ese gran romanista alemán Franz Wieacker, además notable conocedor de la Historia de la Ciencia del Derecho Privado, civilista ilustre, en una obra imprescindible como lo es *El principio general de la Buena Fe*, con prólogo del también importante civilista Díez-Picazo, ello porque no podemos olvidar un instante “que el *Corpus Iuris* de Justiniano es el punto de partida de una prolongada tradición jurídica que se proyecta hasta las modernas codificaciones. En Occidente, la pervivencia del Derecho Romano, tras derrocar, el 23 de agosto del año 476, el Jefe Hérulo Odoacro al Emperador Rómulo Agústulo y poner fin a la Edad Antigua, es destacada por Vinogradoff al decir que: la historia que pasa a relatar –la del «Derecho Romano en la Edad Media»–es desde cierto punto de vista, casi la de un fantasma, pues se trata de la «segunda vida del Derecho Romano» después de la pérdida del cuerpo, en que, por primera vez, vio la luz. Durante ese largo período se alternan orientaciones prácticas, que pretenderá servirse, sobre todo del Digesto, para aplicarlo y resolver los problemas y necesidades de una época, y tendencias cultas presididas por un sentido histórico, que pretenden profundizar en el Derecho Romano y seguir su evolución”⁷⁴.

Fruto de esa tradición detraemos entonces de la obra de Wieacker precedentemente identificada la enumeración no taxativa del concepto: “La Buena Fe es tenida en cuenta por el ordenamiento jurídico con una pluralidad de matices y de consecuencias. Sin pretender hacer una enumeración exhaustiva de las mismas podemos destacar las siguientes:

74 Panero Gutiérrez, Ricardo, (2005), *El Derecho Romano en la Universidad del Siglo XXI, Catorce Siglos de Historia y Catorce de Tradición*, Tirant Lo Blanch, Valencia (España), p. 141.

a) La buena fe es considerada en primer lugar como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto fundamentalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción o por lo menos de atenuación de la misma.

b) La buena fe es tenida en cuenta en segundo lugar como una causa o una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no se deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe.

c) La buena fe es finalmente una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico”⁷⁵.

Ahora dentro de una visión retrospectiva hurguemos los testimonios, las ideas, el marco referencial de ese segmento de la historia antigua de la humanidad tratando de partir dentro de una cronología que respete la periodización como herramienta fundamental de este estudio y que nos lleva a remontarnos a los primeros tiempos, por cuanto recordar la conmixtión inicial entre <ius> y <fas> nos obliga a recorrer un camino importante en el que luego ocurrió la desacralización de la Fides “el ius empieza por estar en estrecha relación con la religión, y se habla de ius divinum para designar prescripciones pertinentes a los ritos religiosos. El carácter formal era común a los actos jurídicos y a los actos religiosos: tanto unos como otros producían sus efectos a causa de su propia forma, pues ésta no se limita a un fin probatorio o de constancia, sino que es propiamente constituyente del derecho. Se habla a veces, a este propósito, del carácter <mágico> de los ritos religiosos.

75 Wieacker, Franz, ob. cit., p. 19.

Esto supone una confusión entre la religión, que, en una forma u otra, presupone una operatividad divina, y la magia, que pretende contar para sus manipulaciones con la operatividad de fuerzas no divinas. La fuerza del juramento, tan esencial para el ius, nada tiene que ver con la magia, sino con una confianza (sobre fides deorum)⁷⁶.

En la cita orsiniana se destaca la Fides Deorum, si bien Fides, Bona Fides serán objeto de penetración sucesiva, por el interés que representan para las instituciones que nos ocupan, antes conviene un boceto de lo que Juan Iglesias denomina presupuestos, en una reflexión que, por ser aplicable a la idea que pretendemos expresar tomamos prolijamente: “No basta atender al contenido dogmático, a la fisonomía y perfil jurídico de las instituciones. Antes que eso están los *presupuestos* del Derecho Romano, que empalma a éste con las raíces hondas de la vida romana.

Si la poesía no está reñida con el Derecho, ningún otro como el romano –nos diría Ihering– nos muestra lo que es poesía de orden y regularidad. La historia de tal Derecho es una obra maestra, en la que la llaneza y la unidad más grande se conjugan con la actividad enérgica.

Gracia y levadura de esa historia son, entre otros, estos temas: la pasión del romano por el Derecho; el abundamiento jurídico y la escasez legislativa; la sencillez de las soluciones; la autonomía del individuo en uso de unos poderes o facultades concebidas con la mayor libertad posible; la querida sujeción de esa libertad a razones de bien comunitario; el valor de la auctoritas, con su sentido de práctica política trascendente; el alto significado de los vínculos extrajudiciales y, sobre todo, de esos que se llaman la pietas, la humanitas, la fides, la amicitia, el officium”⁷⁷. (subrayado nuestro)

⁷⁶ D'Ors, Alvaro (1986), *Derecho Privado Romano* (Sexta edición revisada), Ediciones Universidad de Navarra S/A, Pamplona, p. 45.

⁷⁷ Iglesias Santos, Juan. *Derecho Romano*. 16ª ed. (2007). Editorial Ariel, Barcelona-España, p. 28.

Esas virtudes o principios básicos irrigan no sólo el Derecho, sino la política del pueblo romano; subrayada la fides, dentro de la panoplia que el maestro Iglesias tanto ha laborado, procede entonces su aproximación genérica como virtud, pues “La fides constituye fundamento de la justicia (fundamentum iustitiae), prenda de salud del género humano, lealtad en el cumplimiento de los compromisos, entrega a la confianza y a la protección, con su entronque en la gravitas y en la constantia, que mandan observar de continuo y religiosamente las enseñanzas, leyes e instituciones de los mayores”⁷⁸.

Dentro de esas huellas o testimonios del pasado tenemos De off. 1, 7, de Cicerón quien nos suministra datos de acopio tales como “Extensión de la justicia; dos obligaciones de esta virtud; dos especies de injusticia, y sus causas ... El fundamento de la justicia es la fidelidad; esto es, la firmeza y veracidad en las palabras y contratos; y es muy verosímil (tomándonos el atrevimiento de imitar a los estoicos, que son escrupulosos indagadores del origen de las palabras, aunque a otros parezca afectación) que tomase su nombre de la palabra fiat, porque la fidelidad consiste en hacer lo que se ha prometido”⁷⁹.

En la obra imprescindible del jurista José Luís de los Mozos, El principio de la Buena Fe, leemos “Todos los pueblos de la antigüedad, pero especialmente los romanos, conceden una extraordinaria importancia a la fides, revistiéndola incluso de una contenido religioso, que trasciende a los cultos ciudadanos y a los usos sociales [Catón, el viejo, hacia observar con énfasis, según Cicerón refiere (De officiis, 3, 29, 104), que los mayores habrían construido en el Capitolio un templo a la Fides, próximo al de Júpiter Máximo] informando de este modo, la vida y la conciencia

⁷⁸ Salgado, Juan. *Principios básicos e informadores de la política y del Derecho en Roma*. Libro Homenaje a Juan Iglesias. Tomo III, (1988), Seminario del Derecho Romano ‘Ursicino Alvarez’ de la Universidad Complutense de Madrid. Decanato de la Facultad de Derecho. Confederación General de las Cajas de Ahorro de España–Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Salamanca. Madrid, p. 1637.

⁷⁹ Cicerón, Marco Tulio. *Tratados morales*. Duodécima edición. (1978) trad. De Menéndez y Pelayo. M. de Balbuena y Gallegos. Roca Full, Grolier Internacional; Editorial Cumbre, México, p. 167-168.

social (mores) de los romanos que, por medio de sus esquemas, tanto habían de influir en el Derecho, tanto es así, que Valerio Máximo, la considera como “la base de toda felicidad humana” (6. 6, pr.), y el propio Cicerón la define diciendo que *fundamentum autem est iustitiae fides, deest, dictorum conventorum que constantia et veritas* (De off., 1, 7, 23)”⁸⁰.

Esta impronta de la Fides en el Derecho tiene diversas manifestaciones pretender la univocidad del término resulta inexacto pues “fides, se subdivide en una serie de significados determinados que no son considerados simples, de entre ellos, podemos destacar, en general en la esfera de las relaciones internacionales, entre Roma y los pueblos que entran en relación con ella, de donde surge una esfera de relaciones muy interesante y típica del Derecho romano, la de las relaciones con los extranjeros (peregrini) que desenvolviéndose dentro del *ius gentium*, da lugar a una de las canteras más típicas de la objetivación de la fides, como *bona fides*, propia de la corrección en el comportamiento de la vida mercantil, a la que se incorpora un indudable elemento ético partiendo de la primera”⁸¹.

Sobre la fides y *bona fides* se formularan puntuales acotaciones:

“La fides se identifica con el mantenimiento de la palabra dada: <fit quod dicitur: dictorum conventorum que constantia et veritas> (Cic.; De Off; 1, 23). De este primitivo concepto se ha enlazado al reconocimiento jurídico y a la posibilidad de intentar la acción en ciertos contratos que no eran conocidos por el antiguo derecho”⁸².

⁸⁰ De Los Mozos, José Luís, (1965), *El principio de la Buena Fe: sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*. Bosch Casa Editorial, Barcelona, p. 22.

⁸¹ De Los Mozos, José Luís, ob. cit., p. 23.

⁸² Nicoletti, Adele. *Novísimo Digesto Italiano*. (1957), Unión Tipográfica – Editrice Torinese, vol. 7, p. 293- 294.

Es importante no obviar “la capacidad romana de despojarse de las antiguas formas y adquirir aquellas nuevas, impuestas por la cambiante realidad socioeconómica, adaptación que constituye función importante del derecho en todos los tiempos.

Los antiguos negocios jurídicos romanos tenían un carácter formalmente oral. La estipulación, por su carácter abstracto, vino a ser el negocio jurídico más empleado y en ella la obligación nacía de la forma verbal misma, de las solemnidades rituales y palabras pronunciadas que conservaban su fuerza vinculante por el juramento sacral (sponsio)”⁸³.

El carácter romano en general y la jurisprudencia en particular captaba siempre los institutos bajo el equilibrio del tradicionalismo y la innovación, de allí que primigeniamente son los dioses los testigos, luego los hombres, hasta acoger los tipos contractuales del *ius gentium* en los que la *fides* tiene papel estelar.

Mediante la *fides* vinieron a adquirir protección jurídica aquellos negocios no formales del tráfico, especialmente los negocios del tráfico internacional con los peregrinos. Es mérito de Kunkel haber indicado el vínculo de paso entre la *fides* y la disciplina de relaciones obligatorias del derecho de los extranjeros, de los cuales tiene un único documento auténtico de la fórmula *ex fide bona dell' actio ex stipulatu* del Capítulo XX de la *Lex rubria de Gallia Cisalpina*”. De esta *lex* encontramos la siguiente información: “Plesbicio propuesto por el tribuno Rubrius o ley dada, del año 49 al 40 a.C relativo al nombramiento del *Praefectus pro duoviro* y a la *actio damni infecti*. Se refería a la competencia judicial de los magistrados municipales de la Galia (Isalpinia, y por ello es posterior a la concesión de la ciudadanía (año 40

⁸³ Ramos Sojo, César. *Derecho Romano II* (1998). Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Departamento de Publicaciones. Caracas, Venezuela, p. 64.

a.C). Fue descubierta en 1760 en las ruinas de la antigua ciudad de Vellera, cerca de Plasencia, y se conserva en el Museo de Parmara, (C.I.L. I 205 Bruns, 97)”⁸⁴.

Ahora bien, puestos en esas fechas acudimos a otro testimonio, en fuente literaria de Cicerón en Off. III, 17, 70: “Quinto Escévola, pontífice máximo, decía que tenían mucha fuerza todos los contratos arbitrarios (estos contratos arbitrarios o juicios arbitrales eran aquellos en que el Juez designado por el pretor se atenía más a su sentido de la equidad que a la letra de la Ley), en que se añade la cláusula de buena fe, que era de muchísima extensión pues entra en las tutelas, compañías, confianzas, legados, compras, ventas, alquileres, arrendamientos, en que consiste todo el comercio de la vida humana; y creía él que era de un juez muy prudente (interviniendo en la mayor parte juicio de acción contraria) prescribir el resarcimiento, a que cada uno de los contrayentes quedaba obligado”⁸⁵.

Observamos de la cita Ciceroniana, con soporte en Quinto Escévola, el dilatado uso de la cláusula de Buena Fe, de allí que “respecto a Cic. De off. III, 17, 70 es testimonio crucial para comprender el 'modelo' muciano de buena fe, se debe distinguir entre la contextualización y uso de Cicerón de la enseñanza del pontífice máximo, y su significado intrínseco, que puede envolver tensiones y dominar la letra del discurso oficial en el cual lo coloca el arpinate”⁸⁶.

Tener como referencia a Quinto Escévola El Pontífice amerita recordar que “Quintus Mucius Scaevola Pontifex: es hijo del cónsul de 133 a.C. Publio Mucio Escévola. Sus *Dieciocho Libri Iuris Civilis*, de gran influencia en la jurisprudencia posterior, son la obra más importante de la República y constituyen el primer intento

⁸⁴ Gutiérrez Faustino-Alviz y Armario. *Diccionario de Derecho Romano*. Tercera edición. (1982), Reus, S.A., Madrid, p. 422.

⁸⁵ Cicerón, Marco Tulio, *Tratados morales, Duodécima*, ed [trad. De Menéndez y Pelayo, M de Balbuena y Gallegos Roca Full], Grolier Internacional; Editorial Cumbre, México, p. 281.

⁸⁶ Cardilli, Ricardo; (2004), «*Bona Fides*» *Tra Storia e Sistema*, G. Giappichelli Editore–Torino, p. 30-31.

de sistematización del derecho (origen del llamado «Sistema Muciano»⁸⁷, y ello nos ubica en la República romana, en la jurisprudencia de esa época, de la que apuntala Pablo Fuenteseca que “La jurisprudencia republicana presenta una línea de continuidad con la clásica, de modo tal que no se pueden separar con exactitud. Estaba en pleno cultivo cuando Augusto subió al poder”⁸⁸. “No vale intentar de quitar a la fides bona su valor de fundamento –o cualidad normativa- de la obligación, para hacer un simple criterio de medida o una creación procesal.

No vale hacer una distinción entre iudicia bonae fidei que se coligen a viejos institutos propios de los romanos (y de la fides) y iudicia bonae fidei que sancionaban negocios y relaciones nuevas, aplicables a los peregrinos, así la introducción de una acción de Buena Fe para viejos institutos, como la tutela, confirma que oportere ex fide bona era sentido como ius⁸⁹.

Otros autores opinan de manera distinta, por ejemplo sostiene Jorge Adame Goddard “En la etapa clásica la buena fe se predica principalmente de las acciones o juicios, y sirve para distinguir entre las acciones o juicios, de buena fe de aquellos otros llamados de derecho estricto, de suerte que la buena fe es fundamentalmente una cualidad que tienen ciertos juicios y que comporta un determinado modo o método de juicio en la posclásica, la buena fe se predica como una cualidad de los contratos o bien se sustantiviza, convirtiéndose en un principio jurídico del cual derivan reglas o prescripciones de carácter moral o imperativo”⁹⁰.

87 Domingo, Rafael (coord.), Cuenca, Francisco y otros (2002). *Textos de Derecho Romano*. Editorial Arazandi Navarra, p. 356.

88 Fuenteseca, Pablo, (1978), *Lecciones de historia del Derecho Romano*. Unión Gráfica, Madrid, p. 118.

⁸⁹ Grosso, Giuseppe, ob. cit., p. 734.

90 Adame Goddard, Jorge, *El principio de la Buena Fe en los Contratos Internacionales*. (2005), Roma e America Diritto Romano comune. Rivista di Diritto Dell'Integrazione e Unificazione del Diritto in Europa e in America Latina, 20/2005. Mucchi Editore, Roma (Italia), p. 550.

Puesto que aludimos al período clásico, resulta impretermitible su visión desde el proceso civil romano, en ese norte Salomón Sancho con sustrato en Lombardi y Castresana puntualiza “La buena fe es una creación procesal de la experiencia jurídica romana. Según Lombardi la fides se convierte en el elemento que objetiviza el conflicto entre las partes, y en sede jurisdiccional añade Castresana no genera obligaciones pero si responsabilidades en relación al cumplimiento no solo literal de los compromisos sino sobre todo de los deberes de conducta exigidos en cada caso. La buena fe aparece en el terreno de las relaciones judiciales surgidas de ciertos negocios iuris gentium”⁹¹.

“En época posterior a Cicerón sólo emerge el ius gentium, en el sentido de <Derecho-de todos-los-hombres>, alrededor de dos siglos más tarde, con los juristas del Siglo II d.C. Sin embargo, ya con un contemporáneo de Cicerón, el historiador Salustio, se inicia una utilización netamente diferenciada de aquella, a saber, la referida al Derecho interestatal, que en el uso lingüístico alemán-influido por el ius gentium, aún hoy se denomina <Derecho de gentes> (Völkerrecht)”⁹².

A propósito del período clásico en comento, Gayo en el libro IV incluye la compraventa entre los contratos de buena fe, así Gai 4, 62 reza:

“Los juicios de buena fe son estos: el de compraventa, el de arrendamiento, el de gestión de negocios, el de mandato, el depósito, el de fiducia, el de sociedad, el de tutela, el de reclamación de la dote” (subrayado nuestro).

En ese hilo conductor y en invocación al Edicto del pretor, se enumera dentro de los juicios o acciones de buena fe en el derecho clásico “la acción del antiguo

91 Salomón Sancho, Lourdes, (2003), *El concepto de Buena Fe en las Instituciones de Gayo. En concreto Gai, 2, 51. Il Ruolo Della Buona Fede oggettiva Nell'Esperienza Giuridica Storica e Contemporáneo Atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese* (Padova-Venezia-Travieso, 14-15-16 Giugno, (2001) a cura di Luigi Garofalo, volume III, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, p. 280.

92 Kaser, Max. *Ius Gentium.*, trad. Francisco Javier Andrés Santos, (2004). Colección Derecho Romano y Ciencias Jurídicas Europea Sección Nexum. Editorial Comares, S.L. Granada, p. 30.

negocio de fiducia, que parece haber sido la matriz de las demás acciones de buena fe, las acciones de los cuatro contratos consensuales (mandato, sociedad, compraventa y arrendamiento)⁹³.

Es importante destacar que “se dan estas acciones originalmente respecto de relaciones jurídicas bilaterales, entendida esta cualidad en el sentido que las dos partes están recíprocamente obligadas. Así sucede claramente en los contratos consensuales”⁹⁴.

La compraventa queda perfeccionada desde el solo consenso. “Por ello es que de allí nacen obligaciones, tanto para el vendedor como para el comprador”⁹⁵, de esas dos obligaciones interdependientes se “generan acciones bonae fidei (empti venditi). Así, el vendedor tiene la actio venditi (para exigir el precio, así como los intereses de éste después de entregada la cosa; ULP, (D.19.1.13.19-20), mientras que el comprador cuenta con la actio empti (para reclamar la entrega de la cosa; ULP., D 19.1.11 pr. -2”⁹⁶. Esta última será objeto de un ulterior tratamiento.

Nos interesa subrayar que “la característica principal de las acciones de buena fe es que en su fórmula se indicaba al juez que condenara al demandado, en caso de que el actor probara la existencia del incumplimiento de alguna obligación contractual, a todo, lo que debiera dar o hacer según la buena fe por causa del contrato en cuestión. Los mismos términos de la fórmula permitían al juez cierta libertad para determinar el monto de la condena, a diferencia de las otras acciones de derecho estricto en las que el juez estaba constreñido a condenar al pago de una

93 Adame Goddard, Jorge, ob. cit. p. 550.

94 Adame Goddard, Jorge, ob. cit. p. 551.

95 Di Pietro, Alfredo, (1999), *Derecho Privado Romano*, 2a ed., Ediciones Depalma, Buenos Aires, p. 241.

96 Di Pietro, Alfredo, ob. cit., p. 241.

cantidad determinada de dinero, si la deuda era dineraria, o a la estimación pecuniaria de lo que la cosa en cuestión valiera”⁹⁷.

Sabemos que la dogmática actual distingue entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva; no obstante, en opinión de Salomón Sancho “la distinción entre buena fe objetiva y buena fe subjetiva, pese a que tiene su origen en las fuentes jurídicas romanas no aparece formalizada en éstas. La bona fides aparece principalmente en las fuentes jurídicas romanas en el ámbito de la bonae fidei iudicia y en el de la posesión por lo que la romanística mayoritariamente ha dedicado sus esfuerzos en una u otra dirección salvo excepciones”⁹⁸.

Nosotros opinamos que esa distinción entre Buena Fe objetiva y Buena Fe subjetiva no tiene su origen en las fuentes jurídicas romanas, pretender encontrarlas en éstas implica trasplantar la dogmática a una experiencia jurídica que no la conoció, lo cual es distinto a elaborar interpretaciones de material antiguo con concepciones modernas. Volviendo a las Institutas de Gayo se constata que en dicha obra no hay dilatados comentarios sobre la compraventa, se centra en la problemática de la determinación y pecuniariedad del precio, elude referencias a las obligaciones de las partes y a las acciones correspondientes.

Es válido el preguntarse sobre la trascendencia de la compraventa como contrato de buena fe porque gravitará sólo en las acciones del mismo nombre, la respuesta ¿O acaso es menester conclusiones adicionales? En esa órbita transcribimos la interrogante formulada con su aproximación, por Salomón Sancho “¿Qué implicaciones tiene el hecho de que la compraventa sea un contrato de buena fe?” Gai 3, 155 en relación al contrato de mandato nos proporciona la segunda definición de buena fe que aparece en las Instituciones. Se trata en este caso del concepto de buena fe en la acepción que la doctrina ha venido llamando objetiva quod vel me tibi vel te

97 Adame Goddard, Jorge, ob. cit. p. 551.

98 Salomón Sancho, Lourdes, ob. cit., p. 280.

mihi bona fidei prestare oportet: obligación recíproca de las partes de hacer aquello que se deba según la buena fe. La definición de Gayo en torno al mandato debe ser también aplicable a la compraventa ya que ambos comparten el rasgo común de ser contratos de buena fe, de modo que podemos aplicar esta definición a nuestro texto”⁹⁹.

El quid está en el ... “hacer aquello que se deba según la buena fe”, a saber, evitar cualquier comportamiento doloso, también podría entenderse actuar con diligencia tal como recoge Pasquale Voci: ”De gran importancia es la unión de las Fides con la diligentia. Es muy apreciable la diligencia en favor propio más aún la diligencia en favor de otro: por ello fides et diligentia son reclamados a el magistrado; al tutor; al orador que defiende o acusa en juicio; al amigo, en especial al amigo letrado solicitado a consejo”¹⁰⁰.

En las fuentes jurídicas se encuentran caracterizaciones sobre diligencia y Voci en diez robustos numerales hace las distinciones, detraemos el pertinente al tema de nuestro crisol:”Obligación de diligencia viene impuesta en tema de comodato, prenda, venta, arrendamiento, tutela, negotiorum gestio, y contratos innominados similares a algunos de los precedentes”¹⁰¹. (subrayado nuestro)

También es conveniente acotar bajo la auctoritas de Voci que ”De diligentia hablaban ya jurisconsultos de la época republicana: sobresalían con probabilidad Q Mucio Scevola y Servio Sulpicio Rufo”¹⁰².

Transcribimos, pues, el fragmento alusivo a Q Mucio Scevola D, 13, 6, 5, 2 Ulpiano; comentarios al Edicto, Libro XXVIII: “Ahora se ha de ver, qué venga

99 Salomón Sancho, Lourdes, ob. cit., p. 289.

100 Voci, Pasquale, *Ultimi Studi Di Diritto Romano a cura di Riccardo Astolfi*, (2007), Jovene Editore, Napoli, p. 79.

101 Voci, Pasquale, oc. cit., p. 80.

102 Voci, Pasquale, ob. cit., p. 80.

comprendido en la acción de comodato, ¿acaso el dolo, ó también la culpa, ó si también todo riesgo? Y, a la verdad, en los contratos a veces respondemos sólo del dolo, y a veces también de la culpa, del dolo, en el depósito, porque como no se trata de utilidad alguna de aquel en quien se deposita, con razón se responde solamente del dolo, si no medió acaso también retribución, —porque entonces, como también se halla establecido, se presta también la culpa —, o si desde un principio se convino esto, que preste, así la culpa, como el riesgo aquel en quien se deposita. Pero cuando media utilidad de una y otra parte, como en la compra, en la locación, en la dote, en la prenda así el dolo, como la culpa. Mas el comodato contiene las más de las veces la sola utilidad de aquel a quien se da en comodato; y por esto es más verdadera la opinión de Quinto Mucio, que cree, que se ha de responder así de la culpa como de la diligencia”.

El fragmento condensa elementos de la responsabilidad por culpa, dolo, e incorpora el riesgo; de los primeros tendremos ocasión de extendernos al entrar en las obligaciones del vendedor, concretamente en materia de vicios ocultos.

Lo medular del fragmento se ubica en la parte in fine bajo la égida de Quinto Mucio cuando opina que se ha de responder así de la culpa como de la diligencia.

Este excursus apunta a la Bona Fides en el plano contractual en nuestra pesquisa de la compraventa; de allí que es de consideración el aserto Orsiano ”La bona fides contractual, respecto a la fides (lealtad a la palabra dada: la fides es una idea central del pensamiento jurídico y político de Roma: propiamente, la lealtad a la palabra dada, implica la consideración de una reciprocidad). Que relación tenga con la possessio bona fides es incierto, pero cabe pensar que la buena fe del comprador derive de la misma confianza que puso en el vendedor; sería secundaria respecto a la bona fides contractual: con esta buena fe se relaciona también la medida del «buen administrador» (bonus paterfamilias) referida a una diligencia general y no especializada en varios saberes, como haría pensar Cicerón (citado por Nonio 497,

23) cuando exigía del bonus p.f. Conocimiento de agricultura, edificación y contabilidad”¹⁰³.

Si bien no es nuestro ánimo plantear un relato entre Buena Fe y diligencia, por cuanto la relación es ineludible, sí en cambio plasmamos diferencia entre fides a secas y buena fe, Fides y Bona FIDES, pues no son conceptos equivalentes “como afirma Wieaker, la buena fe romana –propia del ius gentium- supondría no solo una conducta leal de respeto a la palabra dada, un comportamiento acorde con la ética jurídica si no también un acatamiento y un respeto de los usos del tráfico comercial o mercantil, conforme al standar de la época”¹⁰⁴. En doctrina ya no alemana, sino italiana encontramos el siguiente extracto de Cardilli: “La verificación del rol de la buena fe en el derecho romano indica la existencia del momento fundamental del sistema jurídico de una amplia penetración de un principio de lealtad y concretezza, como criterio que estructuralmente integra, resaltando respecto a la voluntad de las partes el contenido de los contratos típicos del ius gentium en los cuales el sólo acuerdo hacia nacer obligaciones correlativas para las partes como principio que mitiga los efectos de los negocios que no estuviesen estructuralmente condicionados dada su caracterización formal (sygraphae, stipulationes) o en cuanto esquema jurídico deformalizado, fundado sobre el nudo acuerdo más no típico (pactiones)”¹⁰⁵.

En este norte conviene mencionar la existencia “del debate doctrinal surgido en torno a cuál sea el origen y la naturaleza jurídica de los juicios de buena fe en una primera época, y del iudiciu, con posterioridad, las divergencias de opinión oscilan entre las de aquellos autores que ponen el acento en la fides primitiva o los mores maiorum, a las de aquellos otros que lo hacen descansar en la jurisdicción de los

¹⁰³ D'Ors, Alvaro (1986), *Derecho Privado Romano* (Sexta edición revisada), Ediciones Universidad de Navarra S/A, Pamplona, p. 509.

¹⁰⁴ Wieaker, *El principio general de la buena fe*, pp. 67 y ss.

¹⁰⁵ Cardilli, Ricardo (2003) «*La Buona Fede*» come Principio di Diritto dei Contratti Diritto Romano e America Latina. Il Ruolo Della Buona Fede Oggettiva Nell Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea, Atti del Convegno Internazionale di Studi in Onore di Alberto Burdese. A cura di Luigi Garofalo, vol. I. Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, p. 341.

pretores, la labor de la jurisprudencia, las leges o el ius. Se trata, en todo caso, de un problema complejo, como todos los de génesis agravado, en el supuesto que nos ocupa, por la inexistencia de fuentes concluyentes”¹⁰⁶.

De allí que avanzamos sobre el punto con el auxilio de la doctrina y fuentes existentes a nuestro alcance; por su parte, con centro en el período clásico, señala Adame ”En síntesis, en el Derecho Romano Clásico, la buena fe no es una regla de conducta, sino un método de decisión judicial que le da al juez mayor libertad para determinar la condena, haciendo una interpretación amplia del contenido de la fórmula y de lo realmente convenido por las partes. Esa interpretación hace que el juez al juzgar tenga en cuenta los siguientes criterios; el deber de diligencia de las partes en el cumplimiento de sus respectivas prestaciones, la sanción del dolo, el resarcimiento del interés del actor, la compensación de deudas recíprocas derivadas del mismo contrato, la consideración de lo realmente convenido por las partes con preferencia a las palabras, el tener como convenidos los elementos naturales del negocio, la posibilidad de redimensionar las prestaciones contractuales, la consideración de la equidad o equilibrio entre las prestaciones”¹⁰⁷.

Unos aspectos tan variados como interesantes, que dentro del caso concreto en la materia por desarrollar cobrará densidad, verbigracia, en lo relativo al deber de diligencia de las partes en el cumplimiento de sus respectivas prestaciones, la sanción del dolo u obviamente el acatamiento a la palabra empeñada.

Se conoce suficientemente que la obligación principal del vendedor es “haber licere” en virtud del cual se permite que el comprador goce de la pacífica posesión de la cosa comprada sin necesidad de transmitir la propiedad, decantamos en esa

¹⁰⁶ Fernández de Buján, Antonio. *El papel de la Buena Fe en los Pactos, Arbitrajes y Contratos*. XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Universidad de Buenos Aires 15-16-17 de Septiembre 2004, p. 1.

¹⁰⁷ Adame Goddard, Jorge, ob. cit., p. 553-554.

orientación lo pertinente del fragmento de Paulo 32 ad ed. en D.19.4,1 pr “... y al vendedor le basta obligarse por razón de evicción a entregar la posesión, y a justificarse de dolo malo”.

Dentro del segmento de la “Buena Fe en ciernes De Visscher ve en las diversas obligaciones del vendedor una unidad indudable basada precisamente en el concepto de buena fe cuyo origen se halla en la antigua auctoritas¹⁰⁸. De la auctoritas se abonaron líneas con ocasión de la actio de agri modo y la mencipatio anteriormente expuestas.

En opinión de Salomón Sancho “la obligación de evicción que el ordenamiento jurídico exige al vendedor tiene su origen y explicación en la procedencia de la compraventa. Se trata de un contrato procedente del ius gentium y precisamente por su origen fue protegido por el derecho romano mediante un bonae fidei iudicium. De modo que la buena fe debe estar presente en todos los actos que se concluyen entre comprador y vendedor”¹⁰⁹.

Dentro de este capítulo en desarrollo el subtítulo pertinente de la buena fe posee una significativa conexión con los iudicia bonae fidei correlativo a la compraventa pues en aquellos “se afirma el principio por el cual la litis aestimatio debe corresponder al id quod interest, a los intereses del actor al cumplimiento (interés positivo). En su más amplia formulación tales intereses vienen calculados confrontando el estado, la situación patrimonial del actor en el caso de su exacto, puntual cumplimiento y aquella en la cual actualmente se encuentre acompañado de incumplimiento. En el interés positivo centrado en la pérdida sufrida (el daño emergente de la terminología medieval) y la ausencia de ganancias (el lucro cesante) se tienen en cuenta como los intereses compensatorios que podría sufrir aquella de las partes que habría anticipado la propia prestación (Cfr; por la venta). Al efecto en los

¹⁰⁸ Salomón Sancho, Lourdes, ob. cit., p. 290.

¹⁰⁹ Salomón Sancho, Lourdes, ob. cit., p. 290-291.

iudicia bona fidei; los juristas adaptaron en vía casuística, el principio a la particularidad del caso concreto y fueron muy prudentes en la valoración de la fallida ganancia: en el sentido de la diferenciación entre daño directo (o inmediato) que es resarcible y daño indirecto (o mediato) que no lo es aunque a veces era difícil colegir con precisión líneas de tendencia.”¹¹⁰

No excede recordar que “iudicia bonae fidei, acciones o juicios de buena fe se concede al juez un amplio margen para valorar la pretensión del demandante conforme a la buena fe (oportere ex fide bona)”¹¹¹.

En cuanto al origen de las acciones de buena fe es tema debatido y no es este espacio para abordarlo simplemente nos parece idóneo un breve comentario detraído de Gaudemet “es poco probable que alguno de los asuntos jurídicos que sancionaban las acciones de buena fe fueran privados de toda protección hasta la ley Aebutia. Por ello, en su estructura formularía no pueden ser anteriores a esta ley. Se ha supuesto que desde antes de la Ley Aebutia algunos de estos asuntos jurídicos habían sido protegidos por el pretor usando para esto medios que le confería su imperium. Estos remedios del pretor reposaban sobre el principio general: ut inter bonos bene agier oportet et sine fraudatione: su verdadero fundamento residía en la fides”¹¹².

Elaboradas estas precisiones y en una visión de conjunto de las fides, bona fides e iudicia bonae fidei procede la reflexión de Castresana “la fides sirve de base a toda una serie de relaciones jurídicas en las que aquella, además de facilitar la formación misma del acuerdo inter partes, es, sobre todo, punto de referencia inexcusable en el cumplimiento de las obligaciones correspondientes. Esta fides se manifiesta con toda

¹¹⁰ Talamanca, Mario, (1990), *Istituzioni di Diritto Romano*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, p. 658.

¹¹¹ García Garrido, Manuel Jesús, (1982), *Diccionario de Jurisprudencia Romana*. Editorial Dykeinson, S.L, Madrid, p. 185.

¹¹² Gaudemet, Jean, (1967), *Institutions de L'Antiquité*, Sirey, p. 619.

su fuerza en los llamados contratos de buena fe y en sus correspondientes iudicia bonae fidei.

Sin embargo, en todos los casos el alienam fidem sequi ha sido sustituido por el oportere ex fide bona, de manera que ya no se apela a la simple fides, sino que se empieza a utilizar, en su lugar, una nueva expresión, la fides bona o bona fides.”¹¹³

Así entonces la bona fides, viene a constituir una fides calificada y obviamente dada la pluralidad de connotaciones de la fides a secas, sendos términos no serían equivalentes como apunta Castresana con referencia a Lombardi en su obra *Dalla Fides alla bona fides*. “En la expresión fides bona el adjetivo bona ha de introducir alguna precisión en el sentido y, sobre todo, en las funcionalidades jurídicas del término fides, de manera que no pueda hablarse de una equivalencia absoluta — semántica y jurídica— entre la simple fides y el compuesto fides bona. En otro caso, no tendría sentido, como afirma Lombardi, que la lengua latina y, especialmente, la literatura jurídica hubieran acuñado la nueva expresión fides bona para remitir sistemáticamente a ella bien ciertos supuestos procesales de oportere o bien determinados tipos de contratos, ya que estas situaciones siempre se habrían podido referir a aquellas fórmulas de la simple fides ya consolidadas por sus múltiples usos jurídicos”.¹¹⁴

En este norte es oportuno comentar que al ser el derecho romano un sistema de acciones su procedimiento civil dista del actual, en aquel “la «Actio» era para los romanos el medio para poner en funcionamiento el proceso «actio nihil aliud est quam ius perseguendi iudicio quod sibi debetur»¹¹⁵ de allí la diversidad de acciones sobre las cosas, sobre las personas, etc., y toda una distinción en la que se cuentan

¹¹³ Castresana, Amelia, (1991), *Fides, bona fides: un concepto para la creación del Derecho*, Tecnos, Madrid, p. 58.

¹¹⁴ Castresana, Amelia, ob. cit., p. 61.

¹¹⁵ Aru L- Orestano R., (1964), *Derecho Romano*, trad. Manuel Campos, Talleres Gráficos Luís Pérez, Madrid, p. 64.

estas de juicios de buena fe contrapuestas a las de derecho estricto cuyo matiz se señaló.

Si bien no ha trascendido a nuestros días esa forma de procedimiento civil romano, ni el oportere ex fide bona, ni la fórmula ex fide bona en cambio sí esa connotación de buena fe que tal como considera Lombardi “La fides bona surge por la necesidad de disponer de un «criterio típico, supraindividual», que permita superar «los contrastes entre las interpretaciones diversas de la fides». Desde este punto de vista, el plus semántico que sobre la simple fides presenta la fórmula fides bona se concreta en la fides exigible al bonus vir cuando, a propósito de determinadas relaciones jurídicas, ha surgido un conflicto interpartes.”¹¹⁶

Una palmaria recepción de lo anterior la encontramos en el actual Código Civil venezolano en su artículo 1160 que reza: Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso o la ley”.

Allí se apela a una buena fe catalogada de objetiva por la dogmática moderna, así Messineo acota “buena fe objetiva, esto es, la exigencia de que “la declaración de voluntad contractual sea entendida de acuerdo con el criterio de recíproca lealtad de conducta entre las partes, o confianza, y no el estado psíquico de ignorancia de cierta situación que es el otro significado (y el más usual) de buena fe”¹¹⁷.

No esta nuestra pesquisa orientada en el sentido anterior por cuanto el punto de la celebración, interpretación y ejecución de los contratos conforme a la buena fe sería objeto de un estudio autónomo que excede a esta entrega, valga la breve

¹¹⁶ Castresana, Amelia, ob. cit., p. 61.

¹¹⁷ Messineo, Franceso, (1952), *Doctrina General Del contrato*. Tomo II [trad. R. O. Fontanarrosa, S. Sentis Melendo, M. Volterra], Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, p. 110.

mención para continuar en la órbita de nuestro interés la buena fe en materia de vicios ocultos en la compraventa, en las que se han plasmado referencias de fuentes y algún pasaje Ciceroniano y en capítulos sucesivos aludiremos a ese concretar esa buena fe en obligaciones adicionales de la negociación verbigracia deber de información, deber de responder por los vicios de evicción, deber de lealtad y obviamente deber de revelar los vicios ocultos de la cosa, todo ello vinculado al siguiente epígrafe de obligaciones del vendedor y a sucesivos.

Para cerrar este apartado y aludidas como han sido las fuentes verteremos un significativo fragmento de Ulpiano en D. 19. 1, 13 por con sus respectivos comentarios.

“Establece Juliano diferencia en el libro décimo quinto en la condena por la acción de compra entre el que a sabiendas, o con ignorancia, vendió alguna cosa; porque dice, que el que vendió ganado enfermo, o un madero defectuoso, si verdaderamente lo hizo con ignorancia, ha de ser responsable por la acción de compra solo de cuanto por menos lo hubiese yo de haber comprado, si yo hubiese sabido que estaba así. Pero si sabiéndolo se calló, y engañó al comprador, habrá de responder de todos los perjuicios que el comprador hubiere experimentado, por aquella compra. Así, pues, si la casa de desplomó por vicios del madero se habrá de pagar la estipulación de la casa, y si perecieron otros ganados por el contagio del ganado enfermo se habrá de pagar lo que importó que se hubiese vendido sano”. Observamos en el pasaje dos hipótesis la de un vendedor que ignora el vicio de la cosa vendida y otro que aún conociéndolo procede a la venta, la consecuencia es en el primer supuesto el vendedor responderá sólo de la cantidad en que el comprador lo hubiese comprado de menos de conocer el defecto —reducción del precio —; mientras que en el otro supuesto la responsabilidad del vendedor se agrava hasta asumir todos los daños que el comprador haya experimentado como consecuencia de la compra.

Al margen de la problemática que suscita el comprobar la buena o mala fe del vendedor, y ya hemos expuesto que fides es en esta materia el cumplimiento de la palabra empeñada y bona fides el oportere ex fide bona, vender a sabiendas ganado enfermo es dolo malo contrario a la fides y a la bona fides, ignorar el vicio entraría en la cualidad de vendedor de buena fe. Sin embargo, habría que tener en perspectiva el concepto de diligencia como informa Pascuale Voci “de gran importancia es la unión de la Fides con la diligencia es muy apreciable la diligencia a favor propio más aún la diligencia a favor de otro”.

“Y es que, estas relaciones de buena fe proporcionan un marco más amplio de responsabilidad y se tiene en cuenta todo tipo de actos del deudor, no es, por tanto, necesaria una conducta intencional sino simplemente contraria a las fides, a la observancia de la palabra dada, por lo que la responsabilidad de las partes exige no sólo intencionalidad, sino también, falta de la debida diligencia”.¹¹⁸

Nos remitimos al capítulo preliminar del problema de los vicios ocultos en el contrato de compraventa en cuanto a la evolución tuitiva, aquí resaltamos que el ejercicio de la actio empti operaba cuando el vendedor conociese y ocultase los defectos o vicios y luego abordaremos la regulación edilicia en la que se prescindía del conocimiento o no del vicio por parte del vendedor.

En comentario separar del fragmento en ciernes apunta Alemán Ana “la distinción de Juliano entre la buena fe — mala fe el vendedor no es determinante a efectos de responsabilidad, sino a efectos de la condena como consecuencia del ejercicio de la actio empti: el vendedor de buena fe debe pagar al comprador la cantidad en que lo habría comprado de menos si hubiese conocido el defecto; sin

¹¹⁸ Alemán Monterreal, Ana, (2003). *La incidencia de la Bona Fides en el Quantum indemnizatorio: a propósito de la responsabilidad del vendedor por los vicios o defectos ocultos. Il Ruolo Della Buona Fede oggetiva Nell' Esperienza Giuridica Storica e Contemporanea*. Atti, del Convegno Internazionale di Studi in onore de Alberto Burdese (Padova-Venezia-Treviso, 14, 15, 16 giugno 2001), a cura di Luigi Garofalo, vol. I, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, p. 145.

embargo, el vendedor de mala fe, viene obligado a pagar al comprador todos los daños que le haya irrogado la compra.

La mala fe del vendedor le obliga a indemnizar los daños y perjuicios, causados, ahora bien si actuó de buena fe, no obstante, su responsabilidad, queda exento del deber de indemnizar. En paridad la buena fe o mala fe del vendedor del fragmento Ulpiano adquiere una función prioritaria a efectos del resarcimiento del daño, esto es del quantum indemnizatorio”.¹¹⁹

I. 2.2. Obligaciones del vendedor

El mismo término Emptio-venditio nos sitúa en un contrato bilateral en el que ambas partes contraen derechos y obligaciones.

“Los celebrantes deben encontrarse de acuerdo sobre las obligaciones que cada uno va a tener y el consentimiento que prestan al respecto debe adolecer de vicios”.¹²⁰

“Las obligaciones del vendedor eran las de transmitir la posesión de la cosa, asegurar su pacífico disfrute y ofrecer garantía de que no tenía vicios ocultos”.¹²¹ De alguna manera este inciso ha sido abonado por cuanto en el planteamiento de la naturaleza del contrato de compraventa puntualizamos la de carácter consensual del ius gentium y se atisbó lo pertinente a las obligaciones del vendedor, así como en el precedente de la buena fe, en consecuencia nos restan unas ilustraciones adicionales que empalmarían con la actio empti objeto del siguiente apartado, circunscrita a los vicios ocultos pues la evicción no constituye tema de nuestro estudio, aunque indudablemente se le han formulado necesarias referencias.

¹¹⁹ Alemán Monterreal, Ana, ob. cit., p. 147.

¹²⁰ Costa, José Carlos, (2007), *Manual de Derecho Romano Público y Privado*. Lexis nexis, Buenos Aires – Argentina, p. 480.

¹²¹ Rascón García, César, (1996), *Manual de Derecho Romano*. Segunda edición, Editorial Tecnos, Madrid, p. 214.

Aludiremos la distinción que elabora Schulz a quien hemos citado y ampliaremos lo haremos nuevamente no sin antes transcribir lo que sobre la obra al uso, ha opinado Javier Paricio en su texto *Contrato la formación de un concepto* “el Derecho romano clásico de Schulz era por el que preparábamos la parte institucional de la asignatura y que, pese a su hipercriticismo exagerado y anticuado, no dejaba (y no deja) de ser un libro jurídico de calidad excepcional, como excepcional era la valía de su autor.”¹²²

Nosotros también estimamos de gran valía dicho texto, no obstante hacerlo con soporte en la auctoritas del eximio romanista Javier Paricio resulta inobjetable, pese a los cuarenta y ocho años transcurridos desde la publicación de Schulz hasta el año 2008 fecha esta del texto de Paricio.

“Garantía en caso de vicios ocultos

El vendedor de una cosa individual no puede nunca hallarse obligado a entregar una cosa exenta de todo vicio. El vendedor debe entregar la cosa objeto del contrato y no otra distinta, pero el Derecho puede hacerle responsable de los vicios de que la cosa adolece y es esta la responsabilidad de que debemos ocuparnos ahora.

A) *Ius Civile* Clásico.- El principio rector fue *caveat emptor*; ni *mancipatio*, ni venta consensual, implicaban responsabilidad del vendedor por defectos o vicios de calidad en la cosa. El vendedor era únicamente responsable:

1) Por *dicta et promissa in vendendo* (no *in mancipando*), esto es, por declaración expresa no formal (*pacta adiecta*) hechas en el acto de la celebración de la *emptio venditio*.

2) Si el vendedor había ocultado vicios de la cosa *dolo malo*;

¹²² Paricio, Javier, (2008), *Contrato La formación de un concepto*, Thomson Civitas, España, p. 37.

- 3) Si el vendedor asumía la obligación de prestar garantía mediante una estipulación.

En los dos primeros casos, el comprador disponía de la *actio empti* para exigir la reparación de los perjuicios. La responsabilidad del vendedor por vicios, conforme al *ius civile*, fue más bien limitada.

A) Derecho Edilicio Clásico.- Al lado de la garantía limitada, por vicios cualitativos establecida por el *ius civile*, hubo una responsabilidad honoraria creada por los *aediles curules*”¹²³

Avancemos entonces con centro en la ya anunciada *actio empti* para trazar luego de esta el interesante y trascendente Derecho edilicio.

I. 3. Actio Empti

Hemos visto como el elemento de la buena fe es determinante en la compraventa y como el comprador tenía a su disposición la *actio empti*; “El régimen de la buena fe contractual permite exigir al vendedor responsabilidad por no declarar los gravámenes no aparentes de la cosa vendida, frente al criterio del negocio mancipatorio que sólo hace responsable por evicción al mancipante si declaró expresamente que vendía el fundo libre de cargas. Aquel mismo régimen se aplica también al grupo de los vicios materiales de la cosa vendida, que el vendedor tiene obligación de declarar, incurriendo, en caso de ser posteriormente descubiertos, en responsabilidad patrimonial exigible por la *actio empti*”.¹²⁴

¹²³ Schulz, Fritz, ob. cit., p. 511-512.

¹²⁴ Fernández Barreiro, A. – Paricio, José, (1991), *Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 412-413-

Centrados en esta acción en materia de vicios ocultos emergen interrogantes tales como ¿Qué efectos tenía la *actio empti*? ¿Podía ejercerse independientemente de las acciones edilicias? ¿Cuál es su origen? ¿Se aplicaba a cosas restringidas como en la tutela edilicia o su cobertura era más amplia?

Trataremos de despejar estas y otras interrogantes que del punto vayan surgiendo.

Sostuvimos que la acción contractual se concedía en el caso que el vendedor hubiese ocultado dolosamente al comprador la existencia del vicio.

En el Digesto, 19, 1, es significativo el 4 pr Paulo a Sabino:

“Si a sabiendas me hubiese vendido, a mí que lo ignoraba, un esclavo ladrón o delincuente, aunque hayas prometido el duplo, me quedas obligado por la acción de compra o cuanto me interesare haberlo sabido, porque por este motivo no puedo ejercitar contra ti la acción de lo estipulado, antes que me haya faltado alguna cosa”.

Antes habíamos visto estipulaciones que venían impuestas en el edicto edilicio y el pasaje anterior incorpora aquella especie como se desprende de la exégesis del fragmento, elaborada por Aldo Pezzana “independientemente de la posibilidad de ejercer la *actio ex stipulatu* si había sido prestada la *stipulatio ab aedilibus* propuesta como parte de la cuestión (el texto no lo reseña pero se trata de cosa obvia) de la aplicabilidad de la acción edilicia, el comprador que ignora la existencia del vicio puede intentar contra el vendedor la *actio empti*”.¹²⁵

Evidentemente de la lectura del fragmento de Paulo se constata dolo de parte del vendedor y ha acotado Pezzana “resulta de notable interés pues la solución ilumina los límites de la concepción del dolo in contrahendo para comprender el

¹²⁵ Pezzana, Aldo, (1958), *Sull' Actio Empti come Azione di Garanzia Per I Vizi Della Cosa in Alcuni Testi Di Cicerone*. Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, p. 3-4-

malicioso silencio del vendedor acerca del vicio de la cosa y es opinión universalmente aceptada que ya para el último siglo de la República se encontraba dicha concepción del *dolus in contrahendo*, como se han pronunciado Bechmann, Monier, Arangio-Ruíz, Impallomeni”.¹²⁶

No obstante, el mismo Pezzana apunta su disenso pues la anterior conclusión emanaría de unos textos de Cicerón que habría que leer con aguda perspectiva y en tal sentido reproduce varios de esos pasajes ciceronianos tomados de los *officiorum*, nos centraremos en uno particular; cuya lectura *off. 3, 13* es objeto de estudio de la romanística y que desentrañado por Pezzana excluiría la aplicación de la *actio empti* al período tardo republicano; aclaramos que en otro espacio de esta tesis lo hemos invocado pero sin incurrir en circunloquios pues aquí se refleja desde otros comentarios.

“Discusión entre Antiparro y Diógenes en relación con la rectitud de la conducta de un hombre que vende su casa a causa de algunos defectos que él conoce y los otros ignoran, como el hecho que la casa sea malsana, de que en ella anidan serpientes, de que haya sido construida con material de la mala calidad y de que amenace ruina. A este punto se preguntan si al guardar silencio sobre tales vicios el vendedor peca contra la honestidad y la justicia, a lo que Antiparro responde que “el dejar que el comprador corra a la ciega, equivocando la vía, precipitándose en un ruinoso engaño, que cosa es sino una malvada perfidia [...] es traer a otro conscientemente en error”; a lo que Diógenes arguye que no puede existir fraude sobre el comprador si su decisión es libre, y agrega que, es más, “si no se esta obligado a dar garantía de todo aquello que se dice expresamente, ¿crees tú que se deba dar garantía de aquello que de hecho no se dice?”

¹²⁶ Pezzana, Aldo, ob. cit., p. 4.

Vertamos el ya prometido comentario de Pezzana en torno al pasaje Ciceroniano transcrito: "Recordemos que Ciceron dice que la solución de Diógenes invoca el derecho positivo, mientras que la de Antipatro se inspira en el Derecho natural y en la moral habiendo una segunda confirmación de la inaplicabilidad de la *actio empti* como acción de garantía por los vicios de la cosa en la tardía época republicana. Se debe notar que en aquel texto como en general en todo el libro tercero de los *oficios* Cicerón no usa la voz, *ius civile* en el sentido técnico jurídico, contraponiéndolo al *ius gentium* y al *ius honorarium*, si como expresión que indica todo el derecho positivo (el entero ordenamiento jurídico de la ciudad) contrapuesto al derecho natural."¹²⁷

Por su parte Nunzia Donadio asume que la *actio empti cd. ad resolvenda emptionem*, representó una particular aplicación de la acción contractual de buena fe reconocida por la jurisprudencia romana verosímilmente de la etapa augustea y sostiene igualmente que el primer jurista en admitir que en el *iudicium empti* pudiese estar incluida la *redhibitio*, a saber la restitución al vendedor de la cosa vendida con sus relativos accesorios fue Labeón como lo recoge D. 19, 1, 11, 3 [ver *Azione Edilizie e interdependenza Delle obbligazione nell' 'emptio venditio'*. Il problema di un giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti, p. 457] esta posición de la autora es objeto de ciertas precisiones como se vera sucesivamente.

Continuemos con el juicio de otros autores y muy importante del parecer de los *jurisconsultos*.

El régimen de la *actio empti* viene comparado con el de la regulación edilicia y encontramos aspectos en torno a aquella que son debatidos, y otros pacíficos así Arangio-Ruíz sostiene: "Es comúnmente sostenido por la doctrina, no presenta particulares problemas, el hecho que, fuera de la específica disciplina edilicia, en caso

¹²⁷ Pezzana, Aldo, ob. cit., p. 10.

de ausencia de cualidades o de vicios de la cosa vendida, el vendedor podía ser llamado a responder con la *actio empti* cuando hubiese declarado explícitamente determinadas cualidades, y tales cualidades resultaran luego inexistentes, o bien en el caso que resultasen reticencia acerca del vicio”.¹²⁸

La amplia casuística del título 21.1 del Digesto revela un *ius controversum* en orden a la definición del ámbito de las acciones *redhibitoria* y *aestimatoria* — de las que luego nos ocuparemos— lo referimos porque “en ese contexto, el recurso de la *actio empti* representa una solución residual para aquellas hipótesis— también de vicios corporales, por los cuales se excluye una responsabilidad del vendedor en base al edicto. La acción civil encuentra aplicación principalmente en tema de vicios del ánimo del siervo vendido; defectos no clasificados, en efecto, en las causas *redhibitorias*”.¹²⁹

Sin embargo, otra doctrina no contempla en la *actio empti* una solución residual sino electiva a escogencia del comprador, en ese norte acota Burdese: “los vendedores de esclavos viene de hecho obligados a indicar en carteles de venta expuestos en el mercado y a repetir claramente a viva voz en el acto de la singular venta los vicios del esclavo vendido que no fuesen aparentes (vicios ocultos): si tales declaraciones no venían hechas, o si se habían declarado cualidades que resultasen inexistentes o si se había actuado en dolosa contravención a las prescripciones edictales, el comprador tenía a su disposición, en concurso electivo los medios procesales eventualmente ejercidos en base al *ius civile* (*actio ex stipulatu* o *actio empti*), o la *actio redhibitoria*”.

¹³⁰ *Subrayado nuestro*

¹²⁸ Arangio-Ruíz, Vincenzo, ob. cit., p. 360.

¹²⁹ Donario, Nunzia, (2004), *La tutela Del Compratore Tra Actiones Aediliciae E Actio Empti*. Giuffrè Editore, Milano, p. 88.

¹³⁰ Burdese, Alberto, (1975), *Manuale di Diritto Privato Romano*. Terzaa edizione. Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino, p. 459.

Debemos destacar que estas puntualizaciones circunscriben la *actio empti* al *ius civile* y ello despeja la pregunta del origen.

El mismo Burdese en *recensión crítica* efectuada a Donadio en la obra de ella *ut supra* citada, señala “la autora contra la opinión, genéricamente aceptada por la doctrina moderna de un informe de concurrencia electiva por el derecho clásico, en el ámbito de su aplicación común de una u otra acción, ella proyecta la hipótesis que el recurso de la *actio empti* constituía remedio subsidiario respecto a la utilización de las acciones edilicias.”¹³¹

Pensamos que al ser la *actio empti* acción de buena fe e interdependiente de la *actio venditi* el ejercicio de aquella no debía ser residual, traemos el fragmento del Digesto 19, 1, 11 pr. de Ulpiano que reza: “Ejercita la acción de compra el que compra.

§ 1. Y ante todo se ha de saber, que se comprende en este juicio solamente lo que se convino que se entregue; porque siendo juicio de buena fé, nada es más conforme a la buena fe, que el que se cumpla lo que se convino entre los contratantes.”

Entregar una cosa defectuosa o viciosa implicaría un cumplimiento inexacto o si se quiere en una terminología idónea un incumplimiento parcial; “el incumplimiento puede ser total no ha habido en algún modo cumplimiento o parical (ha habido un cumplimiento que no satisface los intereses del acreedor bajo un perfil cuantitativo o cualitativo)”.¹³²

¹³¹ Burdese, Alberto, (2007), *Recensioni Critiche Donadio N, la tutela del compratore tra “azioni aediliciae” e “actio empti”* [univ. Degli Studi di Milano-Bicocca. Fac. di Giur. Pubbl. Del Dipartimento dei sistema giuridici ed economici] (Milano, Giuffrè, 2004), p. 243.

¹³² Talamzaca, Mario, *ob. cit.*, p. 654.

Un vicio o defecto oculto de la cosa vendida constituye un perfil cualitativo que no era el esperado por el comprador, anteriormente describimos los caracteres de los juicios de buena fe cuyas acciones permitían al juez una flexibilidad en la valoración de los hechos, es el caso concreto el que indicaría la presencia de esa entidad del incumplimiento parcial. La obra de los ediles curules sentó un gran aporte en torno a la responsabilidad del vendedor por los vicios de la cosa vendida y aquí incardinamos que “la jurisprudencia, fundándose en la naturaleza «bonae fidei» de las acciones nacidas del contrato de compraventa, hizo prevalecer el concepto de que el vendedor tuviera que responder ante el comprador en cuantas ocasiones le hubiera ocultado deslealmente los vicios de la cosa vendida”.¹³³

Obviamente la tutela edilicia era mas amplia porque respondía tanto el vendedor de buena fe como el que no “El ius civile, en cambio, no podía asegurar una protección tan amplia, ya que el comprador podía, en caso de que hubiera vicios en la cosa, actuar con la actio empti contra el vendedor sólo en el caso en que éste incurriera en dolo, es decir, hubiera afirmado con falsedad la no existencia de vicios o los hubiera ocultado con malicia al comprador”.¹³⁴

En contrapartida hay que observar como “las soluciones edilicias se restringieron a la venta de esclavos y ganado; además, ellos las aplicaron para las transacciones del mercado solamente. El vendedor de tierra sólo era responsable si él hubiera exagerado su extensión real en acres. La actio empti cubrió todos los tipos de objetos de venta pero estaba disponible solo en los casos de dolus”.¹³⁵

Sin embargo, en el Digesto ubicamos un fragmento de Ulpiano en el que se invoca a Juliano en el que también podría ejercerse la actio empti contra el vendedor

¹³³ Paccioni, Juan, (1942), *Manual de Derecho romano*, [trad. Isidoro Martín Martínez y Antonio Reverte Moreno. Librería Santaren, Valladolid, p. 134.

¹³⁴ Volterra, Eduardo, (1986), *Instituciones de Derecho Privado Romano*, [trad. Jesús Daza Martínez], Editorial Civitas, S.A., Madrid, p. 506.

¹³⁵ Zimmermann, ob. cit., p. 319.

que ignoraba el vicio, veamos: D, 19, 1, 13, pr. “Establece Juliano diferencia en el libro décimo quinto en la condena por la acción de compra entre el que a sabiendas, o con ignorancia, vendió alguna cosa; porque dice, que el que vendió ganado enfermo, o un madero defectuoso, si verdaderamente lo hizo con ignorancia, ha de ser responsable por la acción de compra solo de cuanto por menos lo hubiese yo de haber comprado, si yo hubiese sabido que estaba así. Pero si sabiéndolo se calló, y engañó al comprador, habrá de responderle de todos los perjuicios que el comprador hubiere experimentado por aquella compra. Así, pues, si la casa se desplomó por vicio del madero, se habrá de pagar la estimación de la casa, y si perecieron otros ganados por el contagio del ganado enfermo, se habrá de pagar lo que importó que se hubiese vendido sano”.

No obstante, hay que puntualizar que en modo alguno esa solución fue general “Giuliano, en efecto, utilizando expresamente también en caso de vicio de la cosa vendida la flexibilidad del contenido de la condena *ex fide bona*, concede la acción contractual, más deduce diferentes consecuencias al contenido del vendedor de buena fe o de mala fe, y conociendo la *actio empti* en función del resarcimiento del daño en el caso del vendedor que conocía que la cosa estaba viciada, configura la aplicabilidad de la *actio empti* también al vendedor que ignorase el vicio de la cosa, más una diferencia en el precio pagado y el precio que el comprador debió haber pagado si hubiere conocido el vicio, en función análogo a la *actio quanti minoris*”.¹³⁶

Otra interrogante a contestar gravita en el efecto del ejercicio de la *actio empti* y tomamos el parecer de Domingo Rafael “El vendedor respondía también por vicios ocultos de la cosa vendida. El comprador podía exigir la resolución mediante la *actio empti* cuando no hubiera sido suficientemente informado de ellos”.¹³⁷

¹³⁶ Vacca, Letizia, (1994), *Ancora sull' estensione IVRA*, Rivista Internazionale Di Diritto Romano e Antico, XLV, Editore – Jovene – Napoli, p. 62.

¹³⁷ Domingo, Rafael, (2010), *Elementos de Derecho Romano*, Arazadi – Thomson Reuters, Pamplona, España, p. 130.

El profesor no revela el fundamento de su posición en cuanto a la resolución lo que no deja de causarnos extrañeza pues se trata de un discípulo del maestro Alvaro D'Ors.

Si acudimos a fuente directa es menester transcribir dos pasos de Ulpiano en el Digesto D, 19, 1, 11, 3 “Así Labeón como Sabino opinan, que en la acción de compra se contiene también la redhibición, y nosotros lo aprobamos”. D, 19, 1, 11, 5 “Si alguno hubiere creído que compraba una doncella, habiéndosele vendido una mujer, y sabiendo que él padecía error lo hubiere consentido el vendedor, no hay ciertamente por esta causa la redhibición, pero compete la acción de compra para disolver la compra, a fin de que, restituido el precio, se devuelva la mujer.”

Debemos plasmar que el término redhibición lo tenemos asociado a la acción de dicho nombre prometida por los ediles en su edicto y ahora verlo incorporado a la actio empti en una primera aproximación genera cierto ruido. Paralelamente estamos obligados a transcribir otro fragmento de Ulpiano en el que encontramos una definición de redhibir, lo cual sabemos no era tan frecuente en la jurisprudencia romana si recordamos los elementos de su método entre los que están las definiciones y que con ellas [“se llega a las delimitaciones de un vocablo o de una figura jurídica].

Constituyen formulaciones de carácter mas o menos general, sólo que los romanos no parten de nociones o definiciones o clasificaciones sino llegan a ellas formulándolas con términos concretos y no con ideas abstractas.

Javoleno se muestra receloso de la definición *omnis definitio in iure civil periculosa est; rarum est enim ut non subvertí posset* (D. 50, 17, 100’).¹³⁸

¹³⁸ Ramos Sojo, César, (1998), *Aproximación contrastante a la jurisprudencia moderna y romana: función y método*. En *Libro Homenaje al Dr. Luís Villalba Villalba*. Fundación Dr. Luís Villalba Villalba, Barquisimeto, p. 134-135.

Efectuado el paréntesis centrémonos en el D. 21. 1. 21 Ulpiano “«redhibir» es hacer que el vendedor tenga de nuevo lo que hubiere tenido, y como esto se hacia devolviéndolo, por esto se llamó redhibición como devolución”.

Lo primero a reseñar es que dicho fragmento forma parte del Libro Vigésimo Primero Título I del Edicto del Edil y de la Redhibición y de la acción «*Quantum Minoris*» y en un contexto en el cual se aborda sobre la función y el mecanismo procesal de la acción redhibitoria.

Sin duda la equiparación ha suscitado un tratamiento en la doctrina romanística especializada susceptible de reproducción con la extracción de lo más relevante.

En torno al D. 19, 1, 11, 3 ha dicho Donadio Nunzia “El pasaje contiene un parecer de Ulpiano, el cual reconoce que en el *iudicium empti* se puede incluir la redhibitorio y recuerda como a esta afirmación llegaban Labeón y Sabino, parece de todos modos que la cosa no era pacífica entre los juristas”.¹³⁹

Donadio argumenta en función de las divergencias de opiniones de los juristas en los que a su decir Labeón y Sabino serían voces peregrinas. Luego se centra en D. 19. 1, 11, 5 “en el que un comprador había adquirido una doncella, en realidad mujer, creyéndola virgen con conciencia de parte del vendedor acerca del error en el cual incurría la contraparte, que en cuanto *error in qualitate* no podía por ello causar la nulidad de la venta según los principios generales, el jurista excluye en ausencia de un vicio redhibitorio la acción edilicia y concede la *actio empti directa* a la ‘*emptio resolutio*’. Si confrontamos, en esta particular aplicación, la acción contractual con la

¹³⁹ Donadio, Nunzia, (2007), *Azione edilizie e interdipendenza delle obbligazioni nell' 'emptio venditio'*. Il problema di un giusto equilibrio tra le prestazioni delle parti. La compravendita e l'interdipendenza delle obbligazioni nel Diritto Romano a Cura di Luigi Garofalo, Tomo Secondo Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Italia, p. 511.

acción redhibitoria edilicia, es evidente la distancia bajo el perfil sea de los presupuestos del mecanismo, y de la relativa función”.¹⁴⁰

La posibilidad de tutela para el comprador viene en base a la actio empti fundada sobre dolus in contravención ante el Tribunal del pretor. “La actio redhibitoria se fundaba sobre la falta de cumplimiento de las obligaciones impuestas por los ediles sobre el plano de las actuaciones de la regulación de los intereses asumidas por las partes con el contrato. Viceversa, en caso de actio empti ed. Ad resolvendam emptionem, el jurista precisa explícitamente que no se está en presencia de un vicio redhibitorio y enlaza en un diverso presupuesto la responsabilidad del vendedor y la posibilidad de obtener una ‘resolución del contrato’”.¹⁴¹

Debemos notar que en el caso la del D, 19, 1, 11, 5 estamos en presencia de un contrato y resulta sugestiva la posición de Leticia Vacca traída por Donadio “como una hipótesis en la cual el vicio de la cosa, o mejor la ausencia de cualidad, ha asumido importancia en cuanto al impedimento a la realización del orden de intereses divisados por las partes con el contrato. En esta visión, propia porque resalta la regulación del contrato y la esencialidad de la cualidad relativa a la doncella a los fines de su activación en la interpretación del contrato considerado según la buena fe, y resulta esencial en la fattispecie la valoración del comportamiento subjetivo del vendedor”.¹⁴²

El punto es que Ulpiano explícitamente excluía la actio redhibitoria y fruto de la interpretación se hacía una extensión de la actio empti ad resolvendam emptionem, en D. 19. 1, 11, 5.

¹⁴⁰ Donadio Nunzia, ob. cit., p. 511.

¹⁴¹ Donadio, Nunzia, ob. cit., p. 511.

¹⁴² Donadio Nunzia, ob. cit., p. 513.

La acción redhibitoria edilicia “se fundamenta sobre el incumplimiento de obligaciones externas al contrato, u «obbligatio ex lege».”¹⁴³

Al antiguo hay que verlo en perspectiva histórica, si bien en materia de obligaciones “es afirmación corriente y nada exenta de verdad, la de que el derecho de obligaciones representa la obra maestra de los romanos.”¹⁴⁴ No por ello vamos a pensar en un trasplante inmutable de los institutos.

En la obra de Enrico Dell’ Aquila la resolución del contrato bilateral por incumplimiento se incorpora como precedente romano de aquella lo siguiente: “por lo que se refiere a los contratos nominados, vamos a considerar ahora únicamente los contratos de arrendamiento de compraventa, por ser los únicos, entre los contratos nominados, que preveían unas reglas que tenían alguna analogía con la institución que nos ocupa.”¹⁴⁵

Subrayamos alguna analogía porque la resolución debe ser analizada mutatis mutandi.

La misma casuística de la jurisprudencia romana nos obliga a captar las dispersas soluciones y no siempre coincidentes de allí que para cerrar los comentarios de los fragmentos ulpianos de la polémica *actio empti ad resolvendam emptionem* traemos la auctoritas de talamanca en su contribución en tema de resolución de la compraventa en general, y su parecer sobre el D, 19, 1, 11, 5 que será transcrita de Donadio “El pasaje específica la finalidad de la acción contractual de buena fe —no puede ser valorado como testimonio que los juristas romanos habían construido como categoría de la resolución del contrato”.¹⁴⁶

¹⁴³ Donadio, Nunzia, ob. cit., p. 514.

¹⁴⁴ Iglesias Santos Juan (2007), *Derecho romano*. 16ª ed., Ariel Derecho, Barcelona – España, p. 231.

¹⁴⁵ Dell’ Aquila, Enrico, (1981), *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento*. Ediciones Universidad de Salamanca. Salamanca, p. 32.

¹⁴⁶ Donadio, Nunzia, ob. cit., p. 515.

De lo anterior comenta Donadio “En el parecer de Talamanca, el presupuesto para la extensión a la hipótesis discutida de la *actio empti* y de la prístina situación precedente al contrato es la de individualizar un «vicio genético del negocio»: el dolo del vendedor, que hace creer al adquirente que la esclava era virgen, mientras que en realidad era mujer, que hace relevante el error, vicio en el cual este ha incurrido. La *fattispecie* no debe por ello ser reconducida a la categoría moderna de la resolución, sino a aquella de la invalidez”.¹⁴⁷

No profundizaremos el tema del error ello conduciría a un estudio autónomo no obstante hay que apuntar como “el Derecho Romano tuvo que enfrentarse ya con el problema del error. Los textos del *corpus iuris* son el punto obligado de referencia de toda reflexión histórica sobre el mismo en la dogmática moderna”.¹⁴⁸

Alejandro Fernández Barreiro y Javier Paricio establecen como efecto de la *actio empti* la resolución del contrato o la disminución del precio, dejemos que tan autorizadas voces nos informen en cita que reiteramos “el régimen de la buena fe contractual permite exigir al vendedor responsabilidad por los vicios materiales de la cosa vendida, que el vendedor tiene obligación de declarar, incurriendo, en caso de ser posteriormente descubiertos, en responsabilidad patrimonial exigible por la *actio empti*, con el fin de exigir una disminución del precio o, si el comprador prueba que no hubiese comprado de haber conocido los defectos ocultos, la resolución del contrato, mediante recíproca devolución del precio y de la cosa, siempre y cuando hubiese mediado engaño causado por el vendedor”.¹⁴⁹

El núcleo de la *actio empti* sería de época clásica y dado que las acciones de garantía por los vicios de la cosa experimentaron mutaciones en el Derecho

¹⁴⁷ Donadio, Nunzia, ob. cit. P. 515

¹⁴⁸ Morales Moreno, Antonio Manuel (1988), *El error en los contratos*. Editorial Curia, Madrid, España, p. 17.

¹⁴⁹ Fernández Barreiro, A – Paricio, Javier, (1991), *Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, p. 412-413.

Bizantino, se produjo en este “la extensión de la *actio empti* con funciones de garantía por los vicios, de época clásica en el solo caso de dolo de parte del vendedor, también a la reticencia no fraudulenta”.¹⁵⁰

I. 4. El Edicto de los Ediles Curules

Fijar las ideas sobre este instrumento, de estos magistrados menores constituye un punto apasionante en el que de no diferenciar claramente entre “la regulación en él de los vicios ocultos” y la naturaleza del Edicto y la función de estos magistrados, nos llevaría en torno a estas últimas a una atracción riesgosa “al abordar temas de la antigüedad conviene tener presente el peligro de esa atracción misteriosa propia de los abismos cuya fuerza va en proporción con la profundidad, y que por la necesidad de saber, de colmar lagunas, convierte la tarea del investigador en un desafío”.¹⁵¹ Nuestro desafío esta presente, ciertamente, parte de nuestro estudio está en lo que es la historia y “la palabra historia, en su origen etimológico, significa simplemente indagación”.¹⁵²

Entonces fruto de esa indagación es el acopio aquí vertido.

“A pesar de tratarse de magistrados sin *imperium*, los ediles curules tienen jurisdicción especial en algunos asuntos relativos al cuidado y vigilancia de la ciudad y los mercados (*cura urbis* y *cura annonae*) actividades que a ellos estaban confiadas. Al igual que los pretores, los ediles publican al principio de su magistratura un Edicto donde se prometen distintas acciones sobre todo en materia de compraventa de esclavos y animales por vicios ocultos de la cosa vendida”.¹⁵³

¹⁵⁰ Pezzana, Aldo, (), *Azioni di garanzia per vizi della cosa in diritto bizantino*. Synteleia Vincenzo, Arangio-Ruiz, Editore Jovene Napoli, p. 648.

¹⁵¹ Casado Candelas, María Jesús. Ob. Cit., p. 7.

¹⁵² Brown, Juan. (1981). *Para comprender la historia*. 37ª ed. Editorial Nuestro Tiempo, S.A. México, p. 15.

¹⁵³ Fernández Barreiro, Alejandrino – Paricio Javier. (1991). *Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, p. 77.

Justamente esas acciones sobre todo en materia de compraventa de esclavos y animales por vicios ocultos se yerguen en institutos de vasta indagación.

Gayo I, 6 contempla “tienen derecho de dar Edictos los magistrados del pueblo romano. Este derecho está principalmente en los Edictos de los pretores, del urbano y del peregrino, cuya jurisdicción pertenece, en las provincias, a los gobernadores de éstas; igualmente en los Edictos de los ediles curules, cuya jurisdicción pertenece, en las provincias del pueblo romano, a los cuestores; pues a las provincias del César no se mandan a cuestores, y por ello este Edicto no se publica en ellas”.¹⁵⁴ (Subrayado nuestro)

Ya no en época clásica sino en fuente justiniana leemos en las Institutas de Justiniano (I, I, II, 7) “Los Edictos de los pretores tienen también no poca autoridad de ley. A éste solemos llamarlo además derecho honorario, porque dieron autoridad a este derecho los que gozan de honores, esto es, los magistrados. También los ediles curules publicaban un Edicto sobre ciertos asuntos, cuyo Edicto forma parte del derecho honorario”. (Subrayado nuestro)

No desconocemos el debate en torno a clasificar o no el Edicto de los ediles curules como derecho honorario, de la lectura en fuente directa copiada *ut supra* de las Institutas de Justiniano hemos subrayado el matiz de derecho honorario que se le otorga en el manual de enseñanza aludido, sin embargo estimamos pertinente calcar un extracto de los argumentos esgrimidos por el prof. Volterra que refutan tal posición: “1) La afirmación que el Edicto de los ediles curules fuesen parte del *ius honorarium* es formulada en textos Justinianos y bizantinos: I. 1.2.7 (*quod edictum (scil. aedilium curulium) iuris honorarii* portió est); 2) En la constitución justiniana encontramos la afirmación que la materia de la cual se ocupaban el Edicto de los ediles curules, la acción redhibitoria, la evicción y la *stipulatio duplae* eran colocadas

¹⁵⁴ Domingo, Rafael, Cuenca, Francisco y otros. ob. cit., p. 40.

en la última parte del Edicto pretorio y que los compiladores le habían en cambio colocado *in anteriorem locum*, cercano al tratamiento de la compraventa. 3) Resulta evidente que el índice de la Florentina ha unido a los 30 libros ad *edictum* provincial de Gayo, los dos libros ad *edictum* de los ediles curules del mismo jurista, e igualmente ha agregado los dos libros ad *edictum* ediles curules de comentarios de Ulpiano y *edictum praetores* urbanos y los 78 libros del mismo comentados por Paolo, a guisa de reunir para esta obra la cifra de 83 y de 80 libros. 4) El título del Digesto 21.1 (de aedilicio Edicto et *redhibitione et quanti minoris*) no contiene mas que tres solos fragmentos de comentarios al Edicto, los otros 62 fragmentos, de los cuales está compuesto el título, pertenecen a obras diversas: en buena parte a comentarios *ad edictum aedilium curulium* en obra de la masa *papiniana*, 5) Las fuentes muestran que antiguos jurisconsultos como Viviano y Celio Sabino (y quizás Trebacio Testa, Sestio Pedio y Labeón, de los cuales es discutido) hubieron seguramente comentado el Edicto de los ediles curules, mientras de los primeros no se conocen comentarios al Edicto del pretor. Si es posible presumir una codificación del Edicto edilicio de la época antigua, anterior a aquella del Edicto pretorio: se observa entonces que las fuentes que hablamos de la codificación de este último no menciona el otro. 6) Resulta de todo modo seguro que el Edicto edilicio venía comentado por juristas republicanos, entre ellos Masurio Sabino, y aquellos de la época de los Severos en obra de *ius civile* y que los comentarios eran siempre tenidos de aquellos del edicto pretorio”.¹⁵⁵

Reiteramos que si bien nos interesa la institución de la compraventa y los vicios ocultos ello no impide algún abundamiento del marco referencial de este capítulo, a decir verdad el Edicto de los ediles curules ha tenido investigaciones entre las que destaca la excelente obra de Impallomeni Giambattista cuyo homónimo título es *L'Editto Degli Edili Curuli (1955)* sobre la que libaremos.

¹⁵⁵ Volterra, Edoardo. (1956). *Ancora sull' editto degli edili curuli*. Iura Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico. Estratto Dal. Vol 7. Editore Jovene, Napoli, p. 142-143.

En cotejo al comentario nuestro, vertemos la reflexión de Luís Rodríguez – Ennes “El Edicto de los ediles curules, habiendo constituido el objeto de numerosas investigaciones, sólo mereció, bien avanzado este siglo, un primer tratamiento unitario: el de Vincent (*Le droit des édiles*). Tal monografía, pese a dedicarse exclusivamente al derecho edilicio, dista notoriamente de satisfacer las exigencias de los estudios contemporáneos: presenta algunas lagunas – no todos los Edictos son estudiados- y por otra parte, el largo tiempo transcurrido ha determinado que hoy día se halle claramente pereclitada”.¹⁵⁶

El foco de nuestra atención es –obviamente- la recopilación de la doctrina romanística, y de manera medular la búsqueda y transcripción de las fuentes con su interpretación, cuando empleamos el término fuentes incorporamos no solo las jurídicas sino también las literarias esto es una afirmación de Perogrullo, lo reconocemos.

Las cláusulas edilicias en materia de compraventa se erigen en nuestro norte, hay que decir que “El Edicto edilicio fue redactado en modo definitivo por Juliano, comprende una vasta serie de normas, las cuales son expuestas en comentarios de juristas clásicos y apostilladas en sede material en las grandes compilaciones postclásicas: Código Teodosiano (III, 4), Digesto (XXI, 1) y Código (I V 58) de I Justiniano)”.¹⁵⁷

En perspectiva tenemos claro que “En la formación de determinados sectores del derecho romano influyeron considerablemente los aediles curules, encargados del buen funcionamiento del mercado público y administraban justicia en los litigios surgidos en este campo concreto. En el ejercicio de esta jurisdicción influyeron en la

¹⁵⁶ Rodríguez-Ennes Luís. (1992) *Estudios sobre el “edictum de Feris”*. Servicio de Publicaciones. Facultad de Derecho. Universidad Complutense. Madrid, p. 11-12.

¹⁵⁷ Impallomeni, Giambattista. (1955). *L’Editto Degli Edili Curuli*. Cedam. Pubblicazioni Della Facoltà Di Giurisprudenza Dell’ Università Di Padova XVII. Padova, p. 1.

formación y desarrollo del derecho romano de compraventa, de manera análoga a como influyó el pretor en otros campos”.¹⁵⁸

De allí que estemos obligados a recorrer los trazos históricos anteriores al Edicto adrianeo así como al de Juliano y en ese orden. Como referencia ineludible tenemos el testimonio de Aulo Gelio como Edicto pre-adrianeo, que transcribimos en su tenor por cuanto contiene ilustrativa información aunque difiera del Edicto Edilicio petrificado.

Distinción de las palabras Morbus y Vitius: Del valor de estos vocablos en un Edicto de Los Ediles: Si existe la Redhibición para los Eucos y Mujeres Esteriles: Diferentes opiniones sobre este asunto.

En un Edicto de los ediles curules, en el artículo que trata de la venta de esclavos, dice: “Cuidad de redactar cada uno la lista de ventas de manera que el comprador pueda ver fácilmente si los esclavos tienen alguna enfermedad o algún defecto, sin son fugitivos o vagabundos, si tienen que cumplir alguna condena. Discurriendo los Jurisconsultos antiguos acerca de los términos de este Edicto examinaron que debía entenderse por esclavo enfermo morbosus, y esclavo defectuoso, vitiosus, y qué diferencia habría entre vitiosus y morbosus. Celio Sabino en el libro que ha compuesto sobre el Edicto de los ediles curules refiere que Labeón definía la enfermedad en estos términos” enfermedad es una afección contra la naturaleza de los órganos del cuerpo, cuyas funciones altera”. Añade que unas veces invade la enfermedad todo el cuerpo, y otras solamente ataca una parte; que la tisis, por ejemplo o la fiebre, son enfermedades de todo el cuerpo; que la ceguera por el contrario o la debilidad de las piernas, son enfermedades parciales.” La tartamudez, dice o cualquier torpeza de pronunciación antes son defectos que enfermedades: así es que de un caballo que muerde o cocea, se dice que es vicios y no que está enfermo.

¹⁵⁸ De Churruca, Juan con la colaboración de Rosa Mentxaka. (1987). *Introducción Histórica al Derecho Romano*. 4ª ed. revisada, Universidad de Deusto. Bilbao, p. 76.

Sin duda la enfermedad es vicio, y todo hombre morbosus es al mismo tiempo vitiosus, pero la proposición inversa no sería verdadera; porque hombre vitiosus podría no ser morbosus; y por tanto, en el caso del hombre morbosus por temor de confusión debería evitarse decir: ¿En cuanto disminuye su precio este defecto? “Quanto ob id vitium minoris erit? Hase examinado la cuestión de saber si se contraviene al Edicto de los ediles curules cuando se vende un esclavo dejando ignorar que es eunuco. Dícese que Labeón opina que en este caso el comprador puede deshacer la venta y devolver el esclavo como enfermo. Dícese también que este jurisconsulto ha escrito que el Edicto de los ediles daba derecho para perseguir al mercader que hubiese vendido puerkas estériles. Trebacio, pone una restricción a la sentencia de Labeón, relativamente a las mujeres estériles que eran vendidas como esclavas. Habiendo dicho Labeón que puede ser devuelta siempre una esclava de esta clase como enferma al que la vendió responde Trebacio que no puede anularse el contrato cuando la esclava es estéril por naturaleza; admitiendo solamente que la mujer cuya salud se ha alterado y que por consecuencia de esta alteración de los órganos ha venido a ser incapaz de engendrar, no podrá pasar por esclava sana y podría obligarse al vendedor a recogerla. Discútese relativamente al esclavo miope o como se dice en latín luscitiosus. Pretenden unos que este defecto da siempre lugar a la redhibición; otros solamente en el caso en que hubiese aparecido a consecuencia de alguna enfermedad. Servio quiere que la redhibición se aplique al esclavo que carece de dientes; Labeón se opone a ello: “La mayor parte de los hombres están privados de algunos dientes cuando nacen y no por ello se les considera como enfermos, porque los niños no tienen dientes cuando nacen”. No debo omitir tampoco una distinción de antiguos jurisconsultos entre defecto y enfermedad, el defecto dicen es permanente, mientras que la enfermedad es pasajera. Según esto el ciego y el eunuco no serían enfermos, lo cual no concuerda con la doctrina de Labeón que antes hemos consagrado. Terminaré citando un pasaje de Masurio Sabino, tomado del libro segundo de su Tratado de Derecho Civil: “El hombre privado de razón, el mudo, los que tienen un miembro roto o mutilado, o atacado de una enfermedad que les inutiliza

para el servicio, son considerados como morbosí. El esclavo corto de vista, el que no puede correr más que lentamente, unos y otros son considerados como sanos". 159

Este texto del viejo Edicto, recogido por Aulo Gelio nos refleja una realidad en torno al tipo de vicios previstos por el Edicto "de mancipiis vendundis; el número de defectos físicos o de vicios materiales y jurídicos se presentan dentro de aquel en un número limitado cuya declaración es obligatoria Monier afirma que "Se les puede agrupar en tres grandes categorías 1) las enfermedades y vicios corporales del esclavo; 2) algunos vicios morales; 3) un vicio jurídico producto del hecho que el esclavo vendido era sujeto pasivo de la acción Noxal".160

A propósito del discurso del literato y de lo que viene a ser la pretensión del comprador para ejercer las acciones edilicias, primeramente quisimos indagar que se considera vicios materiales o simplemente vicios; o el término defecto por cuanto el Derecho Romano en torno a estos institutos sentó no descartables definiciones inclusive como reflexiona Torrent " desde la perspectiva de los que aún aceptando su carácter histórico sin embargo cercenan su integridad al reducirlo a una historia externa de textos escritos, porque desde el punto de vista hermenéutico la realidad social también podría ser texto",161 obviamente la realidad social contemporánea no intercambia ni compra siervos; institución esta hartó superada, también llama poderosamente la atención la exégesis que en torno a los vicios de siervos arrojan los textos romanos en la interpretación, lo que detiene nuestra mirada sobre ese pueblo que definitivamente se ha ganado el calificativo de genio jurídico y sus soluciones y aportes que siguen despejando dudas al hombre de hoy. Ciertamente la esclavitud está superada, no obstante la realidad contemporánea, nos sorprende cuando leemos

159 Aulo, Gelio (1959). *Noches Áticas*, [trad. Francisco Navarro y Calvo]. Ediciones Jurídicas Europa –América. Buenos Aires, p. 55 y ss.

160 Monier, Raymond. (1930). *La Garantie Contre les Vices Cachés Dans la Vente Romaine*. París. Recueil Sirey 22, Rue Soufflot, p.

161 Torrent, Armando; (1997), *Derecho Romano ¿Derecho de Doctos o Historia de Problemas Técnico-Jurídicos?* Bulletino Dell' Istituto Di Diritto Romano Terza Serie, Vol. XXXIX, Milano. Dott. A. Giuffré Editore, p. 165.

noticias de esclavos modernos, dejemos que la fuente hemerográfica consultada sea la que amplíe “Bienes venezolanos en riesgo por demanda de médicos cubanos. Un fallo desfavorable en el juicio que, ante una Corte Federal en Miami (EE.UU., petrolera estatal PDVSA) por someter a médicos y trabajadores de Barrio Adentro a trabajar en condiciones de “esclavos modernos” (omissis) subrayado nuestro.¹⁶²

Retomando los vicios previstos por el Edicto "de mancipiis vendundis" y las tres categorías agrupadas por Monier conviene ampliarlas a la luz de lo que nos refleja este autor en su obra anteriormente invocada y que incorporamos en traducción del texto tomada del francés.

Enfermedades y vicios corporales

El texto del viejo Edicto recogido por Aulo Gelio concuerda en este punto con el Edicto de Juliano que nos fue transmitido por Ulpiano. Hay que poner en conocimiento siempre al comprador "de cualquier enfermedad o vicio que haya" Estos términos en apariencia muy generales no se aplican en realidad a los vicios intelectuales o morales, a los vicios del alma: Se trata solamente de enfermedades y vicios corporales.

Servio debía acordar la redhibición automáticamente desde que cualquier defecto haya sido detectado sin preocuparse de investigar si disminuía el valor o la capacidad de trabajo del esclavo; en efecto, aplica el Edicto al esclavo al que le falta un diente: los jurisconsultos posteriores, Labeón el primero, critican esta solución. Los romanos admiran rápidamente que la existencia de un vicio no da derecho a la redhibición sino conlleva una disminución de la capacidad del trabajo del esclavo.

Para conocer la opinión de jurisconsultos sobre el sentido que habría que atribuir a las palabras: enfermedad y vicio tenemos la suerte de contar además del Digesto, todo un pasaje de Noches Áticas donde Aulo Gelio nos aporta la doctrina de Jurisconsultos de fin de la República y principio del Imperio. La comparación del texto puro de Aulo Gelio y de fragmentos del Digesto es muy interesante sobre este tema, solo Labeón parece haber pensado en construir una definición general del vocablo enfermedad que se puede aplicar a todos los casos particulares. Aulo Gelio no la ha extraído directamente de las obras de Labeón, la ha obtenido del libro al Edicto de los ediles curules de Caelio Sabino. La manera inexacta en la que se expresa el Digesto, podría hacer creer por otra parte que habría sido dada por Masurio Sabino el jefe de la escuela rival. Aulo Gelio IV, 2,3 D.21.1.1

¹⁶² Castillo, Vivian, (2010), *Bienes venezolanos en riesgo por demanda de médicos cubanos*. Diario El Universal, 24.02.1010, C-1, p. 6 ó www.eluniversal.com.

La enfermedad es para Labeón, un estado particular del cuerpo humano contrario a su naturaleza, que no permite obtener sino una utilidad inferior a la normal. El morbus es pues una enfermedad accidental o temporal; sería inexacto traducir esta palabra por enfermedad. El morbus puede, por lo tanto, afectar a todo el cuerpo, como es el caso de la fiebre, o una sola parte del cuerpo como el caso de debilidad de pies (parálisis).

Labeón atribuye a la voz vicio del Edicto de los ediles un sentido más amplio que a la voz morbus, pues considera como vicioso, no solo al esclavo afectado por un defecto físico natural, pero fundamentalmente a todo esclavo morbosus Ulpiano o mejor los compiladores, parecen querer establecer una diferencia mas neta entre el morbus y el vicio, lo que no les impide considerar como un morbus, un ciego de nacimiento que, según Labeón sería por el contrario vicioso. Estas divergencias son establecidas por la comparación del texto de Aulo Gelio y del pasaje correspondiente del Digesto Aulo Gelio IV, 2,5 D21.1.1.7

Por fin Aulo Gelio nos muestra que otros jurisconsultos de principios del imperio (viejos jurisconsultos) establecían entre morbos/vitium una distinción que parece más conforme a nuestras ideas modernas: el vicio sería perpetuo y el morbus temporal Aulo Gelio mismo destaca que esta era una opinión opuesta a la de Labeón de dar una definición general del morbus y del vicio y deducir de ella consecuencias, parece quedar aislada.

Masurio Sabino, nos expresa Aulo Gelio, habría indicado en el libro 2º de su comentario del ius Civile, lo que habría de entender por un mancipium morbosum, y en lugar de dar una definición abstracta y general se ha pronunciado por enumerar una serie de casos particulares donde el esclavo era morbus

Noches Áticas IV, 2,15

Sabino en este caso concreto, examinaba pues, sin idea preconcebida, si se pudiera considerar que el esclavo era morbosus y admitir la redhibición. Parece, por otro lado, que Sabino no diferenciaba entre morbos y vitium, pues consideraba como morbus el mudo y el que habla de modo ininteligible. Los jurisconsultos del Imperio no parecen haber utilizado la definición de Labeón: su obra consiste, como la de los juristas de fin de la República, en un estudio de casos particulares donde se podía aplicar el Edicto de los ediles y en una discusión de hipótesis prácticas, sin apoyo de ideas generales.

El comentario de Ulpiano es característico en este punto: Ninguna idea general emerge de la larga enumeración de casos concretos que nos aporta: dos preocupaciones parecen sin embargo guiarlo en la solución de diversas hipótesis: distinguir cuidadosamente los vicios del cuerpo de los del alma que no dan derecho a redhibición; ver si de hecho, el vicio o la enfermedad molesta al esclavo en el ejercicio de sus ocupaciones habituales D,21,1,1,8; 21,1.5.

Una ligera indisposición accidental no debe ser tomada en consideración.

II Vicios del espíritu

Los ediles que en un principio no exigían declaración mas que para los vicios del cuerpo sin embargo previeron un vicio particular del espíritu que existía como los

vicios corporales, de privar al dueño temporal o incluso definitivamente del uso del esclavo.

El antiguo Edicto aportado por Aulo Gelio, del mismo modo que el Edicto de Juliano ordenaba anunciar al que sea fugitivo.

Para el jurista Ofilius, alumno de Servio, lo que caracteriza al fugitivo era el hecho material de haberse fugado de la casa de su dueño con la intención de ocultarse.

Por el contrario, para los jurisconsultos posteriores lo que hace de un esclavo un fugitivo es la intención de huir de su dueño sin espíritu de regresar, con la condición en todo caso de que esta intención se haya revelado por un conato de ejecución. Es así como Proculo consideraba como fugitivo al esclavo que no había huido realmente pero se había ocultado en la casa con la intención de aprovechar para fugarse en un momento propicio. Por contra, Viviano estimaba que el simple hecho de huir no probaba que el esclavo fuera fugitivo, ya que la huida podía ser debida a un incendio o a un enemigo y el mismo hecho de salvarse un joven esclavo para escapar de malos tratos de un preceptor, no lo convertía en fugitivo. La intención momentánea de huir basta por otra parte incluso si el esclavo ha cambiado rápidamente de opinión. Labeón parece haber tomado una definición bastante vaga de "errar" pero Ulpiano nos indica que se designa con este vocablo al esclavo que frecuentemente vagabundeaba y regresaba a la casa (D,21,1,14).

Por una disposición separada puede ser de origen mas reciente, el Edicto de Juliano exigía declarar en el momento de la venta, si el esclavo había cometido un crimen capital, había intentado suicidarse o había bajado a la arena para luchar con las bestias. Evidentemente eran hechos que el comprador tenía máximo interés en conocer y que podían disminuir considerablemente el valor del esclavo.

III Vicio Jurico: La noxalidad

El viejo Edicto aportado por Aulo Gelio y el Edicto aportado por Juliano exigía por fin declarar "quien no este libre de noxa": si el esclavo había cometido un delito privado y si pesaba aun sobre su propietario la amenaza de una acción noxal, el vendedor debía declararlo. Esto se explica por el hecho de que la acción noxal produjera sus efectos con relación a la persona que tenía bajo su poder al esclavo, antes del delito, al día de la *litis contestatio*, y por lo tanto será ejercida contra el adquirente, si el dueño anterior, no hubiera sido perseguido.

El vendedor no esta obligado a declarar los delitos que el esclavo hubiera podido cometer si ya dieron lugar a un juicio noxal debe simplemente advertir al comprador del peligro que corre de ser obligado al abandono noxal del esclavo comprado o al pago de una indemnidad pecuniaria, no se trata evidentemente mas delitos privados que únicamente permiten intentar una acción noxal: para los delitos públicos hemos visto que el Edicto preveía los crímenes que acarrear una pena capital.

IV La Nacionalidad

Al lado del Edicto principal que preveía solo vicios del esclavo, existía un Edicto especial que exigía al vendedor dar al comprador algunas indicaciones que le

permitieran darse cuenta mejor de manera general de las cualidades y defectos del esclavo: el que vendía un esclavo debía declarar cual era su nacionalidad (D,31,1,31.21)

Existe un aspecto inherente a los anterior y no es otro que las formas prescritas para la declaración al respecto nos informa el mismo Monier.

Las reglas relativas a la manera en la que los vicios deben declararse han evolucionado claramente: el Edicto citado por Aulo Gelio no parece conocer mas que una forma escrita de pronunciación: por títulos, por señales colocadas encima de la cabeza de cada esclavo los vendedores hacían conocer al publico los vicios que afectaban a los mancipia.

El Edicto en época de Ulpiano no se contenta ya con esta única formalidad, tras haber proclamado de manera general que los vendedores deban dar a conocer los vicios a los compradores, exige una declaración oral y especial de los vicios hecha en el mismo momento de la venta del esclavo. Sin duda bastaba esta declaración oral cuando el esclavo no había sido puesto en venta en un mercado pero evidentemente el dueño que vende a domicilio un esclavo a un cliente o amigo no va a redactar un escrito y se limitara con señalar verbalmente los vicios del esclavo vendido.

Desde el siglo II los jurisconsultos no exigían ya ejecución literal de las prescripciones del Edicto: un texto de Pomponio parecía indicar que bastaba dar a conocer de cualquier manera pero con suficiente claridad los vicios del esclavo (D, 21.1.48.3) 163

En continuidad al análisis de la palabra vicio y la palabra *morbis*, es preciso ubicarnos en el Digesto Libro Vigésimo Primero, Título I Del Edicto del Edil y de la Redhibición, y de la Acción «*Quantum Minoris*» con Sesenta y Cinco fragmentos de los cuales escogeremos una muestra significativa.

Lo primero a resaltar es el título en ciernes que se centra en las dos acciones fundamentales ofrecidas en el mencionado Edicto, cada una será objeto de consideraciones.

Lo segundo a estimar es la búsqueda de esos conceptos que ya Aulo Gelio recogía y que como fruto de la jurisprudencia romana resultan ineluctables “*Morbis* y *Vitium* ¿a qué se vincula esto? En primer lugar, sólo a esas enfermedades o defectos

163 Monier, Raymond. Ob.cit., p.

físicos que no estaban claros. Las soluciones edilicias sólo aplicaron a los vicios ocultos”.¹⁶⁴

Entonces de dicho Título I del Libro 21 el fragmento 1,6 de Ulpiano; Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Libro I. se lee: “Si se conociera el vicio o la enfermedad del esclavo, como muchas veces suelen manifestarse los defectos por algunas señales, puede decirse que no tiene aplicación el Edicto; porque solamente se ha de atender a esto, a que no sea engañado el comprador”.

Se desprende del fragmento por una parte la idea de vicio y por otra la de enfermedad, obviamente lo aparente no tipifica en una u otra categoría.

Ya en la alusión de Aulo Gelio se atisbó la diferenciación, ciertamente revestida de toda una casuística, veamos que expone el mismo Ulpiano al respecto. D.21.1.1 (7) “Pero se ha de saber, que en Sabino se halla definida así la «enfermedad»: hábito de algún cuerpo contra lo natural, el cual hace su uso menos apto para aquello para lo que la naturaleza nos dio la sanidad de aquel cuerpo. Más esto puede acontecer unas veces en todo el cuerpo, otras en parte de él – porque es enfermedad de todo el cuerpo, por ejemplo, la tisis, la fiebre, y de una parte, como la ceguera, aunque el esclavo haya nacido así- y el vicio difiere mucho de la enfermedad, como si alguno fuera tartamudo, porque este más bien es defectuoso, que no esta enfermo. Yo opino que los Ediles dijeron dos veces lo mismo respecto de la misma cosa, para que no quedase duda alguna”.

Es muy ilustrativa la lectura de ese aquilatado primer fragmento por cuanto a las preguntas que surgen Ulpiano va dando respuestas, verbigracia no toda enfermedad es relevante, solo aquella que disminuye la capacidad del siervo; dejemos que sea quien presto resolvía en el pretorio Urbano de Severo el que informe, en el D,

¹⁶⁴ Zimmermann, Reinhard, (1990), ob. cit., p. 311.

21,1,1,(8) “Por consiguiente, si hubiere habido algún vicio o enfermedad tal, que impida el uso y el servicio del hombre, dará lugar a la redhibición, con tal que hayamos tenido presente, que cualquier cosa sumamente leve no hace ciertamente que sea considerado enfermo o defectuoso. Por lo tanto, una ligera Calenturilla, o una quartana antigua, pero que sin embargo pueda ya despreciarse, o una pequeña herida, no contiene en si ninguna culpa, porque no se haya declarado, porque estas cosas pudieron despreciarse, y así por ejemplo expresamos quienes se dicen enfermos o defectuosos”.

De la lectura del fragmento extraemos que no cualquier entidad viciosa o morbosa da lugar a la acción por ejemplo esa calentura intermitente que sucede de cuatro en cuatro días, de allí el nombre quartana.

Adicionalmente, es oportuno abordar el aspecto de esa declaración ¿Cómo se efectuaba?

La primera aproximación a la interrogante obliga a entender que la representa se sitúa de acuerdo a la época y que se constata toda una evolución, valga el soporte doctrinario de Monier “Las reglas relativas a la manera en la que los vicios deben declararse han evolucionado claramente: el Edicto citado por Aulo Gelio no parece conocer más que una forma escrita de pronunciación: por títulos, por señales colocadas encima de la cabeza de cada esclavo, los vendedores hacían conocer al público los vicios que afectaban a los mancipia.

El Edicto, en época de Ulpiano no se contenta ya con esta única formalidad: tras haber proclamado, de manera general, que los vendedores deban dar a conocer los vicios a los compradores, exige una declaración oral y especial de los vicios, hecha en el mismo momento de la venta del esclavo. Sin duda, bastaba esta declaración oral cuando el esclavo no habría sido puesto en venta en un mercado; pero evidentemente el dueño que vende a domicilio un esclavo a un cliente o amigo

no va a redactar un escrito y se limitará con señalar verbalmente los vicios del esclavo vendido.

Desde el siglo II los jurisconsultos no exigían ya la ejecución literal de las prescripciones del Edicto. Un texto de Pomponio parecía indicar que bastaba dar a conocer de cualquier manera, pero con suficiente claridad, los vicios del esclavo (ver D. 21,1,48,3).” 165

Retomando los fragmentos que arrojan luces sobre el entendimiento de los vicios ya no en el Libro 21 sino en el D,50,16,101(2) de Modestino encontramos “Es verdad que «la enfermedad» es una temporal debilidad del cuerpo, pero el «vicio» es un impedimento perpetuo del cuerpo, como si deformó el Talón; porque también el tuerto tiene ciertamente vicio”.

Realmente el catálogo de supuestos de hecho que se traducían como esclavos morbosus es amplio, remitimos al D. 21, 1, 9; D.21,1,10,3; D.21,1,10,4; D. 21,1,12,4 entre otros, y a modo de compendio detraemos la relación de Martha Irigoyen: “De acuerdo con los juristas, un esclavo podía ser tipificado como morbosus, si tenía cualquiera de las siguientes características. Si era mudo, miope, si no veía a determinadas horas del día, si padecía de alguna enfermedad que afectara los pulmones, el hígado o la vejiga, si padecía de gota o de ataques epilépticos, si tenía un polípo nasal, se habría nacido con los dedos unidos, de manera que estuviera imposibilitado de usar sus manos adecuadamente, o bien, si habría sido castrado de forma tal que no pudiese ser utilizado con fines de reproducción”.166

165 Monier, Raymond, ob. cit., p. 42.

166 Irigoyen Troconis, Martha Patricia, (2004), *Defectos latentes y vicios ocultos: dos problemas para la compraventa de esclavos en Roma*. Anuario del Centro de Estudios Clásicos. Instituto de Investigaciones Filológicas. Universidad Autónoma de México. D.F., México, p. 89.

La capacidad para engendrar de parte de los esclavos así como la de gestar y reproducir partos sanos por las esclavas se comprende eran de importancia y en caso contrario estaríamos ante un esclavo morbosos como se evidenció en la cita anterior o “una esclava era calificada como morbosos si, a causa de una enfermedad uterina, sólo podía parir niños muertos, si su pelvis era tan estrecha que no podía ser madre o si menstruaba dos veces al mes (o no menstruaba en absoluto, a menos que fuera debido a su edad)”¹⁶⁷

En torno a las ideas anteriores es pertinente recordar el pasaje de Aulo Gelio ya transcrito sobre lo que debía entenderse por *vitiis* y *morbis* con particular atención a la discusión entre Labeón y Trebacio...

“Examinando la cuestión de saber si se contraviene al Edicto de los ediles curules cuando se vende un esclavo dejando ignorar que es eunuco. Dícese que Labeón opina que en este caso el comprador puede deshacer la venta y devolver el esclavo como enfermo. Dícese también que éste jurisconsulto ha escrito que el Edicto de los ediles daba derecho para perseguir al mercader que hubiese vendido puercas estériles. Trebacio, pone una restricción a la sentencia de Labeón, relativamente a las mujeres estériles que eran vendidas como esclavas. Habiendo dicho Labeón que puede ser devuelta siempre una esclava de esta clase como enferma al que la vendió responde Trebacio que no puede anularse el contrato cuando la esclava es estéril por naturaleza; admitiendo solamente que la mujer cuya salud se ha alterado y que por consecuencia de esta alteración de los órganos ha venido a ser incapaz de engendrar, no podría pasar por esclava sana y podría obligarse al vendedor a recogerla.”¹⁶⁸

En tránsito, ahora al término *vitium* habríamos vertido el contenido D, 50, 16, 101, 2 de Modestino en notas a dicho fragmento, ha dicho Irigoyen “*vitium* se refería

¹⁶⁷ Irigoyen Troconis, Martha Patricia, ob. cit., p. 90.

¹⁶⁸ Aulo Gelio. ob. cit., p.

originalmente sólo a algún defecto físico, pues habría sido bastante absurdo considerar como defectuosos a aquellos esclavos que fueran tímidos, codiciosos, iracundos, melancólicos, insolventes, glotones, timadores, mentirosos o buscapleitos. Bajo estas circunstancias ¡apenas podría considerarse a alguien como sano!”¹⁶⁹

En otro fragmento del Digesto del jurisconsulto Ulpiano se encuentra lo siguiente: D, 21,1,4,3 “Dice el mismo Pomponio, que aunque el vendedor no deba entregar un esclavo muy inteligente, sin embargo, si hubiere vendido uno de tal modo fatuo o necio, que ningún uso pueda hacerse de él, se considera que hay vicio. Y parece que usamos de este derecho, que la denominación de vicio y de enfermedad no se entienda que corresponde sino a los cuerpos; más el vendedor responderá de vicio del espíritu solamente de este modo, si lo prometió, y si no, no; y por esto se hace excepción expresamente del vagabundo y del fugitivo, porque este es vicio del espíritu, no del cuerpo”.

El parecer de Ulpiano arroja otras ideas sobre la ya tratada disquisición entre vicios del espíritu, vicios del cuerpo, a propósito del Edicto aportado por Aulo Gelio, que se trasvaso con la exégesis de Monier en la que constatamos en torno al fugitivo las opiniones de Ofilius alumno de Servio, y la de jurisconsultos posteriores como Próculo, Viviano, Labeón a las cuales nos remitimos.

Uno de los temas abonados por la romanística es el de la jurisprudencia romana, su metodología, el valor de las opiniones de los jurisconsultos, por no entrar en lo que Schulz denominó la infungibilidad del jurista romano entre otras aristas, esto viene a colación porque la cantera de opiniones es tan enriquecedora que podríamos calcar muchas de ellas, no solo del libro 21 del Digesto y el caracterizado Título I sino de otras tantas, que a nuestro entender son ilustrativas pero ello traería como consecuencia que nuestros futuros lectores tilden nuestra labor de extremadamente

¹⁶⁹ Irigoyen Troconis, Matha Patricia, ob. cit., p. 91.

romántica y adicionalmente daríamos la impresión de entretenernos en figuras del pasado que ya no estarán más, cuando al contrario la intención es recoger y entender esa herencia y acotamos que detraemos palabras del maestro Emilio Betti, cuando establecía:... “que no son los romanistas poetas ni romanceros que se entretienen en describir figuras del pasado... que ya no estarán mas, sino que son los encargados de recoger una herencia, de entenderla”

Estos planteamientos de vicios corporales, vicios del espíritu en alusión a siervos que eran hombres de una época y dentro de un contexto como la esclavitud ya superada, en el fondo nos colocan en esa naturaleza compleja del ser humano como entidad bio-sico-social que en la actualidad es objeto de numerosos estudiosos.

Cuando aludimos a la esclavitud nos situamos en criterios sociales concomitantes con las transformaciones que sufrió la sociedad romana de allí la “división que atiende a la evolución de la esclavitud. Conforme a ella, la vida del Imperio puede subdividirse en los siguientes períodos. 1) Origen y ascenso de la esclavitud (desde la fundación de Roma hasta las guerras púnicas); 2) Culminación de la esclavitud (desde las guerras púnicas hasta las últimas conquistas en el siglo I de nuestra era); y 3) Descenso del régimen esclavista como consecuencia de la falta de conquistas y del impacto de la ideología igualitaria del cristianismo”.¹⁷⁰ Por supuesto esta es una de las periodizaciones, huelgan los comentarios ya transcritos de toda vectorización, lo curioso es que contemporáneamente, ha emergido una suerte de neo esclavitud ver ut supra artículo hemerográfico reseñado.

Formulado el comentario, traemos a Venuleyo en D, 21, 1, 65 “El vicio es más bien del ánimo que del cuerpo, como si uno quisiera asistir asiduamente a los juegos,

¹⁷⁰ Bernal, Beatriz, (1988). *Los períodos en la Historia del Derecho Romano*. Estudios en Homenaje al profesor Juan Iglesias. Tomo II. Seminario de Derecho Romano «Ursicino Álvarez» de la Universidad Complutense de Madrid. Decanato de la Facultad de Derecho de la misma Universidad. Confederación General de las Cajas de Ahorro de España. Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Salamanca. Madrid, p. 610.

ó contemplase con detenimiento los cuadros pintados, ó aún si fuera mentiroso, ó estuviere dominado por otros vicios semejantes”.

“De acuerdo con lo anterior, es evidente que, al publicar los ediles curules su Edicto, colocando los vitia al mismo nivel que los morbi, obligaron al vendedor a declarar no sólo los defectos –incluyendo los de carácter- sino también los vicios que el esclavo pudiera tener. Es decir, que el vendedor debía declarar no solamente las enfermedades visibles del esclavo, sino también, por ejemplo, ciertos hábitos (no evidentes) como el darse a la fuga (fugitivus), si tenía el hábito de ser un vagabundo (error), si había cometido un delito capital si era propenso a cometer suicidio o si habría luchado con animales salvajes en la arena”.¹⁷¹

El policitado D, 21,1,1, en su § 1 resulta impretermitible.

“Dicen los Ediles: Los que venden esclavos, hagan sabedores a los compradores de la enfermedad ó vicio que cada uno tenga, si alguno es fugitivo ó vagabundo, o si no está exento de noxa; y expresen todas estas cosas claramente y con verdad, cuando se vendieran estos esclavos.

Mas si contraviniendo esto hubiese sido vendido un esclavo, o lo hubiese sido contra lo que se hubiere dicho o prometido, cuando se vendiese, por lo que se dijere que debe respondersele daremos acción al comprador, y a todos a quienes corresponde el negocio, para que sea devuelto el esclavo”. (omissis)

El primer comentario en hilo al Instituto en ciernes es la enfermedad ó vicio que en la autorizada doctrina de Impallomeni se lee:

“Este Edicto obliga al vendedor a declarar ciertos vicios naturalmente que existieran en el acto de la venta. Más precisamente, en una primera parte de ello se

¹⁷¹ Irigoyen Troconis, Martha Patricia, ob. cit., p. 19.

toma en consideración: (a) todos los vicios corporales; (b) dos del ánimo, que son el del siervo fugitivo o vagabundo; (c) uno jurídico, que es el siervo dado en noxa. En una ulterior parte se toma aún más en consideración; (d) otro vicio del ánimo, el intento de suicidio; (e) otros dos vicios jurídicos, que consistían en haber el esclavo cometido un crimen capital, o el caso de haber sido enviado a la arena a luchar contra las fieras. No van declaraciones de los vicios del ánimo o jurídicos no expresamente del elenco del Edicto.”¹⁷²

Otro aspecto digno de reseñarse que además el fragmento contempla es lo relativo a... “expresen todas estas cosas claramente y con verdad, cuando se vendieran estos esclavos” y por otra parte “hubiese sido vendido un esclavo contra lo que se hubiere dicho o prometido”.

La acotación del primer aspecto alude a la claridad y veracidad que debe imperar en las negociaciones, sabemos que la responsabilidad fijada en el Edicto de los ediles curules es objetiva, no obstante insertamos este pequeño apuntamiento porque si bien entre mercaderes se admite el denominado dolo bueno es obvio que la no claridad sumada a la falta de verdad nos sitúa en el dolo malo y en tal virtud de este concepto es propicia una definición lexicológica que acopiada de Carcaterra traeremos no sin antes hacer nuestra, la reflexión del prof. José Javier de los Mozos en torno a que “no es necesario conocer la etimología de las palabras para utilizar adecuadamente la lengua, pero cuando se pretende tratar con rigor cualquier problema humano, se hace inevitable el remontarse a los orígenes del problema y resulta entonces que la vida de las palabras y sus transformaciones cobra el máximo interés”.¹⁷³

¹⁷² Impallomeni, Giambattista, (1955), *L'Editto Degli Edili Curul*. Pubblicazioni Della Facoltà Di Giurisprudenza Deel' Università Di Padova XVII. Cedam, Padova, p. 6-7.

¹⁷³ De Los Mozos, José Javier. (1988). *Presentación de la traducción del Corpus Iuris Civilis*. Realizada por Don Ildefonso L. García Del Corral. Cuerpo del Derecho Civil Romano. Primera Parte. Editorial Lex Nova, Valladolid, p. 4.

Siempre que hay dolo hay responsabilidad es harta conocida la regula iuris que reza “Los contratantes no deben ser engañados” (D, 14, 3, 11, 5) Ulpiano.

Entonces hurguemos la significación jurídica y lingüística del “*dolus malus*”, “Labeón invoca sobre “*dolus malus*” una definición lexicológica por sinónimos y cuasi sinónimos. Intenta connotar jurídicamente el “*dolus malus*” mediante tres *fatispecies* diversas, de las cuales la primera «*calliditatem.. ad circumvenendum*») es la que menos grave y compleja, consistiendo en la mera destreza (*calliditas*) de profundizar en el error de otro que no ha determinado (*circumvenire*). La segunda («*fallaciam.. ad fallendum*») ya es más grave ya que consiste en el *mendacio* (fallacia) dirigida a inducir a otro en error (‘fallere’). La tercera es gravísima, consiste en una completa maniobra de hecho y de palabras, en una “puesta en escena” (maquinación) dirigida a crear una ilusión y en hacer caer en la maquinación a la contraparte (‘deciperé’).¹⁷⁴

Orientadora la posición de Labeón que en sus matices encierra el dolo malo que en nuestros días es objeto de estudio y lamentablemente dato óptico no infrecuente.

Luego la puntualización del fragmento en torno a “dicho o prometido” sobre el esclavo vendido también amerita alguna precisión, y en fuente directa Ulpiano en el D. 21, 1, 19, 2 informa:

“Pero se ha de saber, que aunque hubiere dicho ciertas cosas, por ejemplo, las que se refieren a mero elogio del esclavo, como si hubiere dicho que era sobrio, probo, y bien mandado, no debe quedar él obligado; porque, como escribe Pedio, hay mucha diferencia entre que hubiere dicho algo para recomendar el esclavo, y que hubiere prometido que él responderá de lo que digo”.

¹⁷⁴ Carcaterra, Antonio, (1970), *Dolus Bonus/Dolo Malus Esegese di D. 4.3.1.2-3*. Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene Napoli, p. 10.

Del fragmento ha acotado Monier “De esta definición resulta que el dicho o declaración es siempre una simple afirmación verbal, mientras que el vocablo promesa puede designar, ya una promesa sin empleo de formas solemnes o una estipulación”. 175

Al respecto técnicamente una estipulación es “el contrato verbal por excelencia la *stipulatio* que consiste en una interrogación oral pronunciada por el futuro acreedor (*stipulator*) seguida de la respuesta oral inmediata y congruente del futuro deudor (*promissor*)”.176

En otra opinión “Partsch ve en el ‘dicho’ del Edicto de los ediles un verdadero pacto añadido, análogo según él, al dicho *in mancipium*. Según éste autor, es por causa de una adición debida a los bizantinos que la definición del dictum dada por Ulpiano sería poco homogénea: las palabras «*nudoque sermone finitur*» estarían interpoladas: en efecto, asistimos a un cambio brusco de tiempo y, por otro lado, decir que el *dictum* ha finalizado carece de sentido. Por el contrario, para los bizantinos, la palabra finalizar puede significar definir.”177

A ello Monier réplica bajo los siguientes argumentos:”Pero, incluso suponiendo que los bizantinos hayan añadido las palabras “*nudoque sermone finitud*” para precisar el significado del *dictum*, esto no impide que Ulpiano haya definido el *dictum* como “lo que ha sido objeto de una simple declaración verbal”, y establece una diferencia entre el *dictum* y la convención, incluso desprovista de formalidades.

Nos parece imposible sostener que en los últimos siglos de la República el verbo decir haya significado convenir verbalmente, y no hayan tomado sino

175 Monier, Raymond, ob. cit., p. 55.

176 Bernard Mainar, Rafael, (2009), *Curso de Derecho Privado Romano*. Universidad Católica Andrés Bello. Caracas. P. 408.

177 Monier, Raymond, ob. cit., p. 55-56.

tardíamente el sentido de declarar oralmente. El mismo texto de los ediles nos muestra en efecto que la palabra decir habría sido ya tomada en el sentido de declaración verbal unilateral: para expresar la obligación para el vendedor de anunciar en alta voz los vicios de los que padecía la cosa vendida, el Edicto relativo a los esclavos emplea las palabras «*palam recte pronuntianto*» (D. 21, 1,1,1.), en tanto que el Edicto concerniente a los juramentos utiliza la expresión «*palam recte dicunto*» pronunciar es decir en el lenguaje de los ediles, por lo que son términos equivalentes, como nos decía Ulpiano”.¹⁷⁸

Incorporamos a estas opiniones la de Zimmermann auscultada de -su obra anteriormente citada “Las partes eran libres de extender el alcance de la garantía del vendedor mas allá de estos límites; una afirmación (sea esta por vía del *dictum in venditione*, sea esta por vía de la promesa formal) de que el esclavo era libre de los defectos a posteriori o que poseía cualidades especiales que importaban al comprador en el caso en particular era suficiente. El término técnico para estas declaraciones formales o informales era el de “*dicta promissave*”. Esto fue obligatorio y condujo a la responsabilidad bajo el Edicto edilicio.”¹⁷⁹

Estas ideas cobran concreción en la práctica, por ello los ejemplos recolectados de las fuentes son oportunos, señala Zimmermann “En la práctica, no era siempre fácil de dibujar una línea entre *dicta* y *promissa* por un lado y las ventas donde no era obligatorio hablar por el otro. Cada vendedor se inclina por alabar su mercancía y bien si la alabanza permanece en un nivel bastante general o bien si consiste en exageraciones ostentosas de notarias fanfarronerías, ningún comprador sensato tomará todo esto demasiado en serio, el sistema legal por consiguiente no tiene ninguna razón para hacer responsable al vendedor”.¹⁸⁰

¹⁷⁸ Monier, Raymond, ob. cit., p. 55-56.

¹⁷⁹ Zimmermann, Reihard, ob. cit. p. 315.

¹⁸⁰ Zimmermann, Reihard, ob. cit. p. 315.

Verbigracia, en el Libro XVIII del Digesto Título I fragmento 43 encontramos el siguiente pasaje de Florentino que por su elocuencia despeja con claridad:

“Lo que se dice en las ventas por vía de recomendación, si apareciera manifiesto, no obliga al vendedor, como si dijera que el esclavo es hermoso, o que la casa está bien edificada; más si hubiere dicho que el esclavo es literato, ó artífice, debe responder de ello, porque por esto mismo lo vendió en más”.

Tampoco obligan al vendedor ciertas promesas, si de tal modo está la cosa a la vista, que el comprador no la haya ignorado, como si alguno comprara un esclavo que tenga sacados los ojos, y estipulara sobre su sanidad; porque se entiende que estipuló respecto a lo demás partes del cuerpo, más bien que respecto de aquello en que él mismo se engañaba”.

En cuanto al punto “dichos” y “promesas” podemos traer el siguiente pasaje de Ulpiano en D, 4.3.37.

“Lo que dice el vendedor por vía de recomendación se ha de reputar así, como si no se hubiere dicho, ni prometido. Más si se dejó con el fin de engañar al comprador, se ha de entender también de este modo, que no nazca acción contra lo dicho ó prometido, sino la acción de dolo”.

Con eje en ese fragmento Arangio-Ruíz ha expuesto el siguiente planteamiento que interesa al aspecto “*dictum vel promissum*”, “mientras que reconociendo el valor de las declaraciones formales que en muchas ocasiones son atribuidas al verbo “decir” y el sustantivo que se le conecta, me parece se ha exagerado en el pretender que los “dicta” en cuestión deben siempre asumirse en aspecto de declaración pública (verbal, es decir, por voz del heraldo, o escrito y puesto a la vista de todos), y debe siempre referirse a compra-venta realizada mediante mancipatio.

También sin querer extender la investigación a otra medida, podemos aquí referir al D. 4,3,37 donde regresa la terminología “*dictum vel promissum*” que parece referirse a toda especie de venta”.¹⁸¹

Adicionalmente del mismo jurisconsulto anterior, leemos en el D. 21, 1, 17, 20 esto: “Si alguno hubiere afirmado que el esclavo tiene alguna cualidad, y no la tuviese; o que no la tiene, y la tuviera, por ejemplo, si hubiere dicho que no era ladrón, y si hubiere dicho que era artífice, y no lo fuese; estos, como no verifican lo que aseveraron, se entiende que obran contra lo dicho o lo prometido”.

En exégesis al fragmento Monier ha comentado “Ulpiano indica que todas las declaraciones no generan una obligación de proporcionar un esclavo rigurosamente conforme a las declaraciones del vendedor. No habrá lugar a redhibición sino cuando el vendedor se haya comprometido realmente a entregar un esclavo que posea las cualidades a las que habría aludido. Las palabras «*quod eius praestari oportere dicetur*» significan pues que el Edicto no se aplica sino cuando se trate de declaraciones y promesas a las que el vendedor se ha comprometido ejecutar”.¹⁸²

Hemos procurado desentrañar el concepto de “*morbis*” y “*vitius*” por cuanto un siervo afectado disminuía considerablemente su valor y obviamente la pretensión de quien lo adquirió, los ejemplos históricos tienen ese denominador común de allí que las opiniones jurisprudenciales sean esclarecedoras amén de la doctrina romanística, por supuesto las elaboraciones contemporáneas del vicio oculto atienden a un contexto disímil, el consumo masivo de bienes nos coloca de cara a objetos viciosos en los que al igual que los siervos y los jumentos hay una merma en el valor y la utilidad, en capítulos sucesivos estará el constructo actual pero insertamos un breve concepto que en su descripción inicial obedece a otro tiempo o a todos los

¹⁸¹ Arangio-Ruíz, Vincenzo. (1954) *La compravendita in Diritto Romano*. Vol. II, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene. Napoli, p. 359.

¹⁸² Monier, Raymond, ob. cit. p. 53.

tiempos “El vicio es una imperfección material que incide sobre el valor o sobre la posibilidad de utilización de la cosa y depende de anomalías del proceso de fabricación, de producción, de conservación”. 183

Confesamos que la fascinación que siempre nos ha generado el Derecho Romano, se acrecienta ante el tema de estudio y en desarrollo porque “El Edicto de los ediles curules no se limita a sancionar el defecto de declarar ciertos vicios: reprime igualmente el hecho de haber afirmado o prometido falsamente que el esclavo estaba exento de vicios que el Edicto obliga a poner en conocimiento, de haber prometido o afirmado la presencia de algunas cualidades que, realmente no existían” 184 y más aún encontramos también el planteamiento de la reticencia como se vera inmediatamente.

El silencio de suyo constituye una situación que en lo cotidiano añoramos, la contaminación sónica impera y lograr momentos ausentes de ruido es poco frecuente en la Ciudad, pero cuando centramos su ubicación no en lo externo sino hacia el hombre en su mundo interior, el silencio califica como sabiduría, prudencia, elevación, entre otros adjetivos, no obstante, emerge en torno a él la interpretación que el Derecho le otorga, ya desde antiguo lo tácito ha sido subsumido como manifestación de voluntad; y cuando decimos desde antiguo obviamente aludimos al Derecho Romano en el que se conoció la reticencia del vendedor sobre vicios u omisiones en las cualidades de la cosa en un negocio próximo a concluirse.

Lo primero a destacar es una noción preliminar del término que a decir de Laura Solidoro constituye "una particular especie de silencio calificado y denominado "reticencia" (que debe entenderse como silencio intencional y malicioso sobre

183 Gazzoni, Francesco, (2000), *Manuale di Diritto Privato*. VIII Edizione aggiornata e con riferimenti di Dottrina e di giurisprudenza. Edizioni Scientifiche Italiane Napoli, Roma, p. 1073.

184 Monier, Raymond, ob. cit. p. 50.

circunstancias que la contraparte tuviese interés en conocer en la fase precedente a la conclusión del negocio"185

En fuente literaria encontramos el siguiente testimonio de Ciceron: off. 3.13.57 que recogemos:

"Supongamos que un hombre de bien vende una casa por algunas faltas que tiene, que sólo él las sabe, y los demás ignoran, como que es enferma, y la tiene por saludable; que se crían sabandijas en todas sus piezas; que está mal edificada, y que amenaza ruina el edificio; pero todo esto nadie lo sabe sino su dueño. Pregunto: ¿si el vendedor no lo ha advertido a quien la quiere comprar, y la vendiere en mucho más de lo que él se imaginaba, pecará contra la justicia? Antipatro dice que sí. Porque ¿Qué es no enseñar el camino al que va errado (lo cual está condenado por las execraciones de Atenas), si esto no lo es, dejar que el comprador se precipite, y que incurra por ignorancia en un grande engaño? Aún es peor que no enseñar el camino. Porque es guiar con cierta ciencia a un error al que no sabe. Diógenes al contrario: ¿Pues acaso te obligó a comprarla el que aún no te habló de ella? El puso su casa en venta porque no le agradaba: tú la compraste porque te agradaba. Pues si uno que saca a vender una casa por buena y bien fabricada, no se juzga que engañe aunque no sea buena, ni bien hecha, mucho menos el que no la ha alabado. Porque donde interviene el juicio del comprador; ¿qué engaño puede haber de parte del que vende? Sí aún no se queda obligado a todo lo que promete, ¿piensas tú que se quede a lo que no se ha prometido? ¿qué mayor necedad que publicar el vendedor las faltas de la casa que vende? ni mayor locura que si por mandato del dueño publicara el pregonero: ¿Quién compra una casa que es muy enferma?

185 Solidoro Maruotti, Laura, (2007) «... Si vero sciens reticuit et emptorem decepit...» (D.19.1.13 pr): 'vizi di fatto', 'vizi di diritto' e reticenza del venditore. FIDES HVMANITAS IVS STUDII IN ONORE DI LUIGI LABRUNA. VIII EDITORIALE SCIENTIFICA, NAPOLI, p. 5269-5270.

De esta manera se convierten algunos casos en que por una parte se defiende la honestidad, y por otra se habla de la utilidad, de suerte que no sólo es honesto hacer lo que parece útil, sino que aún es torpe el no hacerlo. Y ésta es la discordancia que por lo común parece que se halla entre lo útil y lo honesto: sobre la cual hemos de decir, pues no la hemos propuesto para introducir una disputa vana, sino para explicarla.

Soy de sentir que ni el coductor del trigo debió ocultar a los rodios la especie de la conducción de los otros, ni el que vende la casa sus defectos a los compradores. Esta muy bien que el callar algo no sea ocultarlo, sino cuando se procura que los demás ignoren una cosa que les aprovecha saber, y a mí me hace al caso no decirla por mis intereses. Mas ¿quién es el que deja de conocer cuál es la naturaleza de esta manera de ocultar, y de quién es propia? Ciertamente, que no lo es de un hombre abierto, sencillo, ingenuo, justo y bueno: sino de un artificioso, obscuro, astuto, falaz, malicioso, doble y redomado. Por ventura, hay alguna utilidad en ser notado de estos hombres y otros tales?"¹⁸⁶

Hemos subrayado aspectos en correspondencia del pasaje con el Instituto de la reticencia, pensamos y así lo reflejamos que la parte *in fine* coloca dos referencias antagónicas, más aún emplear el modelo del hombre abierto, sencillo, ingenuo, justo y bueno nos coloca en el plano de esos principios informadores del Derecho Romano que estaban aquilatados en la convivencia social y en una práctica constante, no son planos ideales y allí reside la grandeza en constatar hombres de carne y hueso cuya piel profunda venía marcada por el norte de esos principios tan necesarios para entender sus formas de conducta.

Retrotrayéndonos al Código decenviral Solidoro acota "Sustancialmente la legislación decenviral no reconocía alguna relevancia jurídica a la reticencia del

¹⁸⁶ Cicerón De Off. ob. cit., p. 275.

vendedor sino en el caso extremo de la enajenación de la *res Mancipi* vendida, en el sentido que el *Mancipio dans* respondía con la *actio auctoritatis* una vez confrontado por el comprador vencido totalmente o parcialmente, en la sola hipótesis tardía del usufructo y prescindía del hecho que su silencio sobre la enajenación del bien negociado fuese hecho de buena o mala fe".187

El segundo vector temporal estaría juntamente el edicto de los ediles curules emanados en Roma alrededor del Siglo II a.C que corre justamente en este capítulo "en relación a la sola compraventa de esclavos y animales, concluidos en los mercados, que preveía la responsabilidad del vendedor reticente sobre algunos vicios (de hecho y de derecho) taxativamente del elenco".188

La *actio empti* tuvo precedentemente su capítulo definido no obstante, a propósito de la idea en comentario vale decir "En el caso de omisiones, conocidas estas por el vendedor, entra en fin como tercera formación la aplicación extensiva (no siempre del todo clara) de la *actio empti*, que sancionaba la reticencia del vendedor cuando el objeto de la venta fuesen esclavos o animales afectados por vicios diversos respecto a aquellos relevantes a los fines de la tutela edilicia".189

Existe un elemento destacable en la experiencia romana y es si la reticencia del vendedor debía considerarse contraria al principio de buena fe y en consecuencia configuraba una hipótesis de dolo, obviamente este se encuentra tanto en la fase contractual, previa a ella, o como supuesto de incumplimiento "cuando el deudor consciente y deliberadamente observa una conducta que impide cumplir el tenor exacto de una obligación establecido al tiempo de su constitución".190 En lo que respecta a la idea en desarrollo el contenido del término es el denominado "*Dolus*

187 Solidoro Maruotti, Laura, ob. cit., p. 5275.

188 Solidoro Maruotti, Laura, ob. cit., p. 5275.

189 Solidoro Maruotti, Laura, ob. cit., p. 5275.

190 Bernard Maro, Rafael, (2006), Curso de Derecho Privado Romano. Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, p. 375.

Malus", genera perplejidad el pleonasma pues aludir a un dolo malo nos hace pensar en una nieve fría o en una noche oscura "pero es que los romanos reconocían, en determinadas circunstancias, la existencia del dolo bueno, la astucia comercial, los trucos acertados mercantiles, que para los mediterráneos son más bien actos de inteligencia e inclusive humorísticos, que actos inmorales (compárese a Parsifal, típico héroe germano, con el "astuto Ulises", ideal del héroe mediterráneo".191

Ahora bien ello aplicado al punto de la reticencia incardina porque "El dolo no consiste necesariamente en actos positivos; también hay dolo si una parte calla maliciosamente una circunstancia que para la otra hubiera sido un obstáculo para la celebración del negocio en cuestión, en el caso de que está se hubiera dado cuenta".192

Es conveniente destacar lo que apunta Solidoro "en orden al concepto de dolo, en el pensamiento jurídico romano vienen a coexistir dos líneas: una a la cabeza de Aquilio Gallo y Servio, más restrictiva y propensa a la identificación del dolo con una actividad positiva y la otra, reconocida en el pensamiento de Cicerón y de Labeón, inclinados a sancionar como doloso los contenidos omisivos (incluso la reticencia) porque indicara la *fallacia* o *calliditas*".193

De sendas expresiones *fallacia*, *calliditas* habriamos vertido la explicación de Labeón ut supra, detraída de Carcaterra en su obra en ese entonces invocada.

Estas consideraciones deben estar de cara a un deber de información sobre elementos de la contratación; los civilistas han abonado en esto y la doctrina actual consagra un aquilatado desarrollo en cuanto a la relevancia de los tratos, el concepto

191 Margadant S., Guillermo F. (2007), El Derecho Privado Romano como introducción a la cultura jurídica contemporánea. Vigésima Sexta Edición, Editorial Esfinge, Naulcalpan, Estado de México, p. 338.

192 Margadant, ob. cit., p. 339.

193 Solidoro Maruotti, Laura, ob. cit., p. 5275.

de responsabilidad precontractual, etc. puestas en marcha ante la posibilidad de llegar a vincularse contractualmente, estamos conscientes que estos aspectos no encuentran siempre un germen expreso en el Derecho Romano, aunque nos corresponde reconocer que existen quienes atisban dentro de este, un sin fin de institutos actuales, la misma concepción del contrato es tema de discusión y abundante literatura, en tal virtud no vemos argumentos sólidos que nos lleven a sostener en Roma tratativas, precontratos o figuras afines. De manera rasante incorporamos una acreditada noción moderna a los fines de su comparación "Cuando se incluyen en el concepto genérico" de "responsabilidad precontractual" los simples "tratos o negociaciones" emprendidos por quienes se ponen en contacto solo para explorar la posibilidad de llegar a vincularse por un contrato; se incurre en una ambigüedad. Los tratos — a diferencia de esos otros fenómenos que pueden darse en el proceso de formación de un contrato — presentan la peculiaridad ontológica de excluir que a las declaraciones emitidas por los intervinientes en ellos pueda atribuírseles eficacia para expresar una voluntad negocial, aún si, como veremos, ellos no son necesariamente irrelevantes para producir otros efectos no perseguidos por los intervinientes en los mismos".¹⁹⁴

La idea que debe irrigar esa tendencia de ver al antiguo desde su época y no desde la nuestra, gravita en el realismo de los romanos en torno al cual el prof. Mélich Orsini antes citado ha puntualizado: "Comentando la forma de actuar de los romanos escribe Villey; los juristas romanos elaborando su ciencia del derecho no proceden por construcciones, a la base de ciertos axiomas como el de la libertad primitiva de los individuos o el de la soberanía de la ley. Sino, como Aristóteles, observan el dato social natural. Su jurisprudencia está enfocada al conocimiento de las cosas (D.I.I.10.2) y de la naturaleza de las cosas. Gaio no encuentra entre las

194 Mélich Orsini, José, (2007), Los Tratos o negociaciones dirigidos a la posible formación de un Contrato, Derecho de las obligaciones en el nuevo milenio. (Coord. Irene Valera). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Asociación Venezolana de Derecho Privado. Serie Eventos N° 23, Caracas, p. 70.

cosas el contrato en el sentido que nosotros le damos a esta expresión; el contrato no será por eso mismo objeto de una definición general. Los *negotia* existen, mientras que nuestro contrato-convención no es sino una construcción del espíritu".¹⁹⁵

Lo fantástico de ese proceder y de esa mentalidad de los romanos gira en actuar en virtud de la realidad imperante, se dice y las comedias de plauto así lo ilustran que los comerciantes de esclavos en los mercados eran sujetos de los que había que cuidarse, muchos de ellos extranjeros que no tenían por norte un recto accionar, de allí el merito de los remedios previstos por los ediles curules en su edicto entre los que destaca que "introdujeron en Roma la obligación de información a cargo del vendedor de esclavos y animales, en orden a algunos vicios de la cosa negociada en los mercados de las ciudades".¹⁹⁶

Recordemos el pasaje de Aulo Gelio en Noches Aticas 4.2.1. que por cierto en la disposición específica de ese deber de información, no fue recogida en el edicto conservado en el Digesto de Justiniano según la cual el vendedor de esclavos era impuesto de indicar con claridad mediante un cartel, a parte del precio de venta los eventuales defectos ('vicio de hecho' y 'vicio de derecho') del *mancipium*.

En doctrina de latitud latinoamericana Martha Lucía Neme Villarreal a propósito de la Buena Fe en el Derecho Romano, establece unos deberes que emanan de aquella, en dirección a los contratantes, que cataloga dentro de varios literales, a saber: A) Deber de información; B) Deber de revelar los vicios ocultos de la cosa; C) Deber de responder por los vicios de evicción; D) Deber de lealtad; pues bien, colocados en precedentes líneas y con empalme en la alusión de la autora, espigamos

¹⁹⁵ Mélich Orsini, José, (2006), Doctrina general del contrato. 4ª ed. corregida y ampliada. Serie Estudios N° 61, Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Centro de Investigaciones Jurídicas. Caracas, p. 18.

¹⁹⁶ Solidoro Maruotti, Laura, ob. cit., p. 5284.

su parecer de literal A, ese deber de información que es un reclamo en la actualidad pero su génesis está en el Derecho Romano.

"En relación con este deber que emana de la buena fe, las fuentes nos ilustran con casos en los que se señala la obligación para los contratantes de suministrarse recíprocamente las informaciones concernientes a la negociación contractual, de suerte que ello les permita un claro entendimiento de todos los elementos necesarios a fin de decidir la conveniencia de la negociación en consideración a las condiciones del contrato y a las responsabilidades y derechos que de él se deriven".¹⁹⁷

Tanto el edicto de *mancipiis vendundis* como el edicto de *iumentis vendundis* "consideraron en sus previsiones por lo tanto una responsabilidad ex *reticentia* del vendedor, que prescinde de su conocimiento o de la ignorancia del vicio. Se admite sin embargo que las partes podían, de común acuerdo, excluir la antedicha responsabilidad (D.2, 14, 31 y D. 21, 1, 14,9) y se llega a indicar la máxima jurisprudencial de considerar concluido tácitamente el pacto en tal sentido ognigualvelta el vicio hubiese sido aparente (D. 21.1, 14, 10). Con ello se introduce prácticamente el principio según el cual el vendedor garantizaba siempre y solamente los vicios ocultos del esclavo y de animales, salvo pacto en contrario".¹⁹⁸

Un elemento trascendente y por tal destacable es la consagración de una responsabilidad objetiva, de tal manera que quien "conozca el vicio y no lo declare, se considera ipso facto en dolo, y no puede por ello impedir con expreso pacto el ejercicio en su contra de las acciones edilicias (D. 21. 1, 14, 9).¹⁹⁹

¹⁹⁷ Neme Villarreal, Martha Lucía, (2010), La Buena Fe en el Derecho Romano. Extensión del Deber de actuar conforme a la Buena Fe en materia contractual. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, p. 240.

¹⁹⁸ Impallomeni, Giambattista, (1996), p. 75.

¹⁹⁹ Solidoro Maruotti, Laura, ob. cit., p. 5284.

Hemos venido escribiendo sobre los siervos con una casuística ilustrativa, y se ha mencionado que también en la jurisdicción de los ediles estaba lo relativo a la venta de ciertos animales, y acá se toma *cunn granus salis* la expresión, pues solo una categoría específica de estos entraban en la regulación edictal.

Leemos en el D. 21, 1, 38 Ulpiano:

"Dicen los Ediles: «Digan claramente y con verdad los que vendan caballerías qué enfermedad y qué vicio tenga cada una de ellas; y así, tan bien como hubieren sido enjaezadas para ser vendidas, serán entregadas a los compradores. Si alguna cosa no se hubiere hecho de este modo, daremos acción por sesenta días para que se restituyan los jaeces, o para que sean redhibidas las caballerías por razón de los jaeces; mas dentro de seis meses para darlas por no compradas por causa de enfermedad ó de vicio; ó dentro e un año por cuanto valieren menos, cuando se vendieran. Si conjuntamente hubieren sido vendidas caballerías apareadas, y una se hallare en el caso de que deba ser redhibida, daremos acción para que ambas sean redhibidas».

Surge una interrogante válida ¿a qué circunscribir el término "iumenta". El mismo Ulpiano en el D. 21, 1, 38, 5 acota "y por esto se añadió a este Edicto una cláusula, cuyos términos son estos: «lo que hemos dicho respecto a la sanidad de las caballerías», háganlo los vendedores respecto a todo el «demas ganado».

En alusión al anterior fragmento Zimmermann acota "El término «iumenta» (bestias de carga) llegó a ser visto como indudablemente restrictivo; de aquí que se agregó una cláusula especial a los efectos de que las soluciones fueran aplicadas en general a la venta de ganado (pecus). Ulp. D 21, 1, 38, 5".²⁰⁰

²⁰⁰ Zimmermann, ob cit., o. 319.

En otra literatura, en torno a los animales en el mundo romano María Alessandra Pinto establece lo siguiente: "La taxonomía de los *iumenta* con derivación etimológica de los términos *iumentum* (el yugo y la medida de tierra que una pareja de bueyes puede arar en un día) e *iugera* (la medida agraria) de una raíz indoeuropea *jeug/yug* alude a la intención de contarse en la clasificación de animales cuadrúpedos idóneos para el transporte o el trabajo del arado como caballos, asnos, mulas y camellos".²⁰¹

Obviamente nos interesa la taxonomía en cuanto es útil a su subsunción para la aplicación del edicto de *iumentis vendundis* pues sabemos que para delimitar la naturaleza jurídica de ciertos animales no humanos en Roma era necesario, a los fines de ciertas categorías verbigracia la Ley Aquilia en aquellos pareceres de jurisconsultos en cuanto a que entender por cuadrúpedos, surge así de cierto interés al tema en ciernes la diferenciación entre Bueyess y *iumenta*, en tal sentido acota Pinto "En las fuentes jurídicas bueyes y *iumenta* (bestias de carga), por cuanto están puestas bajo la misma disciplina, son distintas por la diversa estructura física: los bueyes son domados por el lomo. La exclusión de los primeros de los asnos viene atestiguada en un pasaje de Ulpiano a propósito de su comentario al edicto de los ediles curules (D. 21. 1. 38; en ello se afronta el problema de la identificación de la especie que comprende a los asnos, a los fines de la aplicación del edicto *iumentis vendundis*, Ulpiano confirma la extensión del edicto al efecto a los bueyes, no excluyendo su clasificación en el ámbito del ganado".²⁰²

A modo de nota ilustrativa de la reticencia de estos aspectos en las que el silencio es protagonista estamos llamados a señalar que la connotación jurídica de éste último resulta sugestiva y giran sobre su eje detractores y defensores, nos corresponde en cuanto lo pertinente a nuestro tema, no esta de más la reseña de

²⁰¹ Pinto, Muría, Alessandra, (2007), "Animalia" sugli animali nel mondo romano, Index 35 Jovene Editore Napoli. p. 199.

²⁰² Pinto, María, ob. cit., p. 199.

aquella reflexión del maestro italiano Pietro Bonfante que en el siglo pasado en un estudio sobre el silencio en la conclusión de los contratos criticaba el uso ambiguo del término tácito y sostenía que "La teoría del silencio ha estado de nuevo valientemente defendida por dos eminentes juristas, un romanista, El Pacchioni y un mercantilista El Valery. Este perenne resurgir de una doctrina que equipara el callar al hablar es ciertamente impresionante".²⁰³

Eso de equiparar el callar al hablar es una afirmación que ha derramado tinta, una resistencia obvia y por otra parte, también adhesiones, el propio Bonfante estableció: "La doctrina del silencio me parece viciada de dos fundamentales equivocaciones: una de ellas que confiere un carácter y carece de equidad, y el uso vario y ambiguo de la palabra tácito en la jurisprudencia moderna, por lo cual de un lado toda manifestación de voluntad que no sea verbal o escrita, que no sea directa, más que se deba inducir de actos, del contenido, de la legítima interpretación del contrato según los usos o el espíritu de las mismas cláusulas contractuales (Cod. civile ital., art. 1135 y 1136) es consentimiento tácito."²⁰⁴

El deber de información sobre las cosas en venta expuestas en los mercados no hay un consentir obviamente pero este se produce si de parte de los compradores ocurre un asentimiento que será manifestado idóneamente en tanto no se haya callado lo que se debe decir y subrayamos que esto último en Roma no era especulativo, lo que no excluye debates con base a hechos reales, así del pasaje de Cicerón antes citado en off. 3, 13 y de la reticencia compendia Martha Neme "originalmente la garantía por vicios ocultos era extraña al contrato de compra-venta, como lo testimonia Cicerón, quien en off. 3, 13 refiere la discusión entre Antiparro y Diógenes en relación con la rectitud de la conducta de un hombre que vende su casa a causa de algunos defectos que él conoce y los otros ignoran, como el hecho de que la

203 Bonfante, Pietro, (1926), *Scritti Giuridici Varii III Obligationi. Comunione e Possesso*. Unione Tipografico - Editrice Torinese, Torino. p. 158.

204 Bonfante, Pietro, op. cit., p. 158.

casa sea malsana, de que en ella aniden serpientes, de que haya sido construida con material de mala calidad y de que amenace ruina. A este punto se preguntan si al guardar silencio sobre tales vicios el vendedor peca contra la honestidad y la justicia, a lo que Antiparro responde que "el dejar que el comprador corra a la ciega, equivocando la vía, precipitándose en un ruinoso engaño, que cosa es sino una malvada perfidia [...] es traer a otro conscientemente en error"; a lo que Diógenes arguye que no puede existir fraude sobre el comprador si su decisión es libre, y agrega que, es más, "si no se está obligado a dar garantía de todo aquello que se dice expresamente, ¿crees tú que se deba dar garantía de aquello que de hecho no se dice".²⁰⁵

Debemos apreciar pues ya que estamos en el capítulo del edicto de los ediles curules la notable labor de tuición a los compradores que ha trascendido, fundamentalmente con las conocidas acciones redhibitoria y quantiminoris — sucesivamente desarrolladas—, pero en esa órbita también es estimable que "con anterioridad a la introducción de los edictos edilicios, en Roma no subsistía alguna "obligación de información" sobre los vicios de la cosa, a cargo del vendedor según se desprende del propio Cicerón de off. 3, 12, 17, el vendedor respondía solo de aquellas cualidades que hubiese expresamente prometido con ocasión de la Mancipatio. Por lo tanto el vendedor no era tenido responsable ni por los defectos no negados, ni por la inexistencia de cualidades no afirmadas, ocurría la actio auctoritatis, con condena in duplum, en caso de evicción: "El silencio" sobre defectos de cualquier res Mancipi vendida no tenía en algún caso consideración. Fue con la introducción de las disposiciones edilicias que la disciplina de la res Mancipi, en relación a la responsabilidad del vendedor por los defectos del bien vendido, que cobra entidad originaria en relación a la compraventa de esclavos y de animales una

205Neme Villarreal, Martha, ob. cit., p. 243.

disciplina grandemente severa que venía a responsabilizar fuertemente al vendedor en la fase de la tratativa"²⁰⁶.

Vemos como la autora usa la expresión tratativa para la elaboración de este constructo científico, vamos arribando a elementos nombrados cuya profundización es impretermitible, es el caso de la acción redhibitoria cuyo peso ha dado lugar a la expresión vicios redhibitorios que ciertamente es inadecuada por cuanto "el nombre de redhibitorios no es enteramente apropiado, puesto que no es la redhibición la única consecuencia de la existencia de vicios en la cosa; ya se ha dicho que puede también ocasionar la reducción del precio, a elección del comprador"²⁰⁷, de allí que nos distanciamos de alguna doctrina inserta en la disciplina romanística no solo emplea inadecuadamente los términos sino que incurre en petición de principio cuando incorpora en la definición lo definido que superpone sendos términos, verbigracia Trincavelli Nélica al decir "los vicios redhibitorios son los defectos o vicios ocultos de la cosa objeto del contrato que no pudieron ser apreciados por el comprador en el momento de celebrarlo"²⁰⁸

Herederos de esa experiencia histórica desentrañemos en sus intersticios esas dos acciones redhibitoria y quanti minoris en varias ocasiones mencionadas.

I. 4. 2. Actio Redhibitoria

Lo primero que es menester acotar de esta acción como solución en el edicto de los ediles curules, así como de la actio quanti minoris es su irradiación y recepción en los Códigos decimonónicos con un calco en su nomenclatura y fines, salvedad hecha del edicto mancipiis vendundis por razones obvias en cuanto al instituto de la

206 Solidoro Maruotti, Laura, ob. cit., p. 5283.

207De Caso y Romero, Ignacio-Cervera y Jiménez-Alfaro Francisco. Directores (1961), *Diccionario de Derecho Privado*. Tomo II G-Z, reimpresión, Editorial Labor, S.A. Barcelona, Madrid- Buenos Aires - Río de Janeiro, México - Montevideo, p. 3973-3974.

208Trincavelli, Nélica, (1970), *La compra-venta en Roma: comparación con el Código civil argentino*. Ediciones Lerner, Argentina, p. 64.

esclavitud, ello se constatará en el tratamiento posterior, a saber sendos institutos constituyen ejemplo de esa transmisión histórica sin solución de continuidad.

“Habiéndose superado la noción de dolo, el deudor se convierte en responsable de los vicios que haya ocultado con fraude al acreedor y de sus falsas declaraciones, pero alabar desmesuradamente el objeto no es más que una muestra de habilidad que no tiene nada de reprehensible.

Los magistrados romanos tuvieron muy en cuenta las prácticas existentes. Igual que en materia de evicción, las estipulaciones fueron generalizadas e impuestas. Las sanciones son de dos clases y permiten obtener bien la resolución de la venta (actio redhibitoria) ya la indemnización del comprador (actio quanti minoris). La resolución solamente se puede solicitar durante un plazo bastante breve (seis meses), que se reducen a dos cuando se reclama la resolución del contrato para sancionar la negativa del vendedor a realizar una estipulación de garantía (D., 21, 1, 28). El vendedor que rehúsa la devolución estará obligado a satisfacer el doble del precio (D., 21, 1, 45)²⁰⁹.”

De la cita de los esclarecidos Ourliac y Malafosse se desprenden dos cuestiones relevantes, por una parte consecuencia del ejercicio de la acción redhibitoria es la resolución de la venta y por la otra si bien una de las sanciones más conocidas consagradas en el edicto edilicio lo es la actio redhibitoria con un plazo de seis (6) meses, éste se reduce a dos (2) cuando se reclama la resolución del contrato para sancionar la negativa del vendedor a realizar una estipulación de garantía.

Lo anterior se inserta en lo que 30 años después se lee en Zimmermann de su obra ya invocada y que él acota “Redhibendi iudicium” a propósito de las soluciones

²⁰⁹ Ourliac, Paul y J. De Malafosse, (1960), *Derecho Romano y francés histórico*; [trad. Manuel Fairén], Tomo I, Derecho de Obligaciones. Barcelona. Bosch Casa Editorial, p. 440.

proporcionadas por el edicto”En primer lugar, el comprador estaba autorizado para solicitar una garantía expresa al vendedor en forma de una estipulación de que el esclavo estaba libre de todos los defectos que debían haberse declarado y los cuales no eran aparentes. En los casos donde esa garantía fue dada, el comprador tenía el remedio estándar de la *actio ex stipulatu* para exigir el *quod interest* (resarcimiento del daño) en caso de brecha de la garantía. Si el vendedor se negara a cumplir con este requerimiento, habría razón para sospechar que algo podría estar mal en el esclavo. De aquí se dio el derecho al comprador, dentro de los dos meses, para exigir reembolso del precio contra el retorno del esclavo”.²¹⁰

“D., 21, 1, 28 Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Libro I – Si el vendedor no diera caución de las cosas que se contienen en el Edicto de los Ediles, prometen contra él la acción redhibitoria dentro de dos meses, o la de cuanto importe al comprador, dentro de seis meses.”

Ya habíamos postulado lo excepcional de la resolución de los contratos en la experiencia jurídica romana, de allí que ab initio hurguemos el porqué del nombre de redhibitoria y al respecto leemos de Arangio-Ruiz “El nombre de la acción redhibitoria se refiere no ya, como se podía pensar, al fin último que el comprador se propone, es decir recuperar el precio pagado (o, eventualmente ser librado de la obligación de pagarlo) más la condición que el comprador debe cumplir por obtenerlo, y que es el de restituir el siervo defectuoso.

Encontramos en otro lugar el singular fenómeno terminológico por el cual un verbo que etimológicamente significa “restitución” ha tomado el significado de “rendir” (rendir) se entiende, por restitución”.²¹¹

²¹⁰ Zimmermann, ob. cit, p. 316.

²¹¹ Arangio-Ruiz, ob. cit., p. 369.

Surge una válida interrogante ¿Cómo se introdujo la acción redhibitoria cuando no era común la resolución de los contratos por incumplimiento? Arangio-Ruiz en esa obra clásica de la compraventa que hemos venido citando comenta “En un sistema como el romano, que ignora incluso la regla de la resolución de los contratos por incumplimiento la introducción de la acción en el discurso representa una innovación audaz; y que explica también el brevísimo término de seis meses dentro del cual la redhibitoria puede ser intentada”.²¹²

Dicha innovación sin duda va acompañada de la obra creadora de los jurisconsultos no podemos olvidar que los ediles curules eran magistrados que al igual que los pretores recogían el parecer de aquellos cuya auctoritas era inequívoca.

Instrumento de trabajo científico fundamental para nosotros lo es las fuentes que nos han llegado, muchas de las cuales recogen las opiniones de esos jurisconsultos que si bien no elaboraron teorizaciones, con su método casuístico es mucho lo que nos legaron y recogemos en tal sentido lo que escribe Torrent “Quizá esto sea en cierta manera hacer dogmática, es decir elaborar una teoría que los romanos conscientemente no hicieron, pero no debe perderse de vista el sentido histórico reconstructivo que toda investigación histórica –como supone todo estudio romanístico- debe tener como señala Maschi ciencia e historiografía no se excluyen; en la ciencia y en la historiografía del Derecho el jurista puede llegar a través del conocimiento y exposición de los diversos aspectos de la experiencia a aferrar y fijar los conceptos que representa la ciencia”²¹³

Procedamos entonces con fuente directa de las que el Digesto constituye un rico banco de información jurisprudencial, de este hemos abrevado del Libro Vigésimo

²¹² Arangio-Ruiz, ob. cit., p. 369.

²¹³ Torrent, Armando, (1971), *Salvius Iulianus liber singularis de ambiguitatibus*. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico. Salamanca, p. 13.

Primero cuyo Título I es alusivo a este Capítulo, que en su tenor establece: Del Edicto del Edil y De La Redhibición; y De la Acción “Quanti Minoris”, y extraeremos pasajes ineludibles amen de los ya citados o transcritos.

En cuanto al texto del Edil Curul es cierto que además del otrora detraído de Aulo Gelio en sus noches Aticas y que tuvimos a bien transcribir y que como indicamos tuvo mutaciones, la forma común de aprehenderlo es a través del Digesto de Justiniano en el Libro subrayado, fuente jurídica por excelencia, sin embargo, otras fuentes no jurídicas, sino literarias –la de Aulo Gelio lo es obviamente- demuestran alusión a dicho edicto de estos magistrados menores, nos referimos a “las comedias de Plauto (quien escribe sus comedias entre el 204 y el 184 a.C., época en la cual la sociedad romana estaba transformándose profundamente: las simples costumbres de los antiguos quirites venían a ser superadas por modos de vivir refinados de las clases sociales dominantes) en las cuales recoge sobre reclamos a la magistratura edilicia, a sus funciones, en particular a las ediciones aediliciae, así como a la misma redhibición”²¹⁴

Retomemos el Título I del Libro Vigésimo Primero que tanto en el edicto de *mancipiis vendundis* y de *iumentis vendundis* prometía dentro de los seis meses útiles la acción redhibitoria contados desde la conclusión de la compraventa; en tal sentido leemos de Ulpiano D., 21, 1, 19, 6 “Mas el tiempo de la redhibición tiene seis (6) meses útiles que corre desde el día de la venta, o si se dijo o se prometió alguna cosa, desde que alguna cosa se dijo o se prometió”.

El mismo Arangio-Ruíz en torno a dicho plazo sostiene: “Se trata como en otra parte los jurisconsultos se expresan no de seis meses continuos sino de seis meses útiles, es decir con efecto desde el momento en el cual, el comprador había tenido la

²¹⁴ Manna, Lorena, (1994). *Actio Redhibitoria e Responsabilità per I vizi Della Cosa Nell' Editto de Mancipiis Vendundis*. Milano. Dott. A. Giuffrè Editore, p. 11-12.

posibilidad de actuar: “in sex mensibus, quibus de ea re experiundi potestas fuerit”, secunda la integración que de la laguna se da en base a otra Cláusula análoga ver edicto pretorio en D. 4. 6, 1 §1. En consecuencia, de esto no debe ser computado, el tiempo en que el comprador haya estado obsens reipublicae causa, o aquel de una ausencia del tiempo en el cual el vendedor hubiese estado ausente de su domicilio y similar. Por otra parte es un verdadero y propio desliz el creer que los seis meses transcurren una vez descubierto el vicio”.²¹⁵

Por su parte Zimmermann puntualiza: “había una restricción práctica muy importante en la actio redhibitoria: sólo podría aplicarse dentro de seis meses. Sin embargo, este período empezaba a correr una vez el defecto se había hecho aparente y el comprador pudo así descubrirlo (no importa si él lo había descubierto, éste en realidad o no), y contemplaba lo que se llamó el tiempo “útil” (sex menses utiles), esto quiere decir que aquellos días durante los cuales el comprador era incapaz de proseguir su demanda (debido a enfermedad, cautiverio, etc.) no se contaban”.²¹⁶

¿Ante que jurisdicción se intentaba la acción en ciernes? detraemos la respuesta de Luigi Garofalo en su obra monográfica sobre la acción redhibitoria “la actio redhibitoria era ejercida por el comprador, ante el tribunal de los ediles curules quienes en su edicto de mancipiis vendundis y de iumentis vendundis la prometían dentro de los seis meses útiles contados desde la conclusión de la compraventa y que apuntaba a la resolución de esta siendo dispuesta en modo tal de implicar la restitución de los litigantes a la situación económica en la cual se encontraban de no haberse celebrado el contrato”.²¹⁷

²¹⁵ Arangio-Ruíz, ob. cit., p. 369.

²¹⁶ Zimmermann, ob. cit., p. 318.

²¹⁷ Garafalo, Luigi, (2000), *Studi Sull' Azione Redibitoria*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, Italia, p. 43-44.

En fuente directa ubicamos el fragmento alusivo a la cita anterior, o adecuadamente expresado el pasaje del cual el autor formula su comentario:

D; 21, 1, 23, 1 Ulpiano, “Mandan los Ediles que se restituya, así lo que fue accesorio a la venta, como también si alguna accesiones el mismo hubiere entregado, de suerte que, disuelta la compra, no reciban uno y otro nada más que lo que no tendría, si no se hubiese hecho la venta”.

En torno a esto de la restitución a la situación anterior, de las partes contratantes hemos vertido el parecer de autores que equiparan resolución y redhibición, de la primera sabemos que su utilización en el derecho romano no era frecuente de allí que proceden otras acotaciones de este aspecto, en modo alguno superficial.

En el D, 21, 1, 21, pr Ulpiano se lee: “«redhibir» es hacer que el vendedor tenga de nuevo lo que hubiere tenido, y como esto se hacía devolviéndolo, por esto se llamó redhibición, como devolución”.

“La explicación de Ulpiano en este texto coloca sobre otro plano respecto a la definición centrada sobre el paralelo con la *restitutio in integrum*, que es posible reconducir de Juliano”.²¹⁸

Obviamente debemos conocer la opinión de este último que nos es conocida de un pasaje del mismo Ulpiano D; 21, 1, 23, 7 “Dice Juliano, que el juicio de la acción redhibitoria debe restituir en cierto modo por entero a uno y otro, esto es, al vendedor y al comprador”.

²¹⁸ Donadio, Nunzia, (2004), *La tutela del compratore tra actiones aediliciae e actio empti*. Giuffrè Editore, Milano, p. 277.

En ese sentido de la restitución in integrum se adhiere Cuq “la acción redhibitoria conlleva una condena del doble; pero el demandado puede evitarla en parte acudiendo al arbitrio del Juez: si el vendedor devuelve el precio con los intereses no será condenado sino por el simple. El comprador por su parte debe devolver la cosa con sus accesorios, así como los frutos percibidos, responde del deterioro causado por su culpa incluso por su propia falta o la de sus servidores pero puede exigir la devolución de sus gastos: el goza de un derecho de retención. La acción redhibitoria produce así una especie de restitución in integrum”.²¹⁹

Sobre la condena de la acción redhibitoria se retornará por cuanto es una arista en la que no existe acuerdo en torno a la cuantía y ha originado prolijas anotaciones entre los doctrinarios, acá subrayamos la opinión de Cuq en cuanto a situar la naturaleza jurídica de dicha acción en la órbita de la restitutio in integrum y sin duda es uno de los más connotados representantes de la doctrina francesa, podemos afirmar que su lectura es obligada, no en vano es un clásico y quienes conformamos la disciplina del Derecho Romano solemos consultarlo.

En otra fuente directa se lee de Paulo en el D; 21, 1, 60 se lee: “Hecha la redhibición se devuelve todo por completo, lo mismo que si no hubiera mediado ni compra, ni venta.

Lo que pretendemos destacar es que “con la acción redhibitoria en sustancia se realiza, gracias a la mediación del magistrado y del juez y en virtud de cuanto predispone el juicio, una suerte de “cambio” en sentido inverso a aquel que las partes voluntariamente habían definido en base al contrato. La intervención de los ediles curules, y por consiguiente sobre todo en el ámbito de los poderes conectados con la clausula restitutoria, del juez instado a iniciativa del comprador, va directo a obtener

²¹⁹ Cuq, Edouard, (1928). *Manuel Des Institutions Juridiques Des Romains*. Seconde Édition Revue et Complète. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, p. 470-471.

la necesaria colaboración del vendedor a tales fines: la redhibitio –como expone Ulpiano- y por tanto «facere, ut rursus habeat venditor quod habuerit». Tal es el efecto principal de la acción, presupuesto para la otra prestación a cargo de una y de otra parte, la cual en cambio tiende a completar el origen de la situación precedente a la conclusión del contrato”.²²⁰

Así como a propósito de la actio empti, se apunta su carácter procesal de acción de buena fe y por tanto el Juez pedía valorar con flexibilidad, ocurre lo contrario con la acción redhibitoria ”este remedio no constituía acción de buena fe y por tanto los poderes del Juez en el proceso edilicio eran bien limitados”.²²¹

Por su parte Impallomeni acota: “es ante todo arbitraria como han dicho explícitamente cuatro pasajes de Ulpiano y uno de Paulo, el Juez impone de la prestación al actor, la principal de las cuales consiste en la redhibición del esclavo o del animal, y procede a la condena del acusado solo después que se ha cumplido: bajo este punto de vista la redhibitoria, difería de todas las otras acciones. El cumplimiento de tales prestaciones, todavía no representaban una obligación, si una carga para el actor, en cuanto constituían el presupuesto necesario para que él pudiera ser a su vez obligado a cumplir y eventualmente condenado”.²²²

Otro aspecto importante de la acción redhibitoria viene representado porque “el actor es tenido ante todo a restituir el esclavo (o el animal), esta primera prestación es indivisible. No se admite que pueda ser sustituida por eventuales reembolsos del valor

²²⁰ Donadio, Nunzia, ob. cit., p. 280-281.

²²¹ Donadio, Nunzia, (2007), *Azioni Edilizie e Interdipendenza Della Obbligazioni Nell' 'Emptio Venditio'. Il Problema Di un Giusto Equilibrio Tra le Prestazioni Delle Parti. En la compravendita e Interdipendenza Delle Obbligazioni nel Diritto Romano a Cura di Luici Garafalo*, Tomo Secondo, Casa Editrice Dott Antonio Milani, Padova, p. 472

²²² Impallomeni, Giambattista, (1955), *L'Editto Degli Edili Curuli*. Cedam – Padova, p. 138.

en dinero, en cuanto el actor no es un deudor y por consiguiente, en su favor no podía venir a aplicarse la regla sobre el cumplimiento y su satisfacción del crédito mediante el resarcimiento del daño. No consigue que el acusado no pueda ser condenado cuando la redhibición se hacía imposible por hecho del actor por ejemplo cuando el esclavo había muerto por hecho del comprador”.²²³

Otro aspecto interesante es la fuente de la acción redhibitoria, pues la *actio empti* emana del contrato de compraventa, eminentemente bilateral y así como corresponde esta al comprador, al vendedor se le concede la *actio venditi* entonces la acción de *marras* que encabeza este apartado ¿se fundamenta en el contrato o en el edicto *edilicio*? Donadio ofrece una respuesta en modo alguno descartable; más aún porque la soporta en una explicación del romanista Mario Talamanca: “La acción redhibitoria, en sus dos aplicaciones discutidas, se fundaba no en la falta de cumplimiento de obligaciones contractuales absorbidas directamente de la *emptio venditio*, más si de obligaciones externas al contrato, cuya fuente era representada por el edicto *edilicio*. Se podían definir, con una expresión incisiva, «obligaciones *ex lege*»”.²²⁴

También debemos recordar que el elenco de los vicios contemplados en el edicto *edilicio* son limitativos como enumeraremos a propósito de que entender por tales, tanto de *vitia mancipii* como defectos de los *iumentum*, asimismo se circunscribían al menos hasta la época clásica a ese tipo de bienes.

Por los motivos anteriores afirma Nunzia Donadio “Es plausible una separación en caso de aplicación de la acción redhibitoria y estimatoria, de un lado, y casos de

²²³ Impallomeni, Giambattista, ob. cit., p. 142.

²²⁴ Donadio, Nunzia, (2007), ob. cit., p. 494-495.

aplicación de la actio empti contra los vicios de la cosa, de otro, y ello sea una característica del régimen de la emptio venditio del período clásico”.²²⁵

Recordemos que Nuncia Donadio en su obra monográfica la tutela del comprador, acciones edilicias y actio empti, fórmula recurrentemente comparación de ambas y postula que esta última sería un remedio subsidiario respecto a las primeras, así como otras peculiaridades verbigracia la actio empti ed. ad resolvendan emptionem considerada en el capítulo de la actio empti.

En virtud del comentario anterior traemos parte de la recensión crítica a la autora en la obra mencionada en el precedente párrafo y que es suscrita bajo la autoridad del preclaro romanista Burdese “La autora afronta en una densa y documentada monografía, el problema del empleo de las acciones edilicias y aquel de la actio “empti por defectos de la cosa comprada, contra la opinión, genéricamente aceptada por la doctrina moderna de un informe de concurrencia electiva por el derecho clásico, en el ámbito de su aplicación común entre una u otra acción, ella proyecta la hipótesis que el recurso de la actio empti constituía remedio subsidiario respecto a la utilización de las acciones edilicias, en base a la circunstancia que a la tutela avanzada por el pretor resultaba de las fuentes el recurso sobre el presupuesto de la ausencia de responsabilidad sancionada en fuerza del edicto de los ediles curules. No deja todavía de suscitar dudas interpretativas el hecho que la autora acepte una extensión aplicativa de la acción contractual en función de la exigencia de integrar la originaria tutela edilicia”.²²⁶

²²⁵ Donadio, Nunzia, (2004), ob. cit., p. 322.

²²⁶ Burdese, Alberto, (2006-2007), *Recensioni Critiche Donadio N., La Tutela del compratore «tra actiones aediliciae» e ‘acti empti*. [Univ. Degli Studi di Milano – Bicocca. Fac. di Giu. Pubbl. Del Dipartimento dei Sistemi Giuridici ed Economici] (Milano, Giuffrè, 2004), p. IXT 351. IVRA Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico LXI. Editore Jovene, Napoli, p. 243.

De esa doctrina generalmente aceptada, que establece la concurrencia electiva de acciones bien del ius civile, ya de las edilicias tenemos que mismo Burdese que en su Manual de Derecho Privado Romano acota: “el comprador tiene a su disposición, en concurso electivo los medios procesales eventualmente ejercidos en base al Ius Civile (actio ex stipulatu o actio empti), la actio redhibitoria, que se ejerce ante los tribunales de los ediles dentro de seis meses útiles, durante los cuales el comprador tenía la posibilidad de actuar, directa previa la restitución del esclavo y de toda adquisición que se había derivado y obtener la restitución del precio pagado.”²²⁷

Al principio de este acápite citamos la prescindencia del dolo para el ejercicio de la acción redhibitoria, lo cual aplica a la quantiminoris, sucesivamente indicamos la limitante en cuanto al objeto: venta de esclavos y de animales de estos últimos nos remitimos al Capítulo de los ediles curules matriz de esto por cuanto no todos los animales calificaban para dicha tutela.

Ahora bien, el ámbito de la jurisdicción de los ediles curules tenía lugar en Roma; “posteriormente, el edicto de los ediles fue aplicado en todo el territorio de Italia y quizá también en las provincias senatoriales. El ius civile, en cambio, no podía asegurar una protección tan amplia, ya que el comprador podía, en caso de que hubiera vicios en la cosa, actuar con la actio empti contra el vendedor sólo en el caso en que éste incurriera en dolo, es decir, hubiera afirmado con falsedad la no existencia de vicios o los hubiera ocultado con malicia al comprador.”²²⁸

El contraste entre la actio empti y las soluciones edilicias se han hecho palmarias aquende y en el tercer punto del Segundo Capítulo.

²²⁷ Burdese, Alberto, (1993), *Manuale Di Diritto Privato Romano*. Quarta Edizione. Unione Tipografico - Editrice Torinese, Torino, p. 459.

²²⁸ Volterra, Eduardo, (1986), *Instituciones de Derecho Privado Romano*, [Trad. Jesús Daza Martínez], Editorial Civitas, S.A., Madrid, p. 506.

Existe un punto notoriamente controvertido en la doctrina romanista y que gira en torno a la condena de la acción redhibitoria, antes de pasar a las posiciones detraemos la conceptualización del mismo Volterra, quien de manera lapidaria afirma: “la actio redhibitoria in factum, con la que el vendedor era condenado a pagar el doble de la suma recibida, a menos que restituyera el precio cobrado con los intereses, volviendo a tener, a su vez, la cosa que había sido objeto de compraventa. De este modo, la compraventa quedaba, prácticamente, rescindida. La acción debía ejercitarse en el período de seis meses a partir de cuando se había revelado el defecto”.²²⁹

Se observa como el dies a quo para unos era desde la conclusión de la compraventa, para otros a partir de cuando se había revelado el defecto y otros verbigracia Cuq que argumenta que “la acción debe ser intentada en seis meses, este plazo en principio se cuenta desde la venta, pero como es un plazo útil, no corre en tanto que el comprador ignora la existencia del vicio, a menos que esta ignorancia sea inexcusable, la misma regla se aplica al calculo del plazo de un año de la acción quantiminoris”.²³⁰

Entremos ahora al espinoso trazo de la cuantía de la condena de la acción redhibitoria y empezamos con la cita de Arangio-Ruiz a quien acre debate le parecía baladí ya en ese tiempo (1954) y ocurre que doctrina posterior y relativamente reciente continúa transitando esa veta “el problema que en el tema de la acción redhibitoria hizo derramar tinta es aquello de la cuantía de la condena. En verdad, para aquellos que habrían leído con nosotros las palabras del Edicto edilicio y que habrían seguido el análisis que habíamos hecho, el problema no debía incluso existir: parece tan obvio que dando al comprador estas acciones, los ediles hubiesen querido

²²⁹ Volterra, Eduardo, ob. cit., p, 505.

²³⁰ Cuq. Edouard, ob. cit., p. 471.

remitir la una y la otra parte en la condición en la cual sería si la compraventa nunca se hubiese realizado”.²³¹

Nos planeamos como algunos autores asumen una condena “in simplum” cuando de manera voluntaria el vendedor hubiera restituido el precio, y una “in duplum” cuando no se hubiese restituido nada aún.

Impallomeni quien escribió en 1955 esa obra sobre el edicto de los ediles curules, que hemos venido citando y quien pese a morir relativamente joven, cultivó con elevada ciencia este tema – entre otros – retoma en unos escritos de Derecho Romano y tradición romanística, de nuevo el mismo título el edicto de los ediles curules (que también hemos invocado otrora) con una serie de consideraciones insoslayables.

Plantea la distinción de la solución según la periodización clásica o justiniana del Derecho, a saber “La condena del acusado por derecho clásico era in simplum, es decir, del quanti eares erit (D. 21, 1 fr. 23, 8; 25, 10; 29, 2; 58, 1) para el derecho Justiniano la cosa era complicada por el D. 21, 1, 45 de difícil comprensión. La doctrina hoy aparece dividida: según una primera interpretación, iniciada por la Glosa, el vendedor que hubiese obedecido la invitación del juez, restituyendo el precio y sus accesorios, venía igualmente condenado a restituir nuevamente el montante del precio; de no haber seguido la invitación del Juez venía a estar condenado in duplum, en otros términos el acusado de redhibitoria era siempre tenido por el doble. Esta es ciertamente una interpretación que prevalece en el Derecho Bizantino, no consideramos que para el derecho justiniano esa sea la exacta, y preferimos por tanto la otra, bajo la autoridad de Cuyacio: según esta última el acusado que no obedecía la invitación del Juez era condenado como temerario, al

²³¹ Arangio-Ruíz, Vincenzo, ob. cit., p. 372.

doble, mientras que obedeciendo y restituyendo el precio y sus accesorios entonces no era condenado sino absuelto”²³²

Debenis transcribir el polémico fragmento D; 21, 1, 45 de Gayo Comentarios al Edicto de los Ediles Curules:

“La acción redhibitoria tiene una doble condena, pues el vendedor es condenado varias veces en el duplo, y otras en el simple importe. Porque si no pagara ni el precio, ni la accesión, ni liberase al que por tal titulo se hubiere obligado, se manda que sea condenado en el duplo del precio y de la accesión; pero si devolviera el precio y la accesión, ó liberase al que por tal título se obligo, parece que es condenado en el simple importe”.

Vertamos una panoplia de autores que han comentado dicho fragmento:

Garafalo puntualiza: “El fragmento tratado en el primero de los Libros escritos por Gayo en comentario al edicto de los ediles curules, es connotado por ser único texto que a nosotros ha llegado y que trata de la condena del acusado en redhibitoria que muestra la misma como dúplex, configurando que se sufre bien en el doble bien en el simple, según sea el caso, todos los otros que se revisan al interno del Digesto, añadidos en el ámbito del título (de aedilicio edicto et redhibitione et quanti minoris) bajo el cual es colocado el pasaje en consideración, no tiene tal condena, expresamente o al menos implícitamente, del quanti ea res erit.”²³³

²³² Impallomeni, Giambattista, (1996), *Scritti Di Diritto Romano e Tradizione Romanistica*. Pubblicati a cura della Facoltà di Giurisprudenza Dell’ Università di Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, p. 78.

²³³ Garafalo, Luigi, (1998), «Redhibitoria Actio Duplicem Habet Condemnationem ¿a propósito di Gail ad aed. Cur. D. 21, 1, 45». Atti del Convegno Sulla Problemática Contrattuale in Diritto Romano, Milano, 11=12 maggio 1995. I Onore di Aldo Dell’ Oro, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, p. 57.

Como es natural entender, en la tentativa de justificar el pasaje ha sido elaboradas las más disparatadas teorías, la mayoría de las cuales se han acomodado para postular a su cargo una intervención manipuladora de los compiladores.

Recordemos que Luigi Garafalo escribió la monografía intitulada *Studi Sull' Azione Redhibitoria* antes citada en los albores del milenio en curso (año 2000) y ha abonado este tema, dos aspectos de su cita anterior destacamos, primero ciertamente se ven casos de quienes escriben dispárales y nuestra disciplina no escapa a ello, nuestro buen propósito dista de entrar en esa estadística, al menos es nuestra pretensión pues estamos conscientes que lo escrito, escrito esta y trasciende a su autor y en segundo lugar Garofalo acota que tales desaciertos se basan en la manipulación de los compiladores justinianeos.

Pensamos que de la indagación encontramos quienes demuestran argumentos de una manera muy sobria y con rigor científico.

En modo similar a Garofalo, Arthur De Senarclens quien fuera profesor emérito de Derecho Romano en la Universidad de Liège en Francia, setenta años antes al primero, a saber en 1930 puntualizaba “En primer lugar, remarquemos que con la excepción de la ley 45 ningún fragmento hace la menor alusión a un “doble”, al que estaría obligado el defensor en la acción redhibitoria. No sólo los edictos de *mancipiis et de iumentis vendundis* no hacen ninguna mención, sino que al margen de la ley 45, ningún texto que compone el título del Digesto del edicto edilicio y, para nuestro conocimiento, ningún texto de otras fuentes que tratan la acción redhibitoria contiene la palabra “al doble”, Gayo en la Ley 45 parece haber reconocido formalmente la condena al doble y en dos ocasiones, pero interesa constatar que los

demás jurisconsultos clásicos, tratando la acción redhibitoria de una manera detallada no atribuyesen a esta acción el doble”.²³⁴

Para este autor la diferencia también estaría en considerar de factura justiniana la solución del doble que por contraste no se constata en la época clásica.

Por su parte Aldo Pezzana escribió a propósito de una contribución a la doctrina romana de la actio redhibitoria, en exégesis del D.21.1.45 lo siguiente: “al contrario, en el derecho bizantino post-justiniano el vendedor de una cosa viciosa es siempre responsable por el doble del precio y el fragmento 45 si se tiene en cuenta la letra del texto y de la traducción griega reporta en las basílicas, no puede ser interpretado más que en este sentido”.²³⁵

Luego Pezzana sostiene “que el fragmento 45, al menos como se lee en el Digesto, es debido a los comisionados de Justiniano, los cuales introdujeron con eso que el vendedor siempre fuese responsable por el doble”.²³⁶

Arroja una respuesta del porqué, habían los compiladores efectuado tal mutación bajo esta posibilidad “creemos muy probable que los justinianas no habían directamente escrito nuestro fragmento, más si se sirvieron de un texto auténticamente gayano. Los indicios formales de interpolaciones que varios autores han creído recoger no nos parece convincentes.

²³⁴ De Senarclens, Arthur (1930), *La Duplex Condemnatio De L'Action Rèdhibitoire*. Studi in Onore di Pietro Bonfante, Nel XL Anno D' Insegnamento, volumen Terzo, Fratelli, Treves Editori, Milano, p. 93.

²³⁵ Pezzana Aldo, (1951), D. 21, 1, 45, *Contributi alla dottrina romana dell Actio Redhibitoria*”, Estratto Dalla Rivista italiana per le Scienze Giuridiche, 1951, N° 1-4, Dott. Giuffré – Editore, Milano, p. 291.

²³⁶ Pezzana Aldo, ob. cit., p. 291.

Más precisamente sostenemos probable que el originario texto Gayano se refería a la acción redhibitoria dada por los ediles en el caso de renuencia de prestar la stipulatio duplae de evictione. Así como parece probable que los ediles también por la renuencia de prestar dicha estipulación, dado que la actio empti intentada como consecuencia de esta resistencia era del doble (D. 21. 2. 2) y era natural que el doble fuese para esta especial acción edilicia.”²³⁷

No pretendemos abordar el intrincado escenario de las interpolaciones, atendemos el llamado del maestro Kaser en cuanto a estas y resulta idóneo transcribir la tesis del gran romanista alemán (más aún cuando nos escudamos en su indiscutible auctoritas) “las interpretaciones en las fuentes justinianeas no son tan numerosas como ha solido pensar la romanística, en particular la de los años 30 y 40 (Beseler, Albertario). Más aún, muchas de las alteraciones que pueden atribuirse a los compiladores justinianeos bien pueden atender a cuestiones adjetivas, como la adaptación al lenguaje de la época, o al uso de los giros sencillos. A los textos hay que dejarlos en paz, trabajar hasta donde se pueda con el contenido que ellos ofrecen y sólo recurrir a la hipótesis interpolacionista cuando el texto ya no ofrezca claridad y, más bien, genere confusión. Podría decirse que para la mayoría de los romanistas hoy en actividad, las interpolaciones en las fuentes justinianeas han dejado de ser un problema”.²³⁸

Como corolario de lo anterior la condena de la simple acción redhibitoria se ubica en el período clásico y en el doble en el justiniano, si el acusado obedece al arbitrio del juez puede evitar la condena si devuelve el precio con los intereses y aquella será del simple si entra en desobediencia será del doble.

²³⁷ Pezzana Aldo, ob. cit., p. 292.

²³⁸ Lazo, Patricio, (2004), *El método de comparación de casos: examen de sus resultados*. Revista de Estudios Historicos – Jurídicos, XXVI. Ediciones Universitarias de Valparaiso, p. 42-43.

Es persuasiva y sólida la posición de Impallomen, que Garofalo no contradice y que acoge la vertiente de Cuyacio, nosotros nos adherimos a ella y transcribimos un extracto tomado de Garofalo a propósito de Gayo D. 21.1, 45 “de Cuyacio es la tesis que reconquista la pandectista, que vuelve a la expresión *simpli videtur condemnari*, con la cual termina el pasaje de Gayo, adoptada por el jurista para indicar que el vendedor, si acaso –según el sentido asignado a la parte que inmediatamente la precede – restituya el precio y sus accesorios o bien libere al comprador de la obligación de pagarlo en futuro dando ejecución a la prestación establecida a su cargo por el Juez, será condenado en el *simplum*, exactamente porque ha restituido o liberado, en realidad es absuelto por haber acatado el *ourbitrium iudicis*.

La interpretación, que indudablemente mas yuxtapone a la locución referida il *dupli pretii et accessonis condemnari iubetur* con la cual Gayo cierra el período debe tratarse del vendedor que no restituye ni libera, lo que esta en correcta relación al derecho justiniano, más para el derecho clásico choca contra los textos que lo consideraron, los cuales establecieron siempre en el *simplum* la condena del vendedor obediente.”²³⁹

En cuanto a la recepción del Derecho Romano en Europa, surgió en torno al alcance mas expresamente, la disponibilidad de la aplicación de la *actio redhibitoria* una discusión interesante que detraemos de Zimmermann “Algunos escritores siguieron manteniendo que, siempre que un objeto vendido sufriera de un defecto edilicio, el comprador era libre de usar cualquiera de las soluciones edilicias: “Est vero electione emptoris an velit redhibitoria an vero quanti minoris agere”. Otros (al tiempo en que ellos representaban la opinión predominante) favorecían una restricción de la libertad de elección del comprador. La redhibición del contrato entero es un paso verdaderamente cáustico, el cual no debía permitírsele al comprador tomarlo demasiado a la ligera. De ahí que el comprador debería ser capaz de usar la

²³⁹ Garofalo, Luigi, ob. cit., p. 69-70.

actio redhibitoria sólo, si él de haber conocido el defecto, impidiera el empleo apropiado de la cosa. Otros buscan la disponibilidad de la actio redhibitoria más directamente sobre la hipotética voluntad del comprador.

He aquí lo fundamental de esta acción que ha motivado estas líneas dentro del 'Derecho romano de los romanos y su recepción posterior en la que entra en el Derecho venezolano componente de la familia romanista o técnicamente expresado del Sistema Romanística.

I. 4.2. Actio Quanti Minoris

Esta otra acción edilicia tendiente a la tuición de los compradores en materia de vicios ocultos viene prevista expresamente en el edicto de iumentis vendundis, a saber D. 21. 1.38pr de Ulpiano en Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, Libro I. Este pasaje ya antes se ha aludido, de allí lo pertinente de su transcripción.

“Dicen los Ediles: «Digan claramente y con verdad los que venden caballerías» que enfermedad y qué vicio tenga cada una de ellas; y así, tan bien como hubieren sido enjaezadas para ser vendidas, serán entregadas a los compradores. Si alguna cosa no se hubiere hecho de este modo, daremos acción por sesenta días para que se restituyan los jaeces, o para que sean redhibidas las caballerías por razón de los jaeces; más dentro de seis meses para darlas por no compradas por causa de enfermedad o de vicio; o dentro de un año por cuanto valieren menos, cuando se vendieran. Si conjuntamente hubieren sido vendidas caballerías apareadas, y una se hallare en el caso de que deba ser redhibida, daremos acción para que ambas sean redhibidas.” (Subrayado nuestro)

Centrémonos en lo resaltado, dado que la redhibitoria ha tenido tratamiento.

Cuando escribimos sobre este edicto de iumentis vendundis aclaramos la connotación del término iumentis desde la jurisprudencia romana y la doctrina respectiva.

Ubicados temporalmente en esa realidad histórica se comprende la importancia económica y social de tales cosas, en grado superlativo a lo que la codificación incorporó bajo la nomenclatura de animales para ambas acciones y que en nuestro Código vigente de 1982 está contemplado en el artículo 1525.

Retomemos que entender por caballería y por ganado en palabras del mismo D. 21. 1.38, (4), (5), (6)

§4- Pero veamos si en la denominación de «caballería» se contenga todo ganado. Y es difícil que se contenga, porque una cosa significa la palabra caballería, y otra se significa con la denominación de ganado.

§5- Y por esto se añadió a este Edicto una cláusula, cuyos términos son estos: «Lo que hemos dicho respecto a la sanidad de las caballerías, háganlo los vendedores también respecto a todo el «demás ganado»

§6- Por lo que dejó de dudarse, si también se comprendían en este Edicto los bueyes; porque es verdad que no se comprenden con la denominación de «caballerías», pero que se comprenderán con la denominación de «ganado».

En forma de paréntesis aunque sabemos que solo como ejemplo pedagógico podemos ir y venir en la historia, ese artículo 1525 Cc cuando en su primer aparte establece que la acción redhibitoria en las ventas de animales, no será procedente sino por los vicios determinados por la ley o por los usos locales.

Preguntamos cuál ley? en cuanto a los usos locales sería una especificidad que amerita ir a modos de actuación que muchas veces no se encuentran regulados y que constituyen una suerte del recte et rite.

En respuesta a la pregunta consultamos el enjundioso texto del profesor Enrique Urdaneta Fontiveros intitulado Vicios redhibitorios y Saneamiento en el caso especial de venta de animales “cuando la disposición se refiere a los vicios determinados por la ley no alude implícitamente a los criterios establecidos en el artículo 1518 antes examinados sino que con esta frase se quiso, por el contrario, aludir a una ley especial que hasta ahora no ha sido dictada [esto lo confirman tanto los antecedentes y la evolución histórica de la disposición transitoria en el texto 1525 de nuestro Código Civil, incluido por primera vez en su formulación actual en el Código Civil de 1873, es, en su parte pertinente, una traducción literal del artículo 1505 (segundo párrafo) del Código Civil italiano de 1865 el cual, a su vez, siguió en esta materia la orientación del Código Napoleón.

Bajo la vigencia del Código Napoleón todo el mundo entendió que la determinación de los vicios redhibitorios en la compra-venta de animales debía ser materia de una ley especial sin que resultasen aplicables aquí los criterios generales para la configuración de los vicios redhibitorios en las ventas en general contemplados en el artículo 1641 del Code. La razón para contemplar un régimen especial cuando la venta tiene por objeto un animal estriba en la dificultad de averiguar en cada caso si los morbos o enfermedad del animal son tales que disminuyen su uso al punto que de haberlos conocido el comprador no lo habría comprado, o habría pagado un precio inferior. Fue así como en Francia la materia fue sucesivamente regulada por las leyes del 20 de mayo de 1838 intitulada *Loi concernant les vices rédhibitoires dans les ventes et échanges d' animaux domestiques* y por la Ley del 2 de agosto de 1884 cuyo título es *Loi Sur le Code rural (vices rédhibitoires dans les ventes et échanges d' animaux domestiques)*. Esta ley, al igual que la precedente, enumera taxativamente los vicios o defectos que pueden dar lugar al saneamiento cuando se trata de venta de animales”.²⁴⁰

²⁴⁰ Urdaneta Fontiveros, Enrique, (2008), Vicios redhibitorios y saneamiento. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, p. 73.

Ciertamente ha sido una voluminosa cita, necesaria por la relación de los vicios y el ofrecer del edicto, ciertamente vendrá posteriormente el capítulo de nuestro Código Civil pero nos vimos atraídos a efectuar este paréntesis que al superponer un derecho histórico y otro vigente el primero demuestra la necesidad de su estudio para comprender el segundo, de lo que estamos absolutamente convencidos pero a tal convencimiento propio sumamos, entre otros el de Zimmermann de indiscutible auctoritas, tal y como lo narra Ignacio Cremades en su estudio introductorio y traducción a la obra Europa y el Derecho Romano, del mencionado romanista “Es necesario entender bien, insiste Zimmermann, qué significamos en realidad cuando decimos Derecho Romano e influencia del Derecho romano en el Derecho romano actual, es decir, en nuestro Derecho codificado”. 241

Volviendo a lo de la ley especial mencionada en el artículo 1525 Urdaneta acota “no habiéndose dictado la ley especial a que se refiere la prescripción legal, cuando las partes no hubieren contemplado otra cosa en sus convenciones, se entenderá por vicios redhibitorios únicamente los que sean reconocidos como tales por los usos de cada localidad. En defecto de usos locales en el lugar de la celebración del contrato o en el de su ejecución. 242

Señalamos a la cita nuestra preferencia por la expresión vicios edilicios pues la de redhibitorios excluye a la acción quanti minoris o estimatoria objeto de este subtítulo.

Cabe indicar la ley de llanos (Guárico) dictada por la Asamblea Legislativa del Estado Guárico de fecha 1942 que en su Capítulo V contempla Del Beneficio, Venta

241 Zimmermann, Reinhard, (2009), Europa y el Derecho romano, [trad. Ignacio Cremades Ugarte], Marcial Pons, Madrid, p. 17.

242 Urdaneta Fontiveros, Enrique, ob. cit.. p. 74.

y Conducción de Ganados nada establece sobre enfermedades o vicios y menos aún una enumeración de tales.

Quedan al margen leyes sanitarias que prohíben venta de animales infectados, pues entra en el tema de la ilicitud del objeto, no el del saneamiento.

Cerrado el paréntesis, retomemos el hilo de la experiencia jurídica romana para escribir que la *actio quanti minoris* “es de una época posterior respecto a la *actio redhibitorias*, sobre el silencio del vicio de la cosa, se reporta a finales de la edad republicana”. 243

Lo anterior está vinculado al orden cronológico, primero del edicto de *mancipiis vendundis* y luego el de *iumentis vendundis* “los ediles curules que tenían la suprema jurisdicción de los mercados, introdujeron primero la «*actio redhibitorias*» (fr45, Dig. 21, I) y más tarde introdujeron otra acción, la «*actio quanti minoris*», por la cual el comprador de una caballería, en el mercado, si descubriese en ella algunos vicios en el momento de la conclusión del contrato, podía pedir la restitución de una parte del precio desembolsado”. 244

En los mercados era abundante la venta de esclavos entonces ¿Porqué el silencio de la *actio quanti minoris* en torno a estos?

Arangio-Ruiz comenta “conforme al derecho romano la acción *actio quanti minoris* es fuente de una gran perplejidad y el silencio que de esta segunda acción se observa en

243 Donadio, Nunzia, (2007), *Azioni Edilizie e interdependenza Delle Obbligazioni nell' 'Emptio Venditio'*, Il Problema Di un Giusto Equilibrio tra le Prestazioni Delle Parti. La compravendita e L' Interdipendenza Delle Obbligazioni nel Diritto Romano a cura di Luigi Garofalo, Tomo secondo, Cedam, Padova, p. 518-519.

244 Pacchioni, Juan, (1942), *Manual de Derecho romano*, [trad. Isidoro Martín Martínez y Antonio Reverte Moreno], Librería Santaren, Valladolid, p. 134.

la cláusula de “mancipiis emundis vendundis, siendo evidente en una economía esclavista las condiciones que podían hacer preferible la quanti minoris a la redhibitorias, y que se debe reconocer más fácilmente en orden a los siervos que a los animales”. 245

Por su parte Zimmermann puntualiza “la actio quanti minoris aunque no se menciona en Ulp. D. 21, 1,1,1, no hay ninguna duda que ya estaba disponible en el Derecho de inicios del periodo clásico. Esto le permitió al comprador exigir del vendedor el quanto ob id vitium minoris fuerit, esto es, una cantidad que representa la diferencia entre el precio real del esclavo y lo que el hubiese costado si hubiese estado libre de defectos o poseyendo las cualidades prometidas”. 246

El autor la ubica en el período clásico concretamente en los inicios de este. Schulz Fritz, que como se sabe ha estudiado a profundidad el Derecho Romano Clásico, su opinión nos parece muy importante y en cuanto al debate de constituir la quanti minoris creación clásica o justiniana ha concluido “De acuerdo con la opinión dominante, los aediles otorgaron otra acción en función alternativa con respecto a la actio redhibitorias. Mediante esta acción el comprador, dentro del año siguiente a la conclusión del contrato, podía exigir una reducción proporcional del precio. Fue ésta la llamada actio quanto minoris (Scil. res fuit ob vitium cumveniret) o actio aestimatoria. Esta acción fue creación justiniana. Por lo que se refiere al Derecho Clásico, la doctrina dominante se apoya en una base frágil. A nuestro parecer esta acción fue completamente extraña al Derecho Clásico”. 247

245 Arangio-Ruiz, Vincenzo, ob. cit., p. 382.

246 Zimmermann, Reinhard, (1990), ob. cit., p. 318.

247 Schulz, Fritz, (1960), ob. cit., p. 514.

Como se desprende de lo anterior también se le conoce como actio aestimatoria, denominación esta también empleada por Volterra actio “aestimatoria para obtener una reducción del precio en el plazo de un año”.²⁴⁸

El plazo para el ejercicio de la quanti minoris o estimatoria es de un año como se evidencia del D, 21, 1, 38 pr de Ulpiano, antes transcrito y cuya parte pertinente señala: “o dentro de un año por cuanto valieren menos, cuando se vendieran”.

También en cuanto a una particularidad de esta acción encontramos la “venta ‘sub corona’ si el vendedor no quería ser responsable en lo absoluto de la calidad de un esclavo en particular (lo cual pasaba en caso de prisioneros de guerra), él normalmente le hacía llevar un sombrero o una corona, de esa manera lo vendía ‘sub-corona’”²⁴⁹

En cuanto a la condena por el ejercicio satisfactorio de la acción ubicamos los siguientes pasajes:

D, 21, 1, 31; 16 Ulpiano “Si alguno hubiere ejercitado la acción del cuanto menos por causa de la fuga de un esclavo, y después la entablara por razón de enfermedad, ¿por cuánto deberá hacerse la condena? y, a la verdad, no hay duda de que la acción del cuanto menos puede intentarse muchas veces; pero dice Juliano, que debe procurarse esto, que el comprador no realice lucro, y consiga dos veces la estimación de la misma cosa”.

Coherente el parecer de Juliano pues de lo contrario se estaría frente al enriquecimiento sin causa.

²⁴⁸ Volterra, Eduardo, (1986), ob. cit., p. 506.

²⁴⁹ Zimmermann, Reinhard, (1990), ob. cit., p. 318.

El otro fragmento de Ulpiano invocando a Juliano esta en el D 21, 2, 32, 1, que debe administrarse al anterior.

“Luego también es precedente lo que escribe Juliano en el Libro Décimo Quinto del Digesto: ejercitó uno dice, la acción del cuanto menos por causa de la fuga de un esclavo, y después la ejercitó por causa de enfermedad; dice que se ha de procurar que el comprador no realice un lucro, y consiga dos veces la estimación del mismo vicio. Supongamos que un esclavo fue comprado por diez, pero que el comprador lo habría de haber comprado por dos menos, si tan solamente hubiese sabido que era fugitivo; que consiguió estos dos por causa de la fuga; que después descubrió que no estaba sano, que igualmente lo habría de haber comprado por dos menos, si no hubiese ignorado la enfermedad; a su vez deberá conseguir estos dos; porque también habría de haber conseguido los cuatro, si al mismo tiempo hubiese ejercitado la acción por una y otra cosa, porque tal vez habría de haber comprado tan solamente por seis al que no estuviera sano, y fuese fugitivo, según esto se podrá ejercitar muchas veces la acción por lo estipulado porque no se ejercita por una sola estipulación, sino por muchas”.

Se desprende de sendos pasajes y de la finalidad de la *actio quanti minoris* “que el comprador puede repetir lo que hubiese pagado de más al creer erróneamente que la cosa carecía de vicio y que el vendedor hubiese recibido injustificadamente, con la consecuencia que la condena en todo caso no podía superar el precio.” 250

250 Impallomeni, Giambattista, (1996), ob. cit., p. 79.

I. 5. El Derecho Justiniano y la Evolución Unificadora

Esta primera parte de la tesis doctoral que hemos denominado Derecho Romano, tiene como último aspecto de tan rica experiencia jurídica el Derecho Justiniano condensado en el Código nuevo, la Instituta de Justiniano, el Digesto y las novelas, que como se sabe en conjunto paso a identificarse como Corpus Iuris Civiles, de dicha estructura hemos hecho acopio de una serie de fragmentos del Digesto por cuanto la labor de la jurisprudencia romana ha sido de inocultable importancia y de imprescindible consulta.

Ostensible es también la variabilidad del concepto de Derecho Romano que a lo largo de todas las líneas precedentes se ha constatado; desde los primeros tiempos, luego “en siglos más avanzados también de acuerdo al modo de producción, se distinguió como Derecho Civil el aplicado a los ciudadanos romanos contenidos en las antiguas Mores o Leyes, interpretado por la jurisprudencia, basada en su saber, contrapuesta a la normativa e instituciones, también aplicadas a ciudadanos romanos, surgidas en la magistratura del Pretor Urbano como Magistrado iudicente, con sus Edictos y aquellos emanados de los Ediles Curules”²⁵¹

Hemos plasmado la tutela de los ediles curules por una parte, y por la otra lo preceptuado por el Derecho Civil (Mancipatio: actio de modo agri, estipulaciones y actio empti) obviamente en relación a la responsabilidad del vendedor en materia de vicios ocultos de la cosa vendida.

A la variabilidad del concepto Derecho Romano hay que incorporar de forma impredecible las soluciones ofrecidas en el Derecho Justiniano respecto al que acota claramente el profesor César Ramos “el Derecho Romano contenido en la obra de Justiniano es recopilación de una actividad anterior, conservada

²⁵¹ Ramos Sojo, César, (1999) ob. cit., p. 8.

fragmentariamente y luego de casi trescientos años, después de haber muerto el último de los grandes jurisconsultos (S. III a. C). Además, como el propio emperador Justiniano lo afirma en las Constituciones con que pone en vigencia su obra, sus comisionados recibieron el encargo de suprimir, adaptar el antiguo Derecho para hacerlo asequible a los tiempos cuando fue redactado. Por lo tanto, es un Derecho Romano alterado (interpolaciones)". 252

Frecuentemente incorporamos la posición clásica del Instituto tratado y la justiniana, aludimos algún debate jurisprudencial en sentido romano y de doctrina romana, ya relativo a fijar como clásico o no dicho(s) Institutos y reconocemos que en no pocas ocasiones tales diatribas resultan exquisiteces jurídicas que impiden ver la importancia del estudio del Derecho Romano, su trascendencia y la función que ha cumplido en el estudio del Derecho que como bien ha enumerado Guillermo Margadant "¿Porqué estudiamos el Derecho Romano? Por muchas y poderosas razones: a) Para completar nuestra cultura jurídica histórica en general. b) Para conocer los antecedentes de nuestro derecho actual. c) Para crear una plataforma jurídica, donde juristas de diversos países de la familia romanista puedan encontrarse. d) Para conservar cierta unidad supranacional en la ciencia jurídica. e) Para darnos cuenta de ciertas particularidades del propio derecho positivo. f) Para afinar nuestra intuición jurídica. g) Para encontrar un campo ideal en los estudios de sociología jurídica".253

En consecuencia centrémonos en esta etapa enunciada en este quinto capítulo, al que hemos sumado el calificativo de evolución unificadora pensamos que en forma correcta.

252 Ramos Sojo, César (1999), ob. cit., p. 9.

253 Margadant, S. Guillermo F., (2007), ob. cit., p.11-14.

Y queda como gran aserto ya transcrito el de Max Kaser para algunos el romanista más influyente del Siglo XX en cuanto a la caza de interpolaciones y la necesidad de dejar a los textos en paz.

La mayoría de los manuales de Derecho Romano son breves al referirse al Derecho Justiniano; verbigracia Iglesias “El Derecho Justiniano extiende las acciones edilicias a la compraventa de toda clase de cosas”. 254 Pacchioni “En la época Justiniana la acción redhibitoria fue extendida a toda clase de ventas realizadas en los mercados o fuera de ellos. Entonces cualquier comprador puede reclamar o por los vicios de la cosa o fundándose en el dolo del vendedor”. 255

Expusimos como en el período clásico y anterior a este la *actio empti* sólo podía ejercerse si el vendedor había actuado con dolo y como las acciones edilicias prescinden del dolo.

La cita de Pacchioni implicaría –nos parece- o ejercer las acciones por los vicios de la cosa o una *actio doli* basada en el dolo del vendedor, nos aproximamos desde las fuentes a la noción de *aquel* y la exégesis doctrinaria especialmente Carcaterra; para este caso se ha de entender que Dolo se aplica a aquello del evidente engaño.

“D, 4, 3, 7, 10 (Ulpiano) ... la acción de dolo no debe darse sino por grande y evidente engaño”.

254 Iglesias Santos, Juan, (2007), ob. cit., p.263.

255 Pacchioni, Juan, (1942), ob. cit. , p. 135.

Al respecto ha comentado Wacke Andreas “el componente ético del ilícito doloso no puede ser descuidado, el dolus contiene entonces para el período tardo – clásico un juicio moralmente desfavorable en cuidado de la convención”. 256

En tránsito del ejemplo detraído de esos dos manuales, nos ubicamos en las consideraciones de Aldo Pezzana sobre las acciones de garantía por vicios de la cosa en Derecho Bizantino y lo primero que comenta es: “en el derecho Justiniano el sistema de acciones de garantía por vicios de la cosa aparece inútilmente complejo ante situaciones idénticas, concurren acciones diversas, sin que para esta pluralidad de muchos jurídicos dados en defensa del comprador haya una justificación lógica o práctica”. 257

Cronológicamente la magistratura de los ediles curules ha desaparecido, ya no se limitan las cosas susceptibles de esta tutela “en toda especie de venta compete al comprador las acciones edilicias (redhibitoria y quanti minoris, en el caso de omisión en la declaración de vicios de parte del vendedor o de declaraciones inexistentes sobre las condiciones de la cosa”. 258

Paralelamente “con la actio empti una solución satisfactoria estaba disponible para enfrentarse con los problemas que provenían de los vicios ocultos. El comprador podía usarla para reclamar la prestación del quod interest (resarcimiento del daño), pedir la redhibición o quanti minoris. En vista de esto, uno podría haber esperado de Justiniano que suprimiera las soluciones edilicias, ya que resultaban redundantes, la oficina y jurisdicción de los ediles habían sido abolidas”. 259 Surge

256 Wacke, Andreas, (1996), Estudios de Derecho Romano y Moderno en Cuatro Idiomas. Fundación Seminario de Derecho Romano «Ursino Alvarez», España, p. 295.

257 Pezzana, Aldo, (1984), Synteleia Vincenzo Arangio Ruiz, Editore Jovene, Napoles, p.648.

258 Pezzana, Aldo, (1984), ob. cit., p. 648.

259 Zimmermann, Reinhard, (1990), ob. cit., p. 322.

la interrogante ¿Por qué mantenerlas si las acciones edilicias por un lado y la actio empti por otro ya no tenían importancia jurisdiccional y consecuencias?

Si se interponía la actio empti “el medio de derecho destinado a obtener la redhibición se llama técnicamente acción redhibitoria pero en un procedimiento no formalista no se rechazará la redhibición al comprador por el solo motivo que intente la actio empti más aún porque su derecho a la redhibición ha nacido de un contrato de compra-venta”. 260

En consecuencia de lo anterior no hay que entender que al interponer la actio empti para la redhibición se tendría el plazo mucho más extenso característico de las acciones del derecho civil, por el contrario se trataría del mismo plazo de la solución edilicia. En tal sentido detraemos el razonamiento de Monier “Si los compiladores al lado de la redhibición edilicia hubieran querido crear una redhibición sujeta a las reglas de la actio empti posible durante 30 años, no hubieren insertado en el Código una Constitución cuyo único objetivo es precisar que después de la terminación de los plazos de ejercicios de las acciones de origen edilicio, el comprador de un siervo fugitivo está totalmente desprovisto de cualquier recurso”. 261

“La doctrina sostiene que en el derecho Justiniano se produjo una sustancial fusión entre acciones de Derecho Civil y acciones de Derecho Edilicia.

Y a la anterior afirmación comúnmente encontrada en la lectura de romanistas y obras de civilistas pacíficamente aceptada; es conveniente agregar “que esta conclusión, ciertamente exacta, recibe confirmación y claridad de un examen de las fuentes post-justinianas.

260 Monier, Raymond, (1930), ob. cit., p. 186.

261 Monier, Raymond, (1930), ob. cit., p. 187.

En las basílicas la mayor parte de los textos relativos a la garantía por los vicios de la cosa, corresponde, con variantes más o menos notables, a pasajes del Digesto de los cuales diera la impresión de la sobrevivencia de la distinción entre acciones edilicias y acción contractual. La materia continúa y es repartida en dos sedes diversas. El título octavo del libro decimonoveno, que corresponde a D. 19. I, que contiene los pasajes relativos a la *actio empti*, mientras que el título décimo del mismo libro, corresponde a D. 31. I, recoge aquello concerniente al Edicto de los ediles y las acciones redhibitoria y estimatoria, basta con alcanzar un examen detallado de los singulares textos, y ampliar la investigación a las otras fuentes bizantinas, para caer en cuenta que se ha producido una completa fusión entre las acciones de derecho edilicio y aquellas de derecho civil”.²⁶²

Culminada por levantamiento de nuestros propios límites (pues mucha tinta ha quedado en el tintero) la porción del Derecho Romano o en expresión de Alfredo Di Pietro “El Derecho Romano de los Romanos”: continuaremos con el Derecho intermedio sufragáneo de dicha experiencia jurídica.

Recordemos aquella original expresión de Paul Vinogradoff *What’s in a name?* “en su obrita *Roman Law in Medieval Europe*, cuando dice que va a contar la historia de un fantasma, después de la descomposición del cuerpo en el cual aquel espíritu primero había visto la luz” ²⁶³ para referirse al Derecho Romano, el cual más que fantasmal tiene muchas vidas por ejemplo Margadant que ha escrito la segunda vida del Derecho Romano texto de lectura densa que conocimos por nuestro maestro ya en las primeras aulas así como muchos de los citados que constituye invalorable acervo de la amplia cultura jurídica; para nosotros más que describir la evolución del Derecho Romano al trasluz de la metempsicosis se trata de sus sucesivas y múltiples

²⁶² Pezzana, Aldo, (1984), ob. cit., p. 649.

²⁶³ Margadant, Guillermo F., (1986), *La Segunda Vida Del Derecho Romano*, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, S.A., México, D.F., p. 23.

interpretaciones que hacen que exponentes de nuestra disciplina como el ampliamente citado Reinhard Zimmermann en 2009 escribiera “cuando decimos Derecho Romano decimos Derecho Romano actual, es decir, nuestro Derecho codificado”. 264

En el caso concreto venezolano o expresado de conformidad a la nueva Carta Constitucional, de la República Bolivariana de Venezuela, el estudio del Derecho Romano en las Universidades coadyuva a nuestros estudiantes a captar y entender el germen de nuestro Sistema Jurídico, que no es otro que el Sistema romanista y esto constituye una verdad inocultable, no obstante la realidad jurídica por la que atraviesa el país ha tomado como modelo otro sistema, al publicar una serie de leyes y normativas de variada índole ajenas a aquel y peor aún se pretende una conducción definitiva a derroteros tan extraños como anómalos y en tal sentido transcribimos las palabras del Dr. Enrique Lagrange pilar de la ciencia jurídica, recientemente electo por unanimidad Presidente de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, quien en su libro *Historia y Actualidad del Régimen Jurídico de la Propiedad Agraria* acotó en su presentación “no me hago ilusiones sobre que lo escrito aquí conduzca a rectificaciones, al menos mientras dure en el país el presente estado de cosas. Si así fuere, quedará al menos como testimonio de quien no ha podido ni debido guardar silencio ante los intolerables abusos y expoliaciones que se cometen casi día a día contra muchos propietarios de fundos agrarios, en nombre de pretendidas nuevas ideas”. 265

Nosotros convencidos de manera absoluta de la trascendencia del Derecho Romano y su impronta indiscutible en el Derecho Privado particularmente en materia de obligaciones (entre otras) elaboramos esta investigación en la que el Derecho Romano es *Potissima Pars* para demostrar el hilo de continuidad la tradición jurídica

264 Zimmerman, Reinhard, (2009), ob. cit., p. 17.

265 Lagrange, Enrique, (2006), *Historia y Actualidad del Régimen Jurídico De la Propiedad Agraria*. Serie Estudios 67, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, p. X.

sin solución de continuidad de los vicios ocultos (su tutela) en materia de compra-venta por desarrollarse en capítulos venideros y también como un testimonio de la formación que recibimos en nuestras aulas de pregrado luego postgrado y ahora este quinto nivel de estudios en el que este trabajo será rigurosamente evaluado por un jurado examinador con el resultado a que haya lugar. Pero sin duda al repensar sobre nuestra tradición jurídica esas palabras del Maestro Enrique Lagrange calcadas inequívocamente en su libro de 2006 antes detraídas, y por él ratificadas en su juramentación como Presidente de la Academia nos obligan a un comentario macro: ¡las cosas son lo que son! nuestro sistema es Romanista no es un Sistema Socialista valga la clasificación de los historiadores del Derecho y de los comparatistas “En el inicio de este siglo, James Bryce, profesor de «Civil Law» en Oxford, observaba que dos sistemas jurídicos cubría, en aquel momento, casi todo el mundo: el Derecho romano y el Derecho inglés; con dos excepciones solamente de considerables masas de población»: los musulmanes orientales y la china. Podemos decir que hoy la situación se ha transformado notablemente a causa de las consecuencias directas o indirectas de la Revolución Rusa. En verdad, el trabajo realizado por los historiadores del Derecho y por los comparatistas nos conducen a determinar cuatro sistemas jurídicos de importancia mundial: el sistema romanista, el sistema anglosajón, el sistema socialista y el sistema musulmán”. 266 (Subrayado nuestro).

Nuestra órbita gravita en el sistema romanista no en el socialista y hemos marcado en la cita ambos términos porque el primero nos ha dado, nos da y nos dará la ilustración y la luz que las sombras del segundo no podrá eclipsar.

Incluso comparatistas modernos como por ejemplo Konrad Zwigert y Hein Kötz no relacionan en lo que ellos denominan familias jurídicas del mundo, una familia socialista, a continuación la enumeración de estos autores “la familia jurídica romana,

266 Catalano, Pierangelo, (2000). Derecho Romano y America Latina, Gruppo Di Recerca sulla Diffusione del Diritto Romano Sassari, p.5-6.

la familia jurídica germánica, la familia jurídica angloamericana, la familia jurídica nórdica”. 267

No nos compete ciertamente disertar en torno a sistemas o familias jurídicas, la finalidad es plantear nuestra genealogía del sistema romanista pues herederos directa o indirectamente, según se interprete de Europa Occidental ese es nuestro pensamiento, basado en un modelo democrático por excelencia por cuanto “la sociedad de Europa siempre ha avanzado como consecuencia de su peculiar relación con la idea de tiempo histórico, tiempo irrepitable, ámbito de la libertad personal y política. Desde la época de Roma, la querrela entre antiguos y modernos, el debate entre lo nuevo y la tradición, ha sido el motor del progreso cultural, artístico, científico, político y jurídico. La conciencia de ser herederos, a veces de ser enanos a hombres de gigantes –expresión acuñada al parecer por Bernardo de Chartres- la idea de que somos la frontera entre el pasado y el futuro ha sido las notas predominantes de la forma occidental de ver el mundo. Ello no ha evitado las tragedias, ni los retrocesos, pero ha hecho posible la crítica, la renovación, el progreso y, la democracia. Esta continuidad es la que reivindicamos para los estudios sobre el modelo democrático occidental, nacido en Roma. 268

267 Zweigert Konrad-Kötz Hein, (2002), Introducción al Derecho Comparado, Oxford University Press, México, p. 71 y ss.

268 Ribas Alba, José María, (2009). Libertad La vía Romana Hacia la Democracia. Colección Derecho Romano y Ciencias Jurídica Europea. Editorial Comares, Granada, p. 115-116.

CAPITULO II. DESARROLLO HISTORICO DE LA FIGURA DESDE LA EDAD MEDIA HASTA LA CODIFICACION

II. 1. Derecho histórico español. Las Partidas

Las Siete Partidas.- En la famosa y colosal obra del Rey Alfonso X el Sabio²⁶⁹ el problema de los vicios ocultos se aborda en algunas leyes del Título V de la Partida V, cuando se tratan algunos supuestos de venta viciosa como la que se efectúa de una casa o torre con servidumbre o tributos encubiertos por el vendedor, o bien la del siervo, caballo, mulo o cualquier otra bestia con tacha o maldad. No se alude a los defectos de los bienes muebles en sede de compraventa, sino sólo en materia de arrendamiento con relación a toneles y vasos (Ley 14, Título VIII, Partida V). Veamos por separado cada uno de ellos y analicemos sus requisitos y efectos jurídicos.

No se mencionan como tales las acciones edilicias y sus efectos se pueden llegar a confundir en algunos casos con los de la acción con la que cuenta el comprador. Así es, la ley 63 contempla el caso de la venta de una casa o torre que padezca una servidumbre no aparente, o que resultare tributaria, y tales circunstancias hubieran sido encubiertas por parte del vendedor al comprador. Dicha venta podía ser "*desfecha*" por el comprador de modo que el vendedor quedaba obligado frente a aquél a la restitución del precio más el pago de los daños y menoscabos que dicha situación le hubiera generado. No se establece ninguna limitación temporal para el ejercicio de la acción, ni se menciona el efecto alternativo de las acciones edilicias, cual es reducir el precio.

²⁶⁹ Tomamos la versión de las Siete Partidas de Gregorio López. Barcelona. Bergues y Compañía. 1843, páginas 129-133.

La misma ley 63 refiere también la venta de algún campo o prado que criare malas y dañosas hierbas para las bestias que las pastasen, circunstancia que si fue omitida a sabiendas por parte del vendedor al comprador origina en el primero la obligación de retornar al segundo el precio recibido más todos los daños por tal motivo sufridos, mientras que si el vendedor ignoraba al tiempo de la venta dicha información, su obligación quedaría reducida solamente a la restitución del precio²⁷⁰.

No se diferencia entre cargas ocultas y vicios ocultos de los inmuebles, pues uno y otro caso se contemplan en una misma ley de las Partidas y la Glosa no cuestiona que las acciones edilicias se apliquen también a las cargas ocultas. La ley sí que distingue y deslinda, sin embargo, el tratamiento jurídico de la venta con vicios ocultos en función de la buena o mala fe del vendedor: si el vendedor es de mala fe ve incrementada su responsabilidad, puesto que su conducta es más reprochable, y no sólo estará obligado a devolver el precio recibido sino que, además, debía indemnizar los menoscabos recibidos; sin embargo, la actuación de buena fe del vendedor al ignorar la concurrencia del vicio oculto producía una aminoración en su responsabilidad que queda limitada así a la restitución del precio recibido en la venta.

La ley 64 nos habla de la venta de un siervo con tacha o maldad²⁷¹, ya por ser éste un ladrón, tener la costumbre de fugarse de su señor o cualquier otra maldad semejante. Si el vendedor fuera conocedor de ello y lo callase ante el comprador al tiempo de la venta, se

²⁷⁰ La letra de esta Ley 63 dio lugar a una interpretación sesgada por la que la facultad de escoger entre las acciones redhibitoria y estimatoria sólo procedía en caso de compraventa de animales. Sin embargo, Sánchez Román y Gregorio López ya advirtieron que, aun siendo de menos importancia la acción estimatoria que la redhibitoria, no hay duda que en el Derecho antiguo podía ejercitarse tanto la acción redhibitoria como la estimatoria cuando se tratara de bienes inmuebles, con lo que llegaron a la conclusión de que ambas acciones procedían en el caso de vicios ocultos de la cosa vendida, ya fuera ésta semoviente, mueble o inmueble (BADENES GASSET, R. *El contrato de compraventa. Tomo I*. Tecnos. Madrid. 1969, página 693).

²⁷¹ Las Partidas utiliza estos términos (tacha, maldad, enfermedad) para referirse a los vicios, puesto que la noción de vicio es la que informa el supuesto de hecho de las acciones edilicias.

obligaba a recibir el siervo entregado, restituir el precio recibido por él, además de asumir los daños y menoscabos que le sobrevinieran por ello. No obstante, si el vendedor ignoraba tal circunstancia, el siervo quedaba en manos del comprador, que contaba con el derecho a que el vendedor le devolviera la parte del precio que el siervo valía menos que el pagado por razón de aquella tacha o maldad, solución esta de la rebaja proporcional del precio que también se extiende a la venta de un siervo que padeciera alguna mala enfermedad encubierta por parte del vendedor al tiempo de la venta. En la medida que la ley requiere en esta última variante la concurrencia de una mala enfermedad, sin duda está aludiendo a una enfermedad de envergadura que pueda desmerecer considerablemente el valor de la venta efectuada.

Vuelve aquí la ley a discriminar el tratamiento jurídico de la venta con vicios ocultos por motivo de la buena o mala fe, puesto que cuando el vendedor actuaba de mala fe al encubrir las tachas o maldades del siervo se produce la resolución del contrato –*actio redhibitoria*., de manera que el vendedor recibe al siervo y el comprador el precio más los daños y menoscabos sufridos; sin embargo, si el vendedor ignoraba la tacha o maldad, la venta se mantenía si bien con la obligación por parte del vendedor de restituir al comprador la parte del precio que la tacha o maldad del siervo hayan desmerecido de su valor –*actio quanti minoris*.

Un campo de actuación abonado para la venta con vicios ocultos siempre lo ha sido el de la venta de animales y bestias, por ser una práctica habitual tanto en Roma como en la Edad Media. De ahí que la ley 65 de las Siete Partidas se pronuncie sobre el particular a propósito de la venta de un caballo, mulo o cualquier otra bestia que padeciesen alguna mala enfermedad o defecto que los hicieran desmerecer. Es deber del vendedor al tiempo de la venta advertir tal circunstancia si era de su conocimiento porque, si no lo hiciera, el comprador que detectara tales defectos contaría con una acción de hasta seis meses contados a partir del día de la venta para dejarla sin efecto, de modo que pudiera obligar al vendedor, aunque éste no quisiera, a recibir del comprador el animal y restituirle a éste el

precio que por él hubiera pagado²⁷². Pasados los seis meses desde la venta sin haber reclamado, el comprador ya no podría reclamar el precio y la venta, en consecuencia, resultaría válida.

También en este caso el comprador contaría con otra acción frente al vendedor, dejando subsistente la venta, para que éste le restituyera la parte del precio que la tacha o enfermedad hubiera desmerecido del valor efectivamente pagado por la venta de un animal que hipotéticamente no hubiera padecido o sufrido dicha enfermedad o tacha. Tal acción contaba con el plazo de un año desde la fecha de la venta para ejercitarse, transcurrido el cual, el comprador carecería de acción para pedir la restitución parcial del precio pagado.

La doctrina extiende los plazos que fija la ley en las ventas de animales a las de otros objetos –esclavos y cosas muebles-, mas no llega a comprender las ventas de bienes inmuebles por entender más adecuada la *actio empti*²⁷³. La misma forma de llevar a cabo el cómputo nos demuestra esta pretendida extensión a partir de una aparente contradicción entre las expresiones contenidas en la ley 65 analizada, pues en su texto se habla tanto "*desde el día en que fue fecha la vendida*", como "*luego que el comprador la entendiere aquella enfermedad*", lo que permitió a Gregorio López conciliarlas al interpretar que el cómputo se inicia en el momento de la venta efectuada bajo el supuesto de que el

²⁷² A pesar de que algún autor (GOMEZ DE LA SERNA-MONTALBAN. *Elementos II*. 1886, página 260) redujera el ámbito de aplicación de la acción redhibitoria a los casos en que el vendedor hubiera intervenido con dolo, y posibilitara la acción estimatoria cuando hubiera vicios en la cosa vendida, ya Gregorio López en su *Glosa* extiende la acción redhibitoria a los casos en que el vendedor ignorara los vicios de la cosa, produciendo en este supuesto que la venta se deshiciera, sin haber indemnización. Tal interpretación se acogerá por la doctrina como en la práctica en los momentos anteriores a la codificación y es la que se incorpora en el Proyecto de 1851 y en la versión definitiva del Código civil de 1889.

²⁷³ En este sentido, Gregorio López, Hermsilla, Gómez de la Serna-Montalbán. Ver al respecto, MORALES MORENO, A. M. *El alcance protector de las acciones edilicias*. ADC. 1980, nº 33, página 607.

comprador hubiera tenido conocimiento del vicio luego de celebrado el contrato²⁷⁴. Pasados los plazos expuestos, el comprador ya no podrá entablar ninguna acción edilicia, lo cual no obsta para que el comprador cuente con la *actio empti* y la *actio doli*, remedios que ya apuntan de manera incipiente el problema que se planteará al amparo del Código civil sobre el posible empleo de la acción resolutoria del artículo 1124 y la acción de nulidad por vicio del consentimiento, según tendremos oportunidad de ver cuando abordemos la naturaleza jurídica de las acciones edilicias. En todo caso, admitida la utilización de las acciones edilicias para toda clase de objetos y computado su plazo desde el momento en que el comprador descubre el vicio, se ofrece un sistema suficiente para proteger al comprador sin ampliar injustificadamente los plazos, razón por la cual se tiende a una superposición de acciones y a que la *actio empti* diluya su contenido en el seno de las acciones edilicias. En cuanto a la acción por dolo, a pesar de que nuestro Derecho histórico concede naturaleza y régimen jurídico independiente a esta acción respecto de las acciones de saneamiento, lo cierto es que ello no impidió que pudieran interponerse conjuntamente para ampliar el ámbito de protección del comprador, sobre todo en lo que al ejercicio de la acción redhibitoria se refiere²⁷⁵.

Vemos, pues, que las Partidas cuando contemplan las respuestas con las que cuenta el comprador frente al vendedor no designan en esta ley 65 las acciones edilicias por su nombre, si bien la doctrina extiende estas acciones a las ventas de otros objetos distintos de los animales, que se hallarían reconocidas también en las leyes 63 y 64.

Una de las características esenciales de los vicios en la venta para que sean merecedores de resolución o rebaja proporcional del precio es que se trate de un vicio

²⁷⁴ Glosa 11, Ley 65, Título V, Libro V.

²⁷⁵ Supuesto distinto es con la acción estimatoria, pues el efecto indemnizatorio de ésta se ve colmado y satisfecho por la indemnización basada en el dolo, razón por la cual el comprador optaría casi siempre por la acción que le es más favorable, cual es la fundada en el dolo, por lo que la acción estimatoria quedaría relegada a los casos en que no hubiera mediado dolo. Ver MORALES MORENO, A. M. *El alcance protector ...*, páginas 616-618.

oculto, puesto que, a tenor de la ley 66 de la obra aquí comentada de Alfonso X, si el vendedor al tiempo de la venta del siervo o de la bestia manifestara su tacha o enfermedad y la compra se efectuara a sabiendas y complacencia del comprador, no podría arrepentirse después y, por ende, no tendría derecho ni a exigir el precio ni a devolver la cosa, de la misma manera que tampoco el vendedor estaría obligado a devolver el precio ni a recibir la cosa. La misma solución jurídica sería aplicable cuando se hubiera acordado el precio entre las partes y se hubiera pactado que, no obstante la tacha o defecto de la bestia, el comprador no pudiera echarse atrás ni reclamar nada. Vemos aquí cómo ya se trasluce que el pacto podría exonerar al vendedor por vicios ocultos, siempre que el comprador hubiera aceptado la venta en estos términos, toda vez que ya se apuntaba que nos hallábamos ante una materia que no se regía por leyes imperativas y donde la libertad contractual tenía un campo abonado de actuación hasta el punto de poder excluir la responsabilidad del vendedor en este caso.

Sin embargo, no bastaba cualquier expresión del vendedor para que se produjera su exoneración de responsabilidad, sino que debería ser bien clara y concreta, pues el propio tenor de la ley 66 *in fine* afirma la responsabilidad del vendedor y su deber de recibir la cosa y restituir el precio, siempre que el comprador así lo reclamara en los plazos de seis meses y un año, respectivamente, según la acción de la que se tratara, cuando el vendedor manifestase generalmente que la bestia vendida tenía algunas tachas, o bien encubriese las que hubiera, o las mezclara engañosamente de tal manera con otras, que el comprador no pudiera darse cuenta de ellas.

Estos pactos de renuncia a las acciones de saneamiento no tuvieron eficacia en el Derecho común cuando el vendedor conocía la existencia de los vicios de la cosa y guardaba silencio, incluso si el vendedor había asegurado que la cosa carecía de vicios. Las Partidas, siguiendo en ello el criterio del Derecho común, no liberó al vendedor de su obligación de responder por vicios y la práctica posterior llegará a instaurar la regla según la cual cuando el vendedor manifestaba los vicios de la cosa debería hacerlo de manera "*manifiesta, clara y*

especialmente, y no oscura, ni confusa, ni generalmente". Todo ello, sin perjuicio del respeto a la palabra dada que fue configurando un uso de feria en las ventas de animales y ganados con gran arraigo en la práctica que, incluso, llega a tomarse en consideración en lo que será futuro Código civil en su artículo 1493²⁷⁶.

Concluye las Siete Partidas el tratamiento de la venta de una cosa con vicios ocultos con un caso en que la cosa así vendida se hubiera empeñado a un tercero y luego dicha venta se resolviera por motivo de los vicios. Así es, la ley 67 obliga en este supuesto al que recibe la prenda –acreedor pignoraticio- a restituirla al vendedor que se la entregó, si bien éste debería pagar a aquél la cantidad garantizada con la prenda. Es decir, una vez resuelta la venta de cosa viciosa, se deshacen también los futuros actos jurídicos derivados de dicha venta, como sucede aquí con la prenda constituida sobre la cosa de la referida venta, no obstante que quien recibiera la prenda y la debiera restituir tenga derecho a que se le pagara lo asegurado mediante prenda.

Vemos, pues, como conclusión del análisis efectuado que las defensas concedidas al comprador se otorgan en razón de la presencia de gravámenes o vicios ocultos en la cosa comprada. Sin embargo, se observa que no se presenta un régimen jurídico unitario ni sistemático en el tratamiento de la responsabilidad del vendedor por razón de los vicios, sino más bien sesgado y fragmentario, según el objeto del que se trate, bienes inmuebles, siervos o animales, con omisión de las cosas muebles²⁷⁷. Además, la regulación tampoco atribuye nombre a las acciones que se ofrecen al comprador en cada caso, sino que se limita a señalar los efectos prácticos derivados del ejercicio de las mismas. Por otro lado, la falta

²⁷⁶ MORALES MORENO, A. M. *El alcance protector de las acciones edilicias ...*, páginas 619 y 620.

²⁷⁷ Este régimen tan escueto es consecuencia de la influencia de los textos romanos que abordan el edicto de los ediles, expresión de los esbozos de la protección, cuando todavía se limitaba a animales y esclavos el empleo de estas acciones. MORALES MORENO, A. M. *El alcance protector de las acciones edilicias*. Anuario de Derecho Civil, nº 33. 1980. Madrid, página 603.

de unidad y claridad en la exposición de la Ley ha hecho necesaria una amplia e interesante labor interpretativa de la doctrina.

II. 2. Derecho histórico francés y Código civil francés.

Ya Pothier²⁷⁸ considera que una obligación inherente al vendedor en el contrato de venta es, además de garantizar los vicios redhibitorios, asegurar al comprador todo lo que pueda disminuir o mermar la obligación más genérica de cumplir lícitamente que pesa sobre él, por lo que se incluirían aquí las demandas por las cargas reales ignoradas que pudieran recaer sobre la cosa vendida. Es cierto que algunas de ellas estaban exentas de ser declaradas: las que supuestamente el comprador no ignora, como las de Derecho común (diezmo²⁷⁹, contribuciones para formación de aceras o reparaciones de iglesias y otras semejantes, derechos y obligaciones señoriales²⁸⁰), las autorizadas por la costumbre del lugar, ya cuando ésta las autorice expresamente por ser de Derecho común, o incluso

²⁷⁸ *Tratado de los contratos*. Tomo I. Atalaya. Buenos Aires. 1948, página 104 en relación con 107.

²⁷⁹ Constituye una figura típicamente medieval y propia de la sociedad feudal, puesto que el que cultiva la tierra se obliga a soportar la carga real de pagar una parte de los frutos recogidos de la finca a favor de la Iglesia u otra institución, que no tienen ningún derecho en las fincas sobre las que recae la carga, pero que en virtud de esta costumbre se les faculta a percibir el diezmo de los frutos que se recogen en la parroquia.

²⁸⁰ Otra expresión de la sociedad feudal con relación a las fincas situadas en provincias de las que se presume que en todo caso dependen de un señor, feudo o censo, con arreglo a la máxima de la época "*ninguna tierra sin señor*". Así sucede con los derechos y obligaciones señoriales establecidos por la costumbre del lugar, ya feudales o enfitéuticos. No obstante, si estos derechos y obligaciones son mayores que los establecidos por las costumbres y usados en la provincia, por muy señoriales que fueran, deberían ser expresados en el contrato de compraventa pues, de lo contrario, el comprador podría demandar al vendedor tanto por lo que la finca vale menos ante la existencia de la carga, como por el exceso pagado en atención a lo que la finca produce habitualmente con la deducción de tales derecho y obligaciones señoriales.

cuando por no ser de Derecho común requieran provisión de títulos especiales²⁸¹ o, por fin, las servidumbres visibles –vistas, cloacas-, puesto que el comprador no ha podido dejar de reconocer la cosa antes de comprarla y, por ende, habría visto tanto las ventanas como las cloacas²⁸².

Fuera de los casos exentos de responsabilidad para el vendedor ya señalados, el comprador podría emplazar al vendedor o sus herederos para que respondiera por dicha omisión mediante una disminución o rebaja del precio que el vendedor está obligado a realizar frente al comprador, según peritaje creado al efecto. Incluso si la carga fuera redimible en dinero, el comprador podría obligar al vendedor a pagar el dinero necesario para la redención. En todo caso, si la diferencia fuera tan notable que el comprador no hubiera comprado la cosa de conocer dicha carga, se podría obligar al vendedor a recibir la cosa vendida, de estimarlo así el juez según su libre arbitrio.

Por lo que respecta a la garantía de los vicios redhibitorios, la propia naturaleza del contrato de compraventa garantizaba al comprador que la cosa estuviera exenta de vicios que la hicieran inútil según el destino normal que tuvieran en el comercio, en una clara consecuencia de la obligación asumida por el vendedor de hacer adquirir útilmente la cosa vendida al comprador. Se habla pues de los vicios redhibitorios por los que el vendedor ha

²⁸¹ Así sucedería, por ejemplo, en la *Coutume de Dunois* en torno al derecho de quinto y requinto para el caso de venta y reventa del fundo.

²⁸² Distinto de este caso de cargas visibles que el comprador no ha podido ignorar es el derecho de entregar cierta cantidad de gavillas de mieses como derecho no señorial, pues en la *Coutume d'Orléans* se declara que dicha carga aunque no es señorial no se purga por decreto, con lo cual se decide que el comprador no ha debido ignorar ese derecho cuyo conocimiento es público. Así como las servidumbres visibles son perceptibles por la mera visita y reconocimiento de la cosa vendida, la carga referida prevista y sancionada en la costumbre de Orleáns es un derecho singular no extensible a otros supuestos por carencia de identidad de razón, por lo que esta carga reconocida y autorizada por la mencionada costumbre, aunque no fuera declarada al tiempo de la venta, no daría lugar a la garantía que ha de prestar el vendedor ante el comprador.

de responder frente al comprador, toda vez que la acción con la que cuenta éste es la acción redhibitoria para solicitar la devolución del precio y que el vendedor vuelva a recuperar la cosa.

La responsabilidad del vendedor por este concepto, siguiendo las consignas del Derecho Romano²⁸³, se extendía no sólo con relación a la cosa principal objeto de la venta sino también a las comprendidas accesoriamente en la venta como cosas necesarias, de hallarse comprendidas especialmente y no bajo una universalidad.

Se consideraron como requisitos de los vicios para que operara la garantía redhibitoria a la que el comprador tenía derecho frente al vendedor que el vicio fuera reputado por la costumbre del lugar como redhibitorio²⁸⁴; que no hubiera sido conocido por el comprador al tiempo del contrato, de modo que si se justifica que no lo ignoraba perdería

²⁸³ D. 21. 33.

²⁸⁴ Así la *Coutume de Bourbonnois* tenía como vicios redhibitorios el asma, el muermo y el borborismo, con relación a los caballos, y la tisis para las vacas.

Pothier en la obra citada (páginas 109-110), además de traer a colación algunos casos de vicios redhibitorios contemplados por Ulpiano (D. 21. 49) o por el emperador Diocleciano (*Codex* 4. 58. 4) nos ilustra con otros ejemplos de vicios redhibitorios, tales como un madero podrido, las pipas fabricadas con madera falsificada que proporcione un mal olor al vino, o incluso, en virtud del Decreto de 18 de enero de 1879, los paños nuevos cuando son averiados o contengan agujeros.

No se reputarían vicios redhibitorios los que pudieran apercibirse con claridad y facilidad, pues se presumiría que el comprador los conocía y había querido comprar la cosa en tal estado, como por ejemplo, el cojear de un caballo, la ceguera, la casa en ruinas que se desploma. Si este vicio le fuera desconocido no tendría derecho a reclamar, puesto que su negligencia de no examinar la cosa o de no hacerla examinar por otro debería ser asumida por él, puesto que las leyes no surgen para disculpar la negligencia. En todo caso, si el vendedor hubiera impedido de alguna manera al comprador haber conocido el vicio, éste habría de ser tenido por redhibitorio puesto que el vendedor no puede aprovecharse del escaso cuidado que el comprador haya observado en el examen de la cosa vendida.

su derecho a entablar demanda alguna de garantía²⁸⁵; que dicho vicio no hubiera sido excluido de buena fe por medio de una cláusula particular de la garantía redhibitoria²⁸⁶; y, por fin, que el vicio que motiva esta garantía existiera ya al tiempo del contrato²⁸⁷.

La circunstancia de que el vendedor ignorara el vicio redhibitorio o no influía también sobre las cosas sobre las que se extiende la garantía redhibitoria: si lo ignoraba, el vendedor debería restituir el precio recibido pero sin tener que reparar daños²⁸⁸; si tenía conocimiento, situación a la que se asimilaría también el no tener conocimiento formal pero contar con un justo motivo para sospecharlo, se obligaba además a reparar los daños y perjuicios ocasionados, ya que la omisión del vendedor pudiera tacharse de dolosa.

²⁸⁵ No obstante, si aun conociendo el comprador el vicio se hubiera estipulado la responsabilidad del vendedor, no podría éste alegar el conocimiento del vicio (D. 21. 4. 5) para negar la acción del comprador, a no ser que por mala fe de éste el vendedor pudiera oponer a la reclamación de aquél la excepción de dolo.

²⁸⁶ Situación ya contemplada en Digesto 21. 14. 9.

²⁸⁷ Si el vicio en la cosa vendida era sobrevenido, puesto que la cosa quedó a riesgo del comprador, el vendedor no respondía del mismo (D. 21. 54).

²⁸⁸ Pothier (*Op. cit.*, páginas 112-113) nos expresa algunos supuestos de responsabilidad del vendedor por todos los perjuicios irrogados en caso de vicios de la cosa vendida aun cuando los ignorara absolutamente, en virtud del ejercicio de su profesión pública que lo hace responsable de la bondad de los géneros que vende para el uso al que se les ha destinado –comerciante que vende sus propios trabajos, o un comerciante que es fabricante. Aún así, por defectuosa que fuera la cosa, si el comprador le hubiera dado un uso distinto al que estaba destinada, el vendedor sólo respondería hasta donde alcanzara la suma a que todo lo más hubiera podido ascender el perjuicio que hipotéticamente hubiera sufrido si hubiera utilizado la cosa para el uso al que estaba destinado.

Si en lugar de que el vendedor fuera un comerciante se tratara de un particular, debería restituir el precio pero sin indemnización, si bien debería ceder sus acciones al comprador para poder reclamar al fabricante que se los vendió defectuosos al vendedor particular, razón por la cual, de ceder éste sus acciones, ya no se le podría pedir la restitución del precio.

En virtud de la acción redhibitoria el comprador tiene derecho a pedir que las cosas vuelvan al mismo estado que tenían antes, esto es, que el vendedor le restituya el precio que pagó más los intereses, a menos que el juez compense estos con los frutos producidos por la cosa vendida, así como también el reembolso de todos los gastos del contrato que no fueran superfluos. El comprador habrá de restituir la cosa juntamente con los frutos, salvo que compensen el interés del precio, amén de sus accesorios. Si la cosa ya no existe sin culpa suya, no restituirá cosa alguna; si la pérdida de la cosa le fue imputable, se reducirá del precio que el vendedor le ha de restituir el valor de la cosa que hubiere perecido por su culpa, de igual manera que si la cosa se hubiera deteriorado por su culpa. Todo ello con base en la equidad y a fin de evitar un posible enriquecimiento injusto.

Dentro de la acción redhibitoria se pueden apuntar diferencias en cuanto a la posición jurídica del vendedor y del comprador, puesto que es indivisible por lo que al comprador se refiere, de modo que sus herederos deberían ejercerla conjuntamente²⁸⁹, y sería divisible en cuanto al vendedor, ya que a sus herederos el comprador les podría reclamar a cada uno de ellos su porción correspondiente en el precio. Por otro lado, mientras que el vendedor puede ser forzado a devolver el precio, el comprador no lo está a devolver la cosa vendida, si bien en este caso el vendedor quedaría exonerado de la restitución del precio²⁹⁰.

Cuestión interesante que se planteó fue la relativa a los efectos de la redhibición cuando el vicio recae sobre una sola de las cosas que comprende la compraventa efectuada. Al respecto, habría que distinguir la cualidad de la cosa viciosa en relación con la totalidad: si el vicio existe en la cosa principal y no en las accesorias, la redhibición de la cosa principal

²⁸⁹ No podría cada heredero del comprador ejercer la acción por la parte que le corresponda pues, de ser así, perjudicaría gravemente al vendedor si se le obligara a tomar la cosa vendida parcialmente.

²⁹⁰ En este sentido, D. 21. 29.

arrastra a las accesorias; si el vicio radica en alguna de las cosas accesorias, la redhibición sería parcial, esto es, con relación a la cosa que tuviera el vicio. Ahora bien, si las cosas vendidas todas tienen la misma importancia, será preciso examinar si fueron vendidas como un todo, en cuyo caso la redhibición será total, o fueron vendidas como independientes, situación en la que la redhibición sería atinente a la parte que tuviera el vicio oculto, siempre que no fuera entendida decisiva por sí sola con relación al resto de las cosas vendidas²⁹¹, razón por la cual el vendedor se obligaría a restituir solamente el precio correspondiente, según tasación efectuada sobre la totalidad del precio.

El vendedor podría defenderse de la acción redhibitoria interpuesta por el comprador oponiendo el pacto convenido según el cual el primero resultaba exonerado de dicha garantía –*exceptio pacti conventi*–, siempre que el vendedor no hubiera actuado de mala fe al tiempo de concertarlo pues, de ser así, dicha excepción interpuesta por el vendedor podría contar con la réplica del comprador basada en el dolo del primero. Además, el vendedor podría alegar la inactividad del comprador en su reclamación una vez transcurrido el tiempo que la ley permite para oponerse a la acción del comprador: el Derecho Romano establecía el plazo de seis meses hábiles, si bien el Derecho consuetudinario francés redujo dicho lapso considerablemente, ya cuarenta días para el ganado caballar y vacuno, o bien en otros casos, hasta nueve u ocho días²⁹².

Los vicios redhibitorios facultan al comprador a ejercitar también, a su elección, la acción estimatoria o *quanti minoris* , en virtud de la cual podía exigir del vendedor la restitución de la parte del precio excedente en atención al vicio que la cosa comprada tenía.

²⁹¹ Incluso aunque se hubieran designado precios independientes en las cosas vendidas puede suceder que, en atención a su calidad, la acción redhibitoria tendría efecto por el todo (D. 21. 34. 1).

²⁹² La *Coutume de Bourbonnois* limitó el plazo a ocho días. La costumbre del lugar en las zonas de vendimia, práctica realizada en Francia por el mes de septiembre, era que la acción redhibitoria en caso de toneles fustados no debía pasar del día de San Andrés, 30 de noviembre.

Así como esta acción podía ejercerse en los mismos supuestos y con las mismas excepciones que ya se han visto para la acción redhibitoria, mientras que el Derecho Romano establecía un plazo de prescripción de un año, el Derecho consuetudinario francés lo fija en los mismos plazos señalados para la acción redhibitoria.

El **Código civil francés**, en clara sintonía con los precedentes históricos del Derecho francés que hemos analizado, nos presenta una regulación bastante completa y establece claramente cuáles son los requisitos y consecuencias jurídicas de la venta con vicios ocultos, regulada en el párrafo II (De la garantía de los vicios de la cosa vendida), Sección III (De la garantía), Capítulo IV (De las obligaciones del vendedor), Título VI (De la venta), Libro III (De las diferentes maneras por las que se adquiere la propiedad).

La regulación resultante es fruto de los antecedentes del Derecho Romano así como del Derecho consuetudinario francés, lo cual genera un texto completo y bastante detallado en torno al reconocimiento de la responsabilidad para el vendedor en caso de vicios ocultos, sus requisitos y consecuencias jurídicas.

Así es, el artículo 1641 del *Code* introduce como regla general la responsabilidad del vendedor por los vicios ocultos de la cosa vendida que la hacen impropia para el uso al que se la destina, o que lo disminuyen tanto que, de haberlos conocido, el comprador no la hubiera adquirido, o hubiera dado un precio menor. Responsabilidad que subsiste, incluso, cuando el vendedor no los hubiera conocido, salvo que en este caso –buena fe-, se hubiera pactado que él no se obligaría a ninguna garantía, a tenor del propio artículo 1643. Por tratarse de una responsabilidad sobre los vicios ocultos de la cosa vendida, no se aplicará en el supuesto de vicios que sean aparentes o de los que el comprador hubiera podido conocer

él mismo, a tenor del artículo 1642²⁹³. Tampoco tiene lugar la acción resultante de los vicios redhibitorios en el supuesto de las ventas judiciales, según concluye el artículo 1649, que cierra este párrafo II de la Sección III del Capítulo IV del Título VI del Libro III.

El comprador contará con la opción entre devolver la cosa y hacerse restituir el precio –acción redhibitoria-, o bien conservar la cosa y hacerse devolver una parte del precio, a juicio de los expertos –acción estimatoria o *quanta minoris*-, de conformidad con el artículo 1644. Si el vendedor conocía los vicios de la cosa vendida –mala fe-, además de la devolución del precio recibido, se obligaba a reparar al comprador todos los intereses y daños ocasionados, en tanto que si los ignoraba –buena fe-, no resultará obligado frente al comprador sino a la devolución del precio y a rembolsar todos los gastos ocasionados por la venta, según se colige de los artículos 1645 y 1646²⁹⁴ de dicho Código civil.

También se contemplan otros efectos jurídicos derivados de la venta de la cosa viciosa, puesto que si perece como consecuencia de la mala calidad, la pérdida la asume el vendedor, que se obligará frente al comprador a la restitución del precio y de las demás indemnizaciones explicadas en los preceptos anteriores; sin embargo, si la pérdida de la cosa es fortuita, el comprador la asume, toda vez que, como sabemos, *res perit domino*, y el comprador es el propietario de la cosa vendida –artículo 1647.

²⁹³ Con fecha posterior, se introduce un artículo 1642, 1 que trata sobre la venta de un inmueble con vicios en la construcción.

²⁹⁴ El artículo 1646, 1, contempla el supuesto de venta de un inmueble por construir, en la que el vendedor asume también las obligaciones que los arquitectos, empresarios y otras personas vinculadas al maestro de obras tienen ellos mismos en virtud de un contrato de arrendamiento de obra.

La acción derivada de la venta con vicios redhibitorios habrá de ser ejercitada por el adquirente o comprador en un breve plazo, que no se cuantifica específicamente, sino que dependerá de cuál sea la naturaleza de los vicios redhibitorios y el uso del lugar donde la venta hubiera sido realizada, en virtud del artículo 1648 del Código.

II. 3. Codificación del Derecho civil español

II. 3. 1. El Proyecto de Código civil de 1851 y las Concordancias de García Goyena.

Sólo a partir del Real Decreto de 19 de agosto de 1843 que crea la Comisión general de Códigos podemos entender que la codificación civil española toma visos de seriedad pues, hasta entonces, no contamos sino con intentos embrionarios y muy personalistas que estaban condenados de antemano al fracaso. Dicha Comisión, compuesta por diecisiete miembros y presidida por Manuel Cortina, se divide en varias secciones, una de las cuales redactó el primero, segundo y parte del tercer libro de un pretendido proyecto de Código civil. Tales trabajos pasaron bajo el tamiz de una segunda Comisión²⁹⁵ que sustituyó a la anterior, compuesta por seis vocales entre los que se encontraba Florencio García Goyena. El proyecto de Código civil quedó en manos de cuatro miembros²⁹⁶ y a los cuatro años y medio el Proyecto había sido concluido.

²⁹⁵ Nombrada por Real Decreto de 11 de septiembre de 1846 y encargada de redactar los Códigos civil, procesal civil y procesal penal.

²⁹⁶ García Goyena, Antón de Luzuriaga, Bravo Murillo y Sánchez Puig.

El Proyecto sigue con fidelidad el Código civil francés, no sólo en su sistemática y orden de las materias, sino también en la reproducción literal de muchos de sus preceptos, lo cual no quiere decir que no se incluyeran aportes del Derecho patrio, puesto que tanto el Derecho castellano, como el aragonés, navarro y catalán se hallan presentes. Aún así, el citado Proyecto no representa una verdadera recopilación de Derecho vigente, sino que adolece de una inspiración marcadamente nacional y de un exacerbado castellanismo, a pesar de que entre sus haberes se puedan esgrimir su claridad y concisión.

La importancia de este Proyecto de 1851 radica en que constituye el verdadero antecedente y precedente privilegiado del actual Código civil español²⁹⁷, tanto es así que, como muy acertadamente opina Peña y Bernardo del Quirós *"el proyecto de 1851 no es un mero intentado frustrado de codificación (...). Biológicamente, bien puede considerarse que el Proyecto de 1851 es el Código civil español en una etapa muy avanzada de su elaboración ..."*²⁹⁸.

Este Proyecto adquiere más importancia si cabe por el comentario que de él efectúa García Goyena que, en verdad, se erige no sólo en el principal impulsor de la codificación civil española, sino también en el primer gran comentarista de la mayoría de los preceptos del Código civil y, por ende, en una gran ayuda para su correcta interpretación histórica, puesto que en tales concordancias y comentarios nos aporta explicaciones sobre cada

²⁹⁷ Ya el artículo primero del Proyecto de Ley de Bases de Alonso Martínez ordenaba que se publicase como ley del reino, con las oportunas modificaciones, el Proyecto de Código civil de 5 de mayo de 1851, y ya la Base primera de la ley de 1888 rezaba que el Código tomaría como base el Proyecto de 1851, puesto que en él *"se halla contenido el sentido y capital pensamiento de las instituciones del Derecho histórico patrio"*. Tanto es así que gran parte del articulado del futuro Código se relacione con el del Proyecto, ya manteniendo su tenor, o ya introduciendo algunas alteraciones radicales que, no obstante, tomó como punto de arranque el citado Proyecto.

²⁹⁸ *Concordancias, Motivos y Comentarios del Código civil español por el Excmo. Sr. D. Florencio García Goyena*. Reimpresión de la Edición de Madrid, 1852, al cuidado de la Cátedra de Derecho Civil de la Universidad de Zaragoza. Nota Preliminar de J. L. Lacruz Berdejo (página V). Zaragoza, 1974.

artículo por separado, lo cual no fue habitual en ningún cuerpo legal de esta naturaleza, por tratarse de una verdadera interpretación auténtica de la voluntad colectiva²⁹⁹.

La proyección de esta obra se difundió en Portugal e influyó en gran medida para la redacción del Código de 1867, lo mismo que en Argentina como libro de consulta de Dalmacio Vélez Sarsfield para redactar el Código civil de 1869, así como se convirtió en uno de los materiales de referencia en la redacción del Código civil uruguayo de 1868 y en la del Código civil guatemalteco de 1877.

El Proyecto contempla la regulación del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa en sus artículos 1406-1428, sobre cuyo contenido y las concordancias que realiza al respecto García Goyena establecemos las siguientes precisiones:

Se afirma la responsabilidad general del vendedor por vicios ocultos de la cosa vendida que la hagan impropia para su uso o lo disminuyan, de modo que si el comprador los hubiera conocido, o no habría comprado, o habría pagado menos. Responsabilidad no aplicable cuando los defectos fueran manifiestos o, sin serlo, el comprador los pudo conocer

²⁹⁹ Según opinión del maestro Lacruz Berdejo (Nota preliminar de la obra citada, página X).

En semejante labor el autor se sirve de los Códigos extranjeros que fueron tenidos en cuenta en su redacción (Francia, Holanda, Vaud, Luisiana, Austria, Prusia, Baviera, Nápoles y Cerdeña), transcribe los preceptos citados como análogos o precedentes, señalando analogías y diferencias y razonando su inclusión, establece la relación entre el precepto en ciernes y las fuentes romanas y españolas, así como se explica el por qué de una regulación determinada confrontándola con otras posibles.

La bibliografía utilizada por el autor es escasa, puesto que García Goyena, más que un científico, fue un abogado brillante y agudo, influyente en la política de su tiempo por su talante moderado y honesto.

en función de su oficio o profesión³⁰⁰. Incluso, si el vendedor ignorase los vicios está obligado a sanear, a no ser que se hubiera pactado lo contrario para este caso en que el vendedor desconociera los vicios de la cosa vendida, siendo una novedad con respecto a otros Códigos que se especificase de manera expresa esta irresponsabilidad del vendedor cuando ignorara los vicios o defectos pues no se podía admitir la excusa de responsabilidad en virtud de pacto suscrito mediando dolo por parte del vendedor³⁰¹.

El comprador de una cosa con vicios ocultos cuenta con la elección entre la separación del contrato con el abono de los gastos de éste si los hubiera abonado, o bien rebajar una cantidad proporcional del precio a juicio de los peritos. De optar por la rescisión si el vendedor no manifestó los vicios de la cosa que conocía –mala fe-, el comprador tendría derecho, además, a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos. Se acude a la concesión de la opción al comprador entre la acción redhibitoria o la estimatoria y en el segundo párrafo de este artículo 1408 se deslinda entre el vendedor de buena y mala fe pues sólo este último, en cuyo caso también se incluye quien por razón de su arte u oficio debiera conocer el vicio, se obliga además a reparar los daños y perjuicios causados³⁰².

³⁰⁰ Regla general contemplada en el artículo 1406 del Proyecto, en cuyo comentario García Goyena alude tanto a precedentes del Derecho Romano (D. 21. 1. 1. 2 y 8; 21. 1. 18; 21. 1. 11. 6 y 14; 21. 1. 18; 21. 1. 48. 3; 21. 1. 55), como de las Partidas (leyes 63, 64 del Título V, Partida V) y normas de otros Códigos de la época (1641 y 1642 del *Code*, 1648 y 1649 del Código de Cerdeña, 1541 y 1542 del Código holandés, 1172 del Código de Vaud, 2496 y 2497 del Código de Luisiana, 1486 y 1487 del Código de Nápoles).

³⁰¹ Algunos Códigos contemporáneos no remarcaban la apostilla señalada en el artículo 1407 del Proyecto, si bien hubiera de sobreentenderse para no amparar y cobijar al dolo (artículo 1643 del *Code*, 1650 del Código de Cerdeña, 1488 del Código napolitano, 1542 del Código de Holanda, o 1173 del Código de Vaud).

³⁰² Se señalan como concordancias y antecedentes textos romanos (D. 21. 1. 18, 21 y 60; 21. 1. 23, 1, 9; 21. 1. 29, 2; 18. 1. 45 y 13; 21. 1. 27; 19. 2. 13; 19. 2. 1. 1 y 23; 21. 1. 1; 18. 1. 43. 2; 44. 2. 25. 2), textos patrios (leyes 63 y 64, Título V, Partida V) y europeos (artículos 1644-1646 del *Code*, 1651-1653 del Código sardo, 1489-1491 del Código napolitano, 1174-1176 del Código de Vaud, 1543-1545 del Código holandés, 2509 del Código de Luisiana).

La pérdida de la cosa vendida por efecto de los vicios tiene distinto tratamiento y consecuencias jurídicas según que éstos fueran conocidos o ignorados por el vendedor, agravándose la responsabilidad si tuviera conocimiento de ellos pues, además de sufrir la pérdida en este caso, debería restituir el precio, abonar los gastos del contratos y los daños y perjuicios ocasionados; de haberlos ignorado, sólo restituiría el precio y los gastos del contrato, de haberlos asumido el comprador³⁰³. De producirse la pérdida de la cosa vendida fortuitamente o por culpa del comprador, éste podría reclamar al vendedor el precio que pagó rebajado en el valor de la cosa que tenía al tiempo de perderse, pero si el vendedor actuó dolosamente debería abonarle al comprador los daños e intereses. Comenzamos a ver ya algún matiz de diferencia con el Código civil francés y otros coetáneos, pues mientras que en el *Code* el comprador en caso de pérdida fortuita asumía totalmente los riesgos por ser propietario de la cosa vendida sin contar con ninguna acción contra el vendedor, el artículo 1410 del Proyecto faculta al comprador a pedir el precio pagado con la rebaja del valor que tuviera la cosa al tiempo de la pérdida, más los daños y perjuicios ocasionados en caso de mala fe del vendedor³⁰⁴.

Otra diferencia marcada entre el Proyecto de 1851 y los Códigos de la época alude a las denominadas ventas judiciales pues mientras que en estos se excluye la acción redhibitoria para esta suerte de ventas, el artículo 1411 del Proyecto se aparta de dicha tendencia pues, aunque también niega la responsabilidad por daños y perjuicios al no

³⁰³ Se toman como concordancias de este artículo 1409 del Proyecto el Digesto (D. 19. 1. 13) y los artículos 1647 del *Code*, 1654 del Código sardo, 1492 del Código napolitano, 1546 del Código holandés, 1178 del Código de Vaud, o el 2510 del Código de Luisiana.

³⁰⁴ La Comisión prefiere, frente al criterio del Código francés, el que finalmente adoptó, basado en algunas fuentes romanas (D. 21. 1. 31. 11; 21. 1. 25) que mantienen las acciones del comprador aunque la cosa hubiera se hubiera deteriorado o perecido por culpa del comprador por razones de equidad pues, si el vendedor en tales supuestos quedara libre de su responsabilidad y el comprador perdiera sus acciones, podría enriquecerse a costa de aquél al ser indemnizado ante la falta cometida por el comprador, lo cual atenta contra la equidad, y más aún si hubiera actuado de mala fe.

entender que pueda existir mala fe por parte del vendedor en esta clase de ventas, sin embargo, responsabiliza al vendedor en estas ventas judiciales de todo lo demás pues, ¿cómo negarle acción de saneamiento al comprador en la venta judicial de un bien si luego resulta incierta?³⁰⁵.

Así como el *Code* francés no señala tiempo y exige de manera vaga que sea breve según la naturaleza de los vicios y la costumbre del lugar –artículo 1648-, el plazo establecido en el artículo 1412 del Proyecto para el ejercicio tanto de la acción redhibitoria como de la estimatoria se extingue a los seis meses contados a partir de la entrega de la cosa vendida, porque es a partir de ese momento cuando el comprador puede conocer los vicios o defectos de la cosa vendida y, una vez conocidos estos, parecería que no hubiera razón para diferenciar el plazo en que el adquirente haya de manifestar su voluntad y ejercer su derecho³⁰⁶.

A continuación, el Proyecto se esmera en regular exhaustivamente por su habitualidad e importancia en la vida diaria, dado que la economía de la época era fundamentalmente agraria y rural, la venta de animales. Así, se contempla la venta conjunta de animales, ya por precio alzado o separado para cada uno de ellos, de modo que el vicio

³⁰⁵ La exclusión de la acción redhibitoria expresada en el artículo 1649 del *Code* respondía tanto a su similitud que no identidad con un texto del Digesto (D. 21. 1. 1. 3) a la consideración de que la venta judicial va tan acompañada de formalidades y exámenes que no permiten temer fraudes en el vendedor ni ignorancia en el comprador.

³⁰⁶ El Derecho Romano establecía en general seis meses para la acción redhibitoria y un año para la acción estimatoria (*Codex* 4. 58. 2; D. 21. 1. 19, 28 y 38), criterio sostenido en las Partidas (ley 65, Título V, Partida V).

El Código de Luisiana unifica el plazo de un año desde la venta para ambas acciones (artículos 2512 y 2522); el de Cerdeña habla de cuarenta días desde la entrega para venta de animales y, en general, tres meses para bienes muebles –artículo 1655; el de Vaud, cuarenta y dos días desde la entrega del bien mueble, y un año desde el otorgamiento de la escritura, si se trata de bienes inmuebles (artículo 1179).

redhibitorio de uno de ellos faculta al comprador a su redhibición y no a la de los otros, a menos que éste no hubiera comprado el sano sin el vicioso, lo cual se presumía que sucedía cuando se compraba un tiro, yunta, pareja o juego, incluso con precio individualizado para cada uno de sus integrantes. No obstante, también el comprador contará con la acción estimatoria si le conviene más, por lo que si la venta fue hecha a tanto alzado, la rebaja se hará en consideración al menor valor de todas las cosas y no por el menor valor de la cosa viciosa, y si la venta se hubiera hecho con señalamiento individualizado del precio de cada una, la rebaja se efectuará en virtud del precio de venta individualizado de la cosa viciosa³⁰⁷. Criterios estos que de la venta de animales se extiende igualmente a la venta de otras cosas³⁰⁸.

Una excepción a la obligación de saneamiento por vicios ocultos lo constituye las ventas de animales y ganados hechas en pública subasta y la de caballerías de desecho del ejército, a menos que padecieran enfermedades contagiosas, pues tales ventas estaban prohibidas y cualquier contrato sobre el particular era nulo –artículos 1415 y 1416 del Proyecto. A pesar de contar con un elenco de normas numerosas en los Códigos de la época³⁰⁹, la Comisión codificadora recabó el parecer de la Junta de Catedráticos de la

³⁰⁷ Y ello a pesar de que las fuentes romanas siguen el criterio expuesto en este artículo 1413 del Proyecto cuando se trata de ventas de animales por precio alzado, pero no cuando se ha señalado precio a cada uno de los animales (D. 21. 1. 36; 21. 1. 38. 14; 21. 34. 1 e *in fine*; 21. 1. 38. 13 y 36).

³⁰⁸ Y es que, a pesar de que la venta de animales era el caldo de cultivo habitual de la venta con vicios ocultos, por hallarnos ante una economía agrícola y rural, las mismas razones de equidad y presunta voluntad de las partes se conjugan también para las ventas de otras cosas distintas de los animales, motivo por el que el artículo 1414 del Proyecto realiza esta extensión a otro tipo de ventas.

³⁰⁹ Muy profusa resultaba la literatura de los Códigos al respecto: artículo 1180 del Código de Vaud; artículos 2500 y ss. del Código de Luisiana; artículos 924-927 y 932 del Código civil austriaco; párrafo 199, título 9, parte primera del Código civil prusiano; párrafo 23, capítulo 3 del libro 4 del Código civil bávaro. El Código civil no regulaba la materia sino que se remitía a la costumbre del lugar ante la diversidad reinante, si bien hubo que esperar a la Ley de 26 de mayo de 1838 para conseguir la uniformidad legislativa en este punto para toda Francia.

Escuela Superior de Veterinaria, la cual elaboró una regulación detallada que es la que se incorpora al Proyecto desde los artículos 1415 a 1428.

En efecto, se establece que aun cuando el vicio no pudiera detectarse tras un examen facultativo, se reputaría como redhibitorio, al margen de la posible responsabilidad en que hubiera incurrido el profesor que lo hubiera efectuado. El informe es tan exhaustivo que se enumeran abundantemente los vicios redhibitorios tanto del ganado caballar, incluidos el mulo y el asno³¹⁰, como del vacuno³¹¹, del lanar³¹², y el de cerda³¹³, así como el breve plazo para ejercitar las acciones correspondientes³¹⁴, que se computará desde la fecha de la entrega del animal –artículo 1424 del Proyecto.

Toda reclamación por vicios redhibitorios en venta de animales o ganado contará con el auxilio de tres peritos, nombrados uno por cada parte y un tercero por el juez en caso de discordia, para que lleven a cabo el reconocimiento oportuno –artículo 1426 del Proyecto. El comprador contará con la opción entre la acción redhibitoria y la acción estimatoria, las cuales contarán, ambas dos, con los plazos especiales señalados para venta de animales o ganados viciosos, distintos del genérico de seis meses –artículo 1428. De ordenarse la

³¹⁰ El artículo 1418 del Proyecto las enumera de forma prolija: tiro, contramarca de edad, sobrealiento, silbido, ronquera, huérfago, hernias intermitentes, repropio o estar resabiado, amaurosis o gota serena incipiente, mala dentadura, epilepsia, fluxión periódica.

³¹¹ El artículo 1420 nos habla de no expulsar las parias, retroversión o caída del útero o vagina, tisis pulmonar, epilepsia, vicio de las vacas mamonas.

³¹² El artículo 1422 incluye la comalia o morriña, la viruela si se da alguna condición, el sanguineo o sangre de bazo, con condiciones.

³¹³ El artículo 1423 nos habla de la lepra como vicio redhibitorio.

³¹⁴ Plazos que van desde nueve a cuarenta días en el caso de ganado caballar –artículo 1419 del Proyecto, nueve a quince días para el ganado vacuno –artículo 1421-, o de nueve días para el ganado de cerda –artículo 1423 del Proyecto.

resolución de la venta el comprador deberá restituir el animal vendido en el mismo estado en el que lo recibió, y será responsable de cualquier deterioro que no proceda del vicio redhibitorio, establece el artículo 1427. En todo caso, señala el artículo 1425 del proyecto analizado que si el animal muriera a los tres días de la compra, responde el vendedor siempre que a juicio de los facultativos la enfermedad mortal existiese antes del contrato de venta.

II. 3. 2. Regulación tradicional sobre la materia en el Código civil español de 1889.

La regulación que por fin se refleja en el Código civil español recoge muchos de los antecedentes históricos señalados en el Derecho Romano, las Partidas y el Proyecto de García Goyena de 1851. No obstante, nuestra codificación introduce modificaciones sustanciales con relación a la legislación romana y medieval: hace desaparecer el doble sistema de acciones civiles y pretorias –*actio empti*, acciones edilicias- que consagraba el Derecho común, y las unifica a través de la sola vía de las acciones edilicias; crea una dualidad en el tratamiento jurídico, por un lado, de los vicios en las ventas de animales y ganados y, por otro, en el resto de los objetos; recorta los plazos de duración de las acciones por razón de los vicios; y, al igual que las Partidas, atiende al dolo del vendedor a la hora de regular las acciones edilicias³¹⁵.

Obligación complementaria y derivativa de la entrega de la cosa por parte del vendedor es la de entregarla en el estado físico que las partes presuponían al contratar. Y es que dejar de entregar la cosa es el caso más claro del incumplimiento contractual, tal como

³¹⁵ MORALES MORENO, A. M. *El alcance protector de las acciones edilicias*. Anuario de Derecho Civil, nº 33. 1980. Madrid, páginas 621-623.

lo prevé el Código civil alemán y ya lo apunta nuestra jurisprudencia³¹⁶, a pesar de que en nuestro Código civil se impone al vendedor una obligación específica de saneamiento en estos casos con un régimen independiente de la entrega, tanto por razones históricas, que instituían una responsabilidad ajena a la culpa del vendedor aunque con efectos limitados, como por verdaderas cuestiones de técnica jurídica³¹⁷.

Así es, la responsabilidad del vendedor por vicios o defectos³¹⁸ ocultos de la cosa vendida se refiere propiamente a defectos ocultos, que son los que no están manifiestos o a la vista³¹⁹, de manera que quedarían excluidos los que pudieran percibirse fácilmente, ya

³¹⁶ En este sentido, Sentencias del Tribunal Supremo de 20 de febrero de 1984, 6 de marzo de 1985, 6 de abril de 1989, 7 de abril y 7 de mayo de 1993 (LACRUZ BERDEJO, J. L. y OTROS. *Elementos de Derecho civil II. Derecho de Obligaciones. Volumen Segundo*. Dykinson. Madrid. 1999, página 41).

³¹⁷ Sobre su deslinde con otros preceptos del Código civil –artículos 1460, 1469-1472, MORALES MORENO, A. M. *El alcance ...*, páginas 628-630.

³¹⁸ A estos efectos, se entiende por vicio o defecto de la cosa una anomalía por la que se distingue la cosa que lo padece de las de su misma especie y calidad (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1970, en LACRUZ BERDEJO, J. L. y OTROS. *Op. cit.*, página 49).

No podemos confundir con la noción de vicio oculto la carencia de la cosa de ciertas cualidades: la falta de cualidad en el Derecho español se ha enfocado por la vía de la resolución del contrato bilateral por incumplimiento –artículo 1124, con diferencias muy notables con el régimen de los vicios ocultos, tanto en lo que a los plazos de las acciones se refiere, como a las mismas acciones que derivan. Sin embargo, un sector doctrinal italiano (Rubino, Martorano) se pronuncian por la unificación del régimen jurídico entre el vicio y el defecto de calidad. Al respecto, BADENES GASSET, R. *Op. cit.*, páginas 698-701.

El vicio constituye una anomalía que no se confunde con la pertenencia a un género o especie diversos de los pactados, ni con la cualidad diversa de la expresa o implícitamente convenida.

Sobre la concepción objetiva y subjetiva del vicio, MORALES MORENO, M. A. *El alcance protector de las acciones edilicias*, páginas 635-641.

³¹⁹ Según la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1973 entenderemos vicio no manifiesto el que no está a la vista de forma manifiesta y ostensible (ALBALADEJO, M. *Derecho civil II. Derecho de Obligaciones. Volumen segundo*. 10ª edición. Bosch. Barcelona. 1997, página 32).

por ser públicamente notorios y manifiestos, ya porque el comprador a causa de su profesión u oficio resulta estar capacitado para detectarlo –reconoscibilidad del vicio³²⁰; además tales vicios han de ser anteriores a la compra, para lo cual bastaría con que la cosa ya tuviera el germen del defecto al tiempo de la venta, aunque su desarrollo haya sido posterior, circunstancia cuya prueba correría a cargo del comprador por no contar a su favor con presunción legal alguna.

Así pues, aun cuando la responsabilidad del vendedor por vicios o defectos ocultos puede hacerse efectiva por las acciones edilicias, que más tarde analizaremos, lo cierto es que contempla un supuesto de hecho unitario e idéntico. A tenor del artículo 1484 del Código civil los vicios ocultos en la cosa vendida³²¹ afectan al deber que pesa sobre el vendedor de garantizarle la posesión útil, es decir, los vicios ocultos han de ser graves y repercutir en la cosa vendida hasta el punto de hacerla inservible o impropia para el uso

Cuando el vicio no es oculto el comprador no puede considerarse defraudado en su expectativa, pues ha consentido sabedor del estado de la cosa y, con probabilidad, lo habrá tenido en cuenta a la hora de establecer el precio.

El carácter oculto del vicio se concreta en el Código en función de los conocimientos específicos de cada comprador para descubrirlo y de la diligencia que de buena fe sea exigible a éste en la verificación de la cosa al tiempo de celebrar el contrato (MORALES MORENO, A. M. *Comentario del Código civil. Tomo II*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1993, página 957).

³²⁰ La expresión “*perito*” no significa aquí un técnico titulado, sino una persona que por su aptitud profesional cuenta con las cualidades suficientes para conocer, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de julio de 1984 (ALBALADEJO, M. *Op. cit.*, página 33).

³²¹ En la medida que el Código se refiere a la cosa vendida en general, no cabe hacer distinciones en torno a la cosa sobre la que se aplica la responsabilidad por vicios o defectos ocultos –muebles o inmuebles-, sin perjuicio de los preceptos especiales para venta de animales. En esa misma argumentativa, el artículo 1553 del Código civil lo corrobora cuando establece que son de aplicación al arrendamiento –tanto rústico como urbano- las disposiciones sobre saneamiento contenidas en la compraventa. Sobre su posible aplicación a productos envasados y a cosas objeto de propiedad intelectual, BADENES GASSET, R. *Op. cit.*, páginas 694-696.

normal al que se destina³²². Por tanto, si el comprador concede a la cosa vendida un uso especial, fuera de lo normal, sólo podrá accionar contra el vendedor cuando éste le hubiera asegurado o hecho creer expresa o tácitamente que la cosa reunía las condiciones concretas para ser utilizada de tal manera. Incluso el precepto en referencia extiende la garantía, además del supuesto en que resultara impropia para su uso al caso de que lo disminuyera, de modo como consecuencia de uno u otro el comprador hubiera rehusado la adquisición del bien o hubiera dado menos precio por él. El deber de saneamiento que impone el Código al vendedor tiene una naturaleza autónoma del deber de entregar la cosa, aun cuando se mencione junto a este deber³²³, y se justifica por la preferencia que tradicionalmente se ha venido concediendo a la protección jurídica del comprador.

La responsabilidad del vendedor por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida se genera al margen de su conocimiento o no, de su buena o mala fe, de modo que no afecta a

³²² No se trata de que la cosa sea inútil para todo uso, sino para el que motivó su adquisición, pues ha de entenderse que fue comprada para aplicarla al uso más conforme con su naturaleza y más en armonía con la actividad a la que se dedica el adquirente, de no haberse pactado nada sobre su destino. Así se expresa la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1970 (DIEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS. *Instituciones de Derecho civil. Volumen I/2*. Segunda edición. Tecnos. Madrid. 1998, página 239). No tendrá, por tanto, relevancia a los efectos de determinar si una cosa es o no defectuosa los motivos puramente personales del comprador que no hayan tenido expresión alguna en el contrato y que no coincidan con el destino normal de la cosa.

Aunque el precepto comentado no nos define los vicios redhibitorios nos ofrece un criterio orientativo para su detección, cual es la influencia sobre la función con la que cuenta la cosa al disminuir o impedir la función de la cosa comprada.

Sobre los criterios doctrinales en la interpretación del artículo 1484, objetivo y subjetivo, MORALES MORENO, A. M. *El alcance protector de las acciones edilicias*, páginas 646-648.

El mismo autor nos propone un concepto más extenso del vicio redhibitorio como la ausencia de alguna cualidad presupuesta razonablemente en la cosa que, disminuyendo la utilidad que a la misma en el contrato se atribuye, determina en ella un menor valor –página 655 de “*El alcance ...*”.

³²³ Volveremos sobre este punto al tratar el tema correspondiente a la naturaleza jurídica del saneamiento por vicios.

la calificación del defecto como causa de saneamiento, puesto que la responsabilidad no se basa en el conocimiento de los mismos sino en el hecho objetivo de su existencia, de manera que el saneamiento, más bien, es un remedio que prescinde de la culpa del vendedor, aunque su existencia agrava la responsabilidad, y se relaciona con el carácter recíproco del contrato de compraventa al punto de funcionar como una sanción ante el incumplimiento que constituye su causa. No obstante, en aras de la protección de la buena fe, se reconoce la validez del pacto expreso entre las partes por el cual el vendedor resulte exonerado de responsabilidad, a tenor del artículo 1485 del Código en ciernes, pero el acuerdo será ineficaz si el vendedor conocía la existencia de los vicios pues, de concederle validez, se tutelaría y otorgaría carta de naturaleza al comportamiento doloso del comprador, ya activo o pasivo. Es decir, al igual que sucede en el caso de evicción, nos encontramos ante un elemento natural predicable de toda compraventa que, como tal, puede ser derogado por la voluntad de las partes excepto si el vendedor fuera consciente del vicio –mala fe.

Las consecuencias jurídicas del saneamiento por vicios ocultos, a menos que el comprador renuncie al derecho a ser saneado, se contemplan en el artículo 1486, en cuya virtud el comprador podrá optar entre la rescisión total del contrato con derecho a ser reembolsado por los gastos que pagó –acción redhibitoria³²⁴-, o bien una rescisión parcial consistente en una rebaja proporcional del precio pagado sobre la base del menor valor que

³²⁴ Sobre la naturaleza de la acción redhibitoria, podemos calificarla por su función de acción rescisoria, pues trata de evitar al protegido un perjuicio resultante del juego normal de la ley. Obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato, con sus frutos, y del precio con sus intereses, por lo que sólo podrá ejercitarla el comprador si está en condiciones de devolver la cosa.

El hecho de que el vendedor deba abonar al comprador los gastos que pagó no se basa en la culpa in contrayendo del vendedor, puesto que actúa de buena fe, sino más bien en la conveniencia de distribuir el riesgo que implica el defecto de la cosa. Comprendería los gastos realizados para la celebración del contrato que sean necesarios de acuerdo a lo pactado, a los usos o la ley. MORALES MORENO, A. M. *Comentario ...*, páginas 959 y 960.

la cosa tiene como consecuencia del vicio que padece –acción estimatoria³²⁵. A pesar de que la ley faculta al ejercicio indistinto de ambas acciones³²⁶, en la práctica, el comprador elegirá la acción redhibitoria cuando la cosa es completamente no apta para el uso al cual era destinada, en tanto que optará por la estimatoria cuando el uso de la cosa ha disminuido. Todo ello sin excluir las posibles acciones a favor del comprador basadas en los vicios del consentimiento, que se regirán por las reglas generales de la contratación³²⁷. En todo caso, si el vendedor no manifestó al comprador la existencia de los vicios ocultos a pesar de conocerlos –mala fe-, se permitirá a este último, además de la facultad de elección entre una u otra acción, exigir la indemnización de los daños y perjuicios correspondientes

³²⁵ Permite esta acción mediante la rebaja del precio un reajuste en la equivalencia de las prestaciones del contrato. De no existir módulos pactados para llevar a cabo el reajuste, se realizará mediante la reducción del precio estipulado en la misma proporción que en el mercado sea menor el precio de los objetos con ese defecto, comparados con los que carecen del él. El reajuste practicado por peritos pretende instaurar un reajuste objetivo.

Realizada la elección, deviene irrevocable una vez pronunciada sentencia firme sobre la acción propuesta, a menos que habiendo optado por la acción estimatoria, fuera imposible su cumplimiento, por analogía con el artículo 1124, 2º del Código, según ha sostenido el Tribunal Supremo en Sentencias de 10 de febrero de 1956 y 4 de febrero de 1959 (LACRUZ BERDEJO, J. L. y OTROS. *Op. cit.*, página 50).

³²⁶ El Tribunal Supremo en Sentencia de 25 de enero de 1957 rechaza que el ejercicio de la acción redhibitoria dependa de la gravedad de los defectos de la cosa vendida, y niega que se pueda negar al comprador el derecho de opción pues nadie mejor que él sabrá si las cosas adquiridas colman el cometido para el que fueron adquiridas, en MORALES MORENO, A. M. *El alcance protector de las acciones edilicias*, página 632.

Aunque se consideran acciones distintas, si una de ellas ha sido rechazada por los tribunales, operaría la excepción de cosa juzgada para la otra, pues el motivo del rechazo de la primera –inexistencia de vicios ocultos- es común a la segunda acción.

Es compatible, sin embargo, el derecho a pedir la rescisión o la rebaja del precio con la indemnización de daños o perjuicios (BADENES GASSET, R. *Op. cit.*, páginas 712 y 713).

³²⁷ Así, por ejemplo, la acción indemnizatoria del artículo 1101 del Código civil, o la resolutoria del 1124, cuyo plazo de prescripción será el de quince años y no el de seis meses, pues el Tribunal Supremo – 22 de marzo de 1984, 6 de marzo de 1985 y 15 de julio de 1987- sostiene la compatibilidad entre esta última y las acciones edilicias por tratarse de un concurso alternativo de acciones (LACRUZ BERDEJO, J. L. y OTROS. *Op. cit.*, página 50).

en caso de optar por la rescisión, puesto que si opta por la rebaja en ella ya se habrían tenido en cuenta los daños y perjuicios sufridos y, por ende, se compensarán con ella. Estamos ante una acción general por dolo *in contrahendo*, independiente, con un régimen de actuación distinto al de las acciones edilicias en cuanto al supuesto, efectos y plazo de prescripción, lo cual justifica plenamente que el comprador pueda ejercitar ésta sin hacer uso de aquéllas.

También se contemplan con carácter especial los efectos de la pérdida de la cosa vendida como consecuencia de los vicios ocultos, puesto que ya no puede disolverse el contrato devolviendo el comprador la cosa, pérdida que será soportada por el vendedor, por lo que se obligará a restituir el precio y abonar los gastos del contrato asumidos por el comprador³²⁸, aun cuando el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos, puesto que si los hubiera conocido, ve agravada su responsabilidad y responderá además por daños y perjuicios, tanto si el comprador ejercita la acción redhibitoria, como la estimatoria, conforme establece el artículo 1487 de dicho Código. No obstante, si la pérdida de la cosa vendida con vicios ocultos perece por caso fortuito o culpa del comprador y no a causa del vicio oculto, éste podría reclamar del vendedor la diferencia existente entre el precio pagado y su valor al tiempo en que se perdió³²⁹ puesto, que al haberse destruido por dicha

³²⁸ El precepto sólo nos habla de la acción redhibitoria y, dado que el riesgo de pérdida lo soporta el vendedor, el comprador queda exonerado de restituir la cosa si se perdió totalmente por efectos de los vicios y se impone al vendedor la obligación de devolver el precio. En cuanto a la acción estimatoria, el precepto no la contempla porque, al imputarse al vendedor el riesgo de la cosa perdida, carece de sentido el ejercicio de esta acción. El comprador, en el seno del principio de la buena fe contractual, debería comunicar al vendedor la situación lo antes posible al objeto de evitar la producción de daños mayores (MORALES MORENO, A. M. *Comentario ...*, página 963).

³²⁹ La acción redhibitoria no es posible en su ejercicio puesto que el comprador no está en condiciones de restituir la cosa al vendedor; sí que será posible ejercitar la acción estimatoria, pues el hecho de que el comprador haya de asumir el riesgo no crea un obstáculo para pedir al vendedor la rebaja del precio. La diferencia entre el precio pagado y el valor de la cosa al tiempo de perderse constituye la medida del perjuicio sufrido por el comprador y, además, la expresión de la cantidad con la que el vendedor se enriquece a costa del comprador, razón por la que el Código considera en tal cantidad lo que el comprador puede reclamar al vendedor. Aun cuando el Código no lo dice y, por

causa, ya no se puede devolver y recobrar el precio que se dio, al margen de que si el vendedor hubiera actuado con mala fe por conocer los vicios que afectaban a la cosa vendida verá agravada su responsabilidad y deberá responder además por los daños y perjuicios infligidos al comprador, según reza el artículo 1488 del Código comentado. El cometido de esta regla, que ha de ser interpretada juntamente con el artículo 1487, es determinar el ejercicio del saneamiento sin imputar al vendedor los riesgos que no le corresponden, por lo que sólo le atribuye el riesgo del menor valor de la cosa consecuencia del vicio presumiendo que el deterioro de la cosa anterior a la pérdida es consecuencia del vicio y no de otras causas.

A diferencia de lo preceptuado en el Código civil francés y siguiendo la tendencia ya marcada en el Proyecto de 1851, la responsabilidad del vendedor por vicios o defectos ocultos también opera en las ventas judiciales, si bien nunca se extenderá a la indemnización por daños y perjuicios, con arreglo al artículo 1489 del Código civil español, puesto que a la buena fe real se equipara la presunta en el supuesto de una venta judicial³³⁰. Salvo esta excepción concreta, en las ventas judiciales habrá lugar a todas las acciones y efectos ya expuestos, puesto que las modificaciones que introduce en la venta la intervención del juez no privan de razón para que subsista la obligación del saneamiento para el vendedor y, además, limitar las garantías para el comprador en esta clase de ventas haría menos viable la ejecución de los bienes de los deudores, medida que no sólo

tanto no será necesario, concurren las mismas razones aquí que en la fijación del alcance de la acción estimatoria para la conveniencia de la intervención del juicio de peritos.

³³⁰ Entenderemos por venta judicial a estos efectos aquella en que interviene el juez y se realiza contra la voluntad del vendedor. La razón de ser del precepto estriba, por un lado, en el ambiente de publicidad que rodea a esta suerte de ventas y, por otro, en que al ser el juez y no el vendedor quien lleva a cabo la venta, no podemos hablar de mala fe de este último, único caso en que sería posible la responsabilidad por daños y perjuicios. Al respecto, BADENES GASSET, R. *Op. cit.*, página 713.

Aún así, la regla del precepto comentado no puede pretender exonerar al vendedor de la responsabilidad por dolo, sino más bien excluir la responsabilidad prevista en el artículo 1486, 2º ya analizado.

perjudicaría al comprador, sino también al mismo deudor y sus acreedores. El ejercicio del saneamiento compete al rematante y procedería contra el deudor ejecutado, quien debería restituir el precio o la diferencia de valor, según se hubiera ejercitado la acción redhibitoria o estimatoria.

El plazo de las acciones para reclamar el saneamiento por vicios ocultos se extingue a los seis meses³³¹ contados desde la entrega de la cosa vendida³³², tal como establece el artículo 1490 del Código civil, aun cuando dicho plazo no se aplica cuando juntamente con dicha acción se ejercita alguna otra sin plazo especial preceptivo³³³. La cosa ha podido entregarse en buenas condiciones y deteriorarse más tarde en manos del comprador, lo

³³¹ La jurisprudencia se ha mostrado vacilante en torno a la naturaleza del plazo señalado, ya de prescripción, ya de caducidad, si bien la última jurisprudencia se pronuncia con la mayoría de la doctrina por considerarlo como un plazo de caducidad que no admite interrupción en su transcurso. Así las Sentencias del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 1965, 7 de mayo de 1981, 12 de marzo de 1982, 26 de septiembre, 19 de diciembre de 1984, 11 de marzo de 1987 y 16 de noviembre de 1992 (ALBALADEJO, M. *Op. cit.*, página 36 y LACRUZ BERDEJO, J. L. y OTROS. *Op. cit.*, página 52).

Aún así, las partes podrían prorrogar o abreviar el término de caducidad para el ejercicio de las acciones, puesto que nos hallamos ante normas dispositivas y no imperativas. De la misma manera que se puede aumentar, disminuir o excluir la garantía del saneamiento por vicios ocultos, se podría modificar el plazo de caducidad. Ya intuimos aquí uno de los grandes problemas que se pueden presentar y la condición de inferioridad en la que puede quedar el comprador en la defensa de sus derechos. Nos remitimos al apartado correspondiente a la crisis de la figura en el siglo XX.

³³² Entiéndese por entrega la real y física y no la ficticia, pues sólo desde aquel momento es posible conocer los vicios, según la Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1995 (ALBALADEJO, M. *Op. cit.*, página 36). No obstante, otra jurisprudencia establece que el plazo empieza a contar cuando han cesado las reclamaciones del comprador o las discusiones entre los contratantes a causa del vicio oculto (Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de noviembre de 1958 y 26 de septiembre de 1984), o desde la fecha del mismo conocimiento de los vicios (Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de julio de 1994), en LACRUZ BERDEJO, J. L. y OTROS. *Op. cit.*, página 51.

³³³ La no aplicación de este plazo por ejercicio también de alguna otra acción significaría que concurriera en el mismo caso algún otro defecto de la cosa que, dando lugar no a un vicio redhibitorio, sino más bien a un propio incumplimiento –*aliud pro alio*–, tuviera un plazo de reclamación distinto a los seis meses. Así, Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 1995 (ALBALADEJO, M. *Op. cit.*, página 36).

cual justificaría que no se puede dejar expuesto al vendedor por tiempo indefinido o un tiempo prolongado, cuando precisamente el transcurso del tiempo dificulta en gran medida la comprobación de los hechos, razón por la que el legislador siempre ha concedido unos plazos breves de reclamación para propiciar la seguridad jurídica de las transacciones. El silencio del Código en torno a la carga de denunciar los vicios nos permite entender que no es requisito previo la carga de denuncia los vicios para poder ejercitar las acciones de saneamiento, aun cuando la falta de denuncia podría acarrear que no fuera asumible para el vendedor de buena fe el riesgo de un mayor deterioro de la cosa que, por el paso del tiempo sin tomar remedios, hayan producido los vicios.

Del análisis e interpretación conjunta de los artículos 1491 y 1492 del mismo Código se deduce que aun cuando en el caso de que dos o más cosas se vendieran conjuntamente, ya se hubiera fijado el precio global o individualizadamente para cada cosa, el vicio redhibitorio sólo daría lugar a la redhibición parcial de la cosa o cosas afectadas por los vicios ocultos³³⁴, dicha solución no sería de aplicación cuando se demostrara que el comprador no hubiera comprado la cosa o cosas sanas sin las viciosas, por ser éstas determinantes³³⁵. Aun así, cuando se compra un tiro, yunta, pareja o juego, se presume *iuris*

³³⁴ El hecho de que se regule con antelación la venta conjunta de animales respecto de la de cosas se debe a la mayor frecuencia práctica del supuesto, cuando lo más oportuno hubiera sido regular la venta conjunta de cosas por estar allí comprendidas también los animales.

El fundamento de los preceptos en juego puede explicarse como criterio favorable al mantenimiento del contrato, limitando la rescisión a lo necesario para la protección del comprador, o bien por el criterio favorable a la división del objeto de la obligación si éste es divisible. Con arreglo a este último, el ejercicio parcial de la acción redhibitoria por la parte de la cosa afectada por los vicios exige que el objeto sea efectivamente divisible, según la atención que haya merecido en el contrato o le atribuya ordinariamente el tráfico. La restitución del objeto se limitará a los animales defectuosos y en cuanto al precio se tendrá en cuenta el fijado en el contrato para los animales afectados y si la determinación fue conjunta se practicará una reducción proporcional (MORALES MORENO, A. M. *Comentario ...*, páginas 970-972).

³³⁵ La alusión a la voluntad del comprador no debe entenderse referida a las particulares motivaciones de éste, sino a los motivos incorporados al contrato. El Código excluye que pueda darse

tantum que el comprador no habría comprado el sano sin el enfermo, aun cuando se hubiera señalado un precio separado a cada uno de los animales. Aunque el artículo 1491 se refiere solamente a la redhibición, el comprador también cuenta en este caso con el ejercicio de la acción estimatoria, si lo estima conveniente, como se deriva del juego artículo 1499, que más adelante analizaremos.

El Código contempla reglas especiales que regulan los requisitos y efectos jurídicos del saneamiento para el caso de venta de animales o ganados. Sigue exigiendo que se trate de vicios ocultos, ya que el hecho de haberse practicado reconocimiento facultativo sin que hayan bastado los conocimientos técnicos para su descubrimiento no excluye el carácter redhibitorio del vicio³³⁶, puesto que nos hallaremos en presencia de un verdadero vicio redhibitorio en el que las acciones habrán de dirigirse contra el vendedor, sin perjuicio de la responsabilidad en que haya incurrido el facultativo en su actuación por ignorancia o mala fe³³⁷, según se deriva del artículo 1495 del Código civil. Así pues, ni cuando el vendedor encarga el peritaje del animal queda exonerado del saneamiento, si el animal tiene vicios ocultos, ni, si el peritaje negligente se realiza a instancias del comprador, éste pierde su derecho al saneamiento.

valor alguno al modo de fijarse el precio. La exclusión señalada en el artículo 1491, 1 sólo se refiere al ejercicio de la acción redhibitoria y no al de la acción estimatoria.

³³⁶ Se trata de una contraexcepción a la regla general, según la cual se excluye del saneamiento los vicios manifiestos o que estuviesen a la vista, pues se reputa como vicio oculto el que el comprador, aun siendo perito, no le fue fácil descubrirlo, por precisar para ello un examen más cualificado.

³³⁷ Si el facultativo actuó negligentemente deberá indemnizar al vendedor los gastos del contrato que éste hubiera abonado al comprador, el daño que ocasione el incremento en el deterioro de la cosa de ser evitable al descubrir el vicio, así como la ganancia que hubiera obtenido en la venta del animal ya tratado oportunamente. Con relación al comprador, debería abonarle el facultativo el menor valor del animal, si no puede ejercitar debidamente el saneamiento, así como el daño que genere el animal enfermo en otros (MORALES MORENO, A. M. *Comentario ...*, página 977).

Además, ha de tratarse de un vicio determinado por la ley o los usos locales³³⁸, quedando al margen de este régimen jurídico de responsabilidad las ventas hechas en feria o en pública subasta, así como las de caballerías enajenadas de desecho, a tenor de los artículos 1496 y 1493³³⁹. La salvedad que el artículo 1493 *in fine* realiza con “*el caso previsto en el artículo siguiente*” ha de entenderse con relación a los animales con enfermedades contagiosas, de manera que la nulidad de las ventas de animales con enfermedades contagiosas no tiene excepción en las ventas de caballerías de desecho.

El comprador contará en estos casos de ventas de animales y ganados con vicios redhibitorios con la opción entre la acción redhibitoria y la acción estimatoria: de ejercer la primera, el animal deberá ser devuelto en el estado en que fue vendido y entregado, asumiendo la culpa el comprador de cualquier deterioro debido a su negligencia y que no sea consecuencia del vicio redhibitorio³⁴⁰, pero no responderá del menor valor que el animal

³³⁸ El sistema de determinación de los vicios en las ventas de animales es objetivo, pues sólo son vicios los determinados por la ley o los usos locales: no pueden limitarse a las enfermedades infecto-contagiosas y parasitarias, y habrá que acudir al Derecho consuetudinario manifestado en los usos locales. El artículo 1496 se limita a determinar las anomalías del animal que, por su naturaleza o magnitud, constituyen vicios redhibitorios, sin que ello haya de ser entendido como un ánimo de agotar todos los elementos de hecho.

³³⁹ La limitación relativa a la venta en feria se basa en la conveniencia de fomentar las ferias y mercados y la necesidad de evitar las perturbaciones derivadas de las acciones de saneamiento.

Como el precepto no deslinda, debemos entender tanto la subasta judicial como la extrajudicial.

Lo que libra al vendedor de responsabilidad no es que las caballerías sean de desecho, sino el hecho de que tal circunstancia se exprese clara y expresamente, hasta tal punto que si no se hiciera dicha manifestación el vendedor respondería por entenderse que había procedido con dolo.

Por desecho entenderemos la descualificación total del animal vendido. El hecho de que originariamente el artículo 1493 contemplara tan solo las ventas del ejército podría justificar que la exclusión del saneamiento se limitara a las caballerías y no al resto de animales ((MORALES MORENO, A. M. *Comentario ...*, página 973).

³⁴⁰ Este artículo 1498 que plantea esta solución no agota toda la problemática que plantea el ejercicio de las acciones edilicias para el supuesto de la pérdida o deterioro del animal y coincide en su

tenga como consecuencia del progreso que haya podido desarrollar la enfermedad ni del que sea debido al caso fortuito. En contrapartida, el vendedor viene obligado a restituir el precio y abonar los gastos del contrato, incluidos los honorarios profesionales de los facultativos. La correspondiente acción redhibitoria podría ejercitarse dentro de los cuarenta días –plazo de caducidad³⁴¹- a partir de la entrega de los animales al comprador, a no ser que el uso de la localidad establezca un plazo mayor o menor. El mismo plazo de caducidad de cuarenta días o el señalado por el uso de la localidad, según proceda, contará el comprador si optara por el ejercicio de la acción estimatoria para conservar el animal con rebaja de la cantidad proporcional del precio, a juicio de los peritos³⁴². En el fondo, el plazo de ejercicio de la facultad de optar es el plazo de ejercicio de la acción estimatoria que, como sabemos, es el que señala el artículo 1496, 2º para la acción redhibitoria. Todo ello de conformidad a los artículos 1498 y 1499 del Código civil.

orientación con el criterio general de los artículos 1487 y 1488 ya analizados (MORALES MORENO, A. M. *Comentario* ..., página 980).

³⁴¹ La jurisprudencia ha declarado la naturaleza del plazo como de caducidad y no de prescripción, por lo que no admite causas de interrupción y puede ser apreciado de oficio por los tribunales (Sentencias del Tribunal Supremo de 5 de julio de 1957 y 22 de diciembre de 1971 en *Tratado de Derecho civil. Teoría y práctica. Tomo IV. Varios Autores. Bosch. Barcelona. 2003, página 81*).

Vemos que el plazo señalado de cuarenta días es mucho más limitado que el general del artículo 1490, término que regirá en defecto del que establezca el uso de cada localidad. La razón de la limitación del plazo de ejercicio de las acciones es debida a los cambios que sufre la salud del animal y el consiguiente deterioro progresivo de su estado, ante el peligro de engaños y las dificultades de prueba.

³⁴² Con esta fórmula de opción, el Código civil incorpora la oportunidad de ejercitar la acción estimatoria en las ventas de animales, si bien regule para esta clase de ventas separadamente la acción redhibitoria y la estimatoria. La opción entre una u otra acción cobra sentido en la medida que las ventas de animales, al igual que en el resto de las ventas, el supuesto de ejercicio de ambas acciones es el mismo: la existencia de un vicio oculto según es considerado por el artículo 1496, 2º, vicio que el Código denomina redhibitorio, aun cuando se trate del ejercicio de la acción estimatoria. Aunque este precepto se refiera a la acción redhibitoria, su régimen jurídico no es diferente al de la acción estimatoria del artículo 1499, lo que nos demuestra la separación histórica existente entre ambas acciones, a pesar del carácter unitario que nos presenta el régimen del Código civil. Al respecto, MORALES MORENO, A. M. *Comentario* ..., páginas 980 y 978.

Para el supuesto especial de que un animal muriese a los tres días de comprado, el vendedor respondería siempre que la enfermedad que ocasionó la muerte preexistiera al contrato de compraventa, a juicio de los facultativos, según especifica el artículo 1497 del mismo Código^{343 344}. Para una mejor comprensión del precepto, tiene que relacionarse con las reglas generales de los artículos 1487 y 1488 y, más en concreto para las ventas de animales, con lo dispuesto en el artículo 1498. En nuestra doctrina se ha sostenido que el supuesto de hecho se refiere a aquellos procesos morbosos que no se consideran vicios redhibitorios y que viene a establecer una suerte de responsabilidad objetiva que abarcaría la restitución del precio, los gastos del contrato y de asistencia al animal y los daños y perjuicios irrogados³⁴⁵, aun cuando no parece que el supuesto en ciernes, dada su escasa justificación para ello y su parca regulación, pretenda construir un caso especial de responsabilidad, pues aunque es posible en hipótesis que los usos locales no reputen como vicio una enfermedad mortal, lo lógico es que una enfermedad mortal sea considerada como una modalidad de vicio redhibitorio. El artículo *in comento* responsabiliza al vendedor del animal sin necesidad de tener que probar su conocimiento de los vicios de la cosa, más que por considerar que nos hallamos ante un supuesto de responsabilidad objetiva o ante

³⁴³ La causa de la muerte debe ser una enfermedad del animal previa a la celebración del contrato, extremo que habrá de ser probado, para lo cual será fundamental el dictamen de los facultativos, dictamen que a diferencia de lo dispuesto en el Proyecto de 1851 –artículo 1426- no tiene carácter necesario.

El Código no habla en este precepto de daños y perjuicios, pero si la enfermedad se puede catalogar como vicio redhibitorio conocido por el vendedor, éste quedará obligado a indemnizarlos, en tanto que si la enfermedad no constituyera un vicio redhibitorio, por estar a la vista y ser apreciada por el comprador en el momento oportuno, no procederá la indemnización.

³⁴⁴ La muerte del animal producida no tendría que contar como única causa la existencia del vicio redhibitorio sino que, dada la generalidad que utiliza el precepto analizado, cualquier enfermedad podría ser tenida en cuenta a los efectos de la responsabilidad (DIEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS. *Op. cit.*, página 242).

³⁴⁵ GARCIA CANTERO, G. *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales. XIX*. Edersa. Madrid, páginas 390 y 391.

una presunción de culpa, porque la gravedad del vicio permite presumir que el vendedor lo conocía, sin perjuicio de que, por tratarse de una presunción *iuris tantum*, se pueda probar lo contrario.

Se ha criticado la redacción del precepto pues debería decir que la muerte se hubiera producido a los tres días y no dentro de los tres días, pues si entendemos literalmente su tenor excluiríamos la responsabilidad del vendedor del animal que murió en alguno de los tres días inmediatos a la venta y se la impondría sin límite temporal alguno en el caso de morir más tarde. No parece ser el espíritu del legislador limitar a tres días el período de imputación del riesgo de pérdida de la cosa al vendedor. Si la muerte sucede pasados los tres días no se aplicaría la presunción legal, si bien podría probarse mediante presunciones de hecho su conocimiento por parte del vendedor.

El plazo de caducidad de cuarenta días previsto en el artículo 1496, 1º para que el comprador reclamara, establecido como regla de carácter general, podría entenderse aplicable al supuesto contemplado en este artículo 1497, el cual se contaría a partir de la compra y no de la entrega, criterio distinto al que determina el artículo 1496, según hemos tenido oportunidad de analizar con antelación.

Para cerrar la regulación sobre el particular el artículo 1494 contempla dos supuestos diferentes de nulidad del contrato que serán de aplicación preferente al artículo 1493, pues más que de supuestos donde rige el saneamiento estamos ante verdaderos casos de nulidad del contrato. En el primer párrafo se declara la nulidad de cualquier venta de ganados o animales que padezcan enfermedades contagiosas, pues tal venta versaría sobre una cosa *extra commercium*, ya que dentro de la lista que la ley o los usos locales establecen no se contempla como vicios redhibitorios las enfermedades contagiosas, dado que el contagio de enfermedades entre ganados y su posible incidencia en el ser humano adquiere la consideración de orden público. En el segundo, se contempla la nulidad del contrato de

venta de los ganados y animales cuando, si se hubiera expresado en el mismo contrato el servicio o uso para que se adquieren, luego resultarían inútiles para prestarlo, por lo que en este caso no existen razones de orden sanitario o público para anular la venta sino estrictamente individuales del comprador.

Así es, la nulidad del primer supuesto es de pleno derecho, por estar afectado el orden público y el orden sanitario, pues está concebida tal respuesta no como una sanción sino como un medio de protección de ciertos intereses generales, de manera que sería insubsanable, podría ser invocada por cualquier persona y sería imprescriptible³⁴⁶; sin embargo, el segundo supuesto se refiere a una falsa apariencia dada al negocio por medio de una falsa manifestación del vendedor sobre el uso o servicio que el animal o ganado pudiera prestar y que la realidad se encarga de desvanecer, lo cual permitiría al comprador, en hipótesis, alegar la anulabilidad del contrato en el plazo de cuatro años por adolecer de un vicio del consentimiento –error *in qualitate*³⁴⁷ o dolo-, o bien solicitar la resolución de un contrato bilateral recíproco ante el incumplimiento por el vendedor de la obligación principal por él asumida, cual era servir para un determinado uso o servicio, de forma que cuando el defecto que la cosa padezca sea de tal índole que la excluya de poder entenderse efectuado el cumplimiento debido, habrá de reputarse como una situación de cumplimiento

³⁴⁶ No obstante, esta prohibición deja de tener sentido si sobreviene la curación pues, en tal caso, ya puede ser objeto del tráfico. De ahí que la nulidad inicial del contrato no excluye la posible eficacia sobrevinida del mismo: si el contrato se consumó y la nulidad no fue invocada por las partes, no podrá alegarse la nulidad por los contratantes, dado que el interés general ya no lo justificaría (MORALES MORENO, A. M. *Comentario ...*, página 974).

³⁴⁷ El supuesto del error contemplado en este precepto es más amplio que el de las acciones edilicias en las ventas de animales al tomar en cuenta la función para la que se adquiere el animal, que se determina por el contrato según que la función se haya expresado en el contrato o no, y no de forma objetiva por la ley o los usos locales.

defectuoso o inexacto al resultar que con el vicio o defecto de la cosa es, en realidad, como si fuera otra (*aliud pro alio*)³⁴⁸.

No obstante, la regulación del Código elimina y desplaza la posible consideración del defecto o vicio en la cosa vendida como un caso de vicio del consentimiento o de cumplimiento defectuoso³⁴⁹. Aun cuando partiéramos de la hipótesis de trabajo de conjugar en este caso tanto la visión del vicio oculto, como del vicio del consentimiento o de venta de una cosa por otra, lo cierto es que las acciones serían muy diferentes en un supuesto o en otro: si como vicio oculto, la acción para resolver o rebajar el precio caduca a los seis meses –artículo 1490; si como vicio del consentimiento, la acción de nulidad que tiende a impugnar el contrato caduca a los cuatro años –artículo 1301; si, por fin, se trata de venta de una cosa por otra, una acción en la que el comprador podría elegir al amparo del artículo 1124 del Código civil entre exigir el cumplimiento o resolver el contrato, con un plazo de prescripción de quince años³⁵⁰.

³⁴⁸ Al respecto, Sentencias del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 1986, 6 de octubre de 1990, 7 de abril, 7 de mayo y 15 de noviembre de 1993, 17 de febrero, 21 de marzo de 1994, 11 de abril, 10 y 17 de mayo, 12 de junio de 1995 (ALBALADEJO, M. *Op. cit.*, página 33).

³⁴⁹ En este sentido, BERCOVITZ, R. *La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa*. Anuario de Derecho Civil. 1969, páginas 777 y ss.

³⁵⁰ Ya algunos autores (Vicente y Gella) consideraban que el artículo 1484 del Código civil no es sino una aplicación de la doctrina del error al caso específico y cerrado de los defectos de la cosa vendida y, en virtud del principio de la especialidad, procedería la preferencia del artículo 1490 –seis meses– sobre la anulabilidad del artículo 1266. Al respecto, BADENES GASSET, R. *Op. cit.*, páginas 707 y 708.

Ver también al respecto, ALBALADEJO, M. *Op. cit.*, página 34.

No obstante, el Tribunal Supremo se ha pronunciado favorable a la compatibilidad de las acciones que nacen de un mismo supuesto y acepta las peticiones de los compradores que han apoyado su demanda en preceptos legales relativos al error, dolo incumplimiento de obligaciones o resarcimiento de daños y perjuicios -1 de junio de 1982, 10 de junio de 1983, 20 de febrero y 19 de diciembre de 1984, 6 de marzo de 1985 y 15 de julio de 1987 (DIEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS. *Op. cit.*, páginas 240 y 241).

Cuestión polémica interesante es si el supuesto de saneamiento por gravámenes ocultos constituye una muestra de evicción o de vicios ocultos, aunque el Código civil lo sitúe en sede de evicción –artículo 1483³⁵¹. Al margen de los argumentos en uno u otro sentido y las posibles consecuencias jurídicas de seguir una u otra solución³⁵², parece que la jurisprudencia ha entendido que el caso señalado es más propio del saneamiento por vicios ocultos que por evicción. El comprador contará con la opción entre desistir del contrato o ser indemnizado en el plazo de caducidad de un año a contar desde el otorgamiento de la escritura, entendiéndose que, de optar por el desistimiento, también contaría con el derecho a ser indemnizado por los perjuicios que la extinción del contrato le hubiera generado, ya que la opción se le concede en beneficio suyo para que tenga mayor libertad de actuación, y no para privarle de la indemnización que pudiera corresponderle. La literalidad del precepto parecería señalar que sólo podría reclamarse indemnización en un año una vez transcurrido el primer plazo de un año para realizar la opción, incluso cuando la carga o gravamen fuera descubierta antes del transcurso completo del primero, pero la jurisprudencia (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de enero de 1985) ha reconocido más conforme con el espíritu del precepto conceder además un plazo de un año a partir del descubrimiento de la carga para solicitar la indemnización, y no contar otro año a partir del fin del primero con carácter sucesivo, como pudiera de una primera lectura del artículo reseñado, porque, de ser así, no sería el siguiente al descubrimiento del gravamen³⁵³.

II. 4. El Código civil italiano de 1865 y de 1942

³⁵¹ Ver a propósito de su exégesis LACRUZ BERDEJO, J. L. y OTROS. *Op. cit.*, páginas 46-48.

³⁵² ALBALADEJO, M. *Op. cit.*, página 38.

³⁵³ Para exigir el desistimiento del contrato el gravamen o carga ha de ser de tal naturaleza que haya de presumirse que el comprador, de haberla conocido, no habría adquirido la cosa; para solicitar la indemnización no es preciso que se presuma la no adquisición de la cosa por el comprador de conocer la carga, sino que bastaría que tal carga existiera, pues su sola presencia disminuye el valor de aquélla y tal diferencia de valor es lo que sería objeto de indemnización.

Esta interpretación es la más conforme con el Proyecto de 1851 de García Goyena.

Para la exposición de este Código hemos detraído la concordancia del decimonónico (1865) y el de 1942 en lo pertinente a los vicios ocultos.³⁵⁴ La otra garantía a la cual está obligado el vendedor es aquella que se refiere a los vicios o defectos ocultos de la cosa, que la hacen no apta al uso a que está destinada, o que disminuyen el uso, de modo que si el comprador los hubiese conocido, o no habría comprado o habría ofrecido un precio menor (artículo 1.498)³⁵⁵.

Como se sabe suficientemente “El fundamento de esta garantía se encuentra en el Derecho Romano, y propiamente en el Edicto de los Ediles, que teniendo jurisdicción sobre los mercados, establecieron reglas relativas a la venta de los esclavos y de las bestias de carga, las cuales, después fueron refundidas en el libro XXI, título I del Digesto. Las acciones dirigidas a hacer valer esta garantía se llamaron, por esto, acciones edilicias, que después fueron aplicadas por la jurisprudencia a todas las ventas, de suerte que formaron no un jus speciale, sino un verdadero y propio Derecho común”³⁵⁶.

“Las condiciones que la ley requiere para hacer valer la garantía por los vicios de la cosa vendida, son dos: debe tratarse de vicios o defectos ocultos, y éstos deben ser graves. En efecto, el artículo 1.498 habla expresamente de vicios o defectos ocultos”,³⁵⁷ y el art.

354 Al respecto hemos detraído la comparación de ambos por Degni Francisco, [trad. Francisco Bonet Ramón], *La compra=venta*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1957, p. 367 y ss.

355 Artículo 1.490 del vigente Código civil italiano de 1942.

Artículo 1.484 del Código civil español.

356 Degni, F. *op.cit.*, p. 367.

357 El artículo 1.490 del vigente Código civil italiano de 1942 se refiere a los vicios que hagan inidónea las cosas al uso a que está destinada.

1.499 añade: “el vendedor no está obligado por los vicios aparentes y que el comprador habría podido conocer por sí mismo”³⁵⁸.

Para eximir al vendedor de prestar la garantía, no sirve su buena fe, porque el art. 1.500 dice que él: “esta obligado por los vicios ocultos aunque no le fueran conocidos, excepto que se hubiese estipulado no estar obligado en este caso a ninguna garantía”, y el comprador está tutelado, aunque hubiese recibido la mercancía con una previa comprobación³⁵⁹.

“Se trata como hemos dicho, de un elemento natural de la compraventa, y por tanto, puede estipularse la cláusula de no garantía. Más al respecto es necesario ponerse de acuerdo. Tal cláusula sólo debe reputarse válida en el caso de que el vendedor ignorase los vicios, puesto que si él los conociese y ha estipulado la cláusula de no garantía, ésta no sería válida, porque tutelaría el comportamiento doloso del vendedor”³⁶⁰.

El artículo 1.484 del Código civil español se refiere a los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida.

358 Según el artículo 1.491 vigente del Código civil italiano de 1942, no es debida la garantía si los vicios eran fácilmente reconocibles, salvo que el vendedor haya declarado que la cosa esta exenta de vicios.

A tenor del artículo 1.484 del Código civil español, el vendedor no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos.

359 No existe concordancia concreta en el vigente Código civil italiano de 1942.

A tenor del artículo 1.485 del Código civil español, el vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase. (Apartado 1°).

Esta disposición no regirá cuando se haya estipulado lo contrario y el vendedor ignorara los vicios por defectos ocultos de lo vendido.

360 Degni, F., op. cit., p. 368.

“Sin embargo, si la buena fe no basta para excluir la garantía por vicios ocultos, ella sirve al vendedor para estar obligado solamente a la restitución del precio y a reembolsar al comprador los gastos hechos por causa de la venta (art. 1.503)”³⁶¹, mientras el artículo 1.502 dispone que: “Si el vendedor conocía los vicios de la cosa vendida, está obligado, además de a la restitución del precio recibido, al resarcimiento de los daños respecto al comprador”³⁶².

“Aquí la ley se refiere al conocimiento material del vicio por parte del vendedor. En cambio, si éste ha obrado dolosamente, por ejemplo, alterando fraudulentamente la mercadería, de suerte que se debe a este fraude el ya no ser aquella apta a los fines a los cuales estaba destinada, entonces se está fuera de la acción redhibitoria y sirven las normas comunes para la anulación del contrato por el vicio del consentimiento”³⁶³.

361 Según el artículo 1493, apartado 1.º, del vigente Código civil italiano de 1942, en caso de resolución de contrato, el vendedor debe restituir el precio y reembolsar al comprador los gastos y los pagos legítimos hecho por la venta.

A tenor del artículo 1.487 del Código civil español si el vendedor no conocía los vicios ocultos, debe sólo restituir el precio y abonar los gastos del contrato que hubiese pagado el comprador.

362 Según el artículo 1494, apartado 1.º, del vigente Código civil italiano de 1942, en todo caso el vendedor está obligado al resarcimiento del daño al comprador si no prueba haber ignorado sin culpa los vicios de la cosa.

A tenor del artículo 1.487 del Código civil español, si la cosa vendida se perdiere por efecto de los vicios ocultos, conociéndolos el vendedor, sufrirá éste la pérdida, y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, con los daños y perjuicios.

363 Fubini, “Del dolo dell’alienante in rapporto al disposto dell’art. 1.502 Cód. civ”. (Riv. Di Dir. Comm., 1936, 21, 481.

“El vicio ha de reputarse oculto, siempre que el comprador no ha podido descubrirlo, a pesar de la atención con que haya podido examinar la cosa. En efecto, el art. 1.499 implícitamente define como vicio aparente aquel que el comprador habría podido conocer por sí mismo, conforme a la enseñanza romana: “ad eos enim morbos vitiaques pertinere edictum aedilium probandam est, quod quis ignoravit vel ignorare potuit”³⁶⁴.

“De aquí deriva, sin embargo, a nuestro juicio, que no cesa de ser oculto el vicio cuyo descubrimiento exigiría conocimientos técnicos. Más precisamente el proyecto de reforma del libro IV define el vicio aparente como aquel que el comprador ha conocido o habría podido fácilmente conocer sin conocimientos especiales (art. 366), el artículo 1491 del vigente Código civil italiano habla de vicios fácilmente reconocibles”³⁶⁵.

El vicio debe ser grave. En efecto, el art. 1.498, “habla de vicios o defectos que hacen la cosa vendida no apta al uso a que esta destinada o que disminuyen el uso, de modo que si el comprador los hubiese conocido, o no habría comprado, o habría ofrecido un precio menor. Por tanto, es necesario que la utilidad de la cosa haya disminuido notablemente: una disminución ligera no bastaría; es preciso, en otros términos, que la cosa no tenga íntegras las cualidades necesarias para cumplir su función contractual”³⁶⁶. “Se entiende,

³⁶⁴ Fragmento 14, párrafo 10, del Digesto.

Según el artículo 1.490, apartado 1.º, del vigente Código civil italiano de 1942, el vendedor está obligado a garantizar que la cosa vendida está inmune de vicios que la hagan inidónea al uso a que está destinada o que disminuyan de modo apreciable su valor.

A tenor del artículo 1.484 del Código civil español, el vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuye de modo tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella.

³⁶⁵ Degni, F., op. cit., p. 370.

³⁶⁶ Defini, F, ob. cit., p. 371.

sin embargo, que los contrayentes podrán ampliar las garantías establecidas por la ley, atribuyendo el carácter y la importancia de redhibitorio a un defecto que está privado de las características requeridas por los arts. 1.498 y 1.505 del Código civil”³⁶⁷.

Para la tutela de la garantía debida por el vendedor por los vicios y defectos ocultos de la cosa, la ley concede al comprador dos acciones: la redhibitoria y la aestimatoria o quanti minoris. La primera tiende a obtener la resolución del contrato; la otra tiende a obtener la restitución de la diferencia del precio. En efecto, el art. 1.501 dispone: “El comprador en los casos indicados en los arts. 1.408 y 1.500 tiene la elección de devolver la cosa y hacerse restituir el precio, o de retenerla y hacerse restituir aquella parte de precio que será determinada por la autoridad judicial”³⁶⁸.

“Existe, pues, como en el Derecho Romano, un concurso electivo entre las dos acciones, mientras otras legislaciones admiten una sola acción para todas las ventas o para

³⁶⁷ Artículo 1.490 del vigente Código civil italiano de 1942; Artículo 1.484 del Código civil español.

³⁶⁸ Según el artículo 1.492 del vigente Código civil italiano de 1942, en los casos indicados por el artículo 1.490, el comprador puede pedir, a su elección, la resolución del contrato o bien la reducción del precio, salvo que, por determinados vicios, los usos excluyan la resolución. (Apartado 1.º).

La elección es irrevocable cuando es hecha por la demanda judicial. (Apartado 2.º).

A tenor del Artículo 1.486 del Código civil español, en los casos de los dos artículos anteriores, el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos. (Apartado 1.º).

Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y, además, se le indemnizará de los daños y perjuicios si optare por la rescisión. (Apartado 2.º).

Artículo 1.490 del vigente Código civil italiano de 1942.

Artículo 1.484 y 1485 del Código civil español.

las ventas de determinadas cosas; así el Código civil alemán, para las ventas de animales concede sólo la redhibitoria.

Se comprende que en la práctica el comprador escogerá la acción redhibitoria cuando la cosa es completamente no apta al uso al cual era destinada, mientras elegirá la quanti minoris cuando el uso de la cosa solamente ha disminuido”³⁶⁹.

“La ley no suministra ningún criterio para determinar cuáles sean los vicios redhibitorios y, en efecto, sería casi imposible enumerarlos, y la enumeración hubiera sido siempre incompleta. Al legislador ha bastado dar los criterios generales de los vicios redhibitorios cuando ha dicho que ellos son aquellos que hacen la cosa no apta para el uso a que está destinada o disminuyen el uso de ella”³⁷⁰.

Cuando efectuamos en el Derecho Romano la relación de cuáles podían ser los vicios redhibitorios insertamos un paréntesis a propósito del artículo 1525 del Código civil venezolano vigente, con ocasión de la venta de animales y la acción redhibitoria (ver otrora) pues bien: “solamente para las ventas de animales, el legislador italiano ha hecho una excepción a la regla de no establecer a priori cuáles sean los vicios ocultos. En efecto, el último apartado del artículo 1.505, dispone: “La acción redhibitoria en la venta de animales no tiene lugar más que por los vicios determinados por la ley o por los usos locales”. Sin embargo, la ley especial que indica este artículo no existe, de suerte que sólo ha quedado un criterio, el de los usos locales, y precisamente de los usos del lugar en que el contrato se ha celebrado, no el de aquel en que el defecto se haya manifestado. Tales usos pueden probarse con certificado del Consejo provincial de la economía corporativa y también con

³⁶⁹ Degni, F., op.cit., p. 371-372.

³⁷⁰ Degni, F., op.cit., p. 373.

testigos, pero puesto que los usos no siempre suplen los Tribunales se han encontrado muchas veces frente a graves dificultades, no pudiendo aplicar el criterio general del art. 1.498, esto es el ser la cosa no apta o menos apta al uso a que está destinada" 371.

CAPITULO III. CODIFICACION LATINOAMERICANA

Es lógico pensar que la Codificación latinoamericana, a través de la influencia ejercida por el Código civil francés, español, italiano y alemán adoptara un esquema romanístico en el tema de la venta con vicios ocultos, partiendo de la concepción modelada ya por los ediles curules en la época romana, y es que a través de los Códigos civiles chileno de 1855 y argentino de 1869 la familia del Derecho romanística comenzó a implantarse en América Latina, pues muchos otros Códigos siguieron la estela surcada por estos dos abanderados (entre otros, los de Colombia, Panamá, Honduras, Uruguay, Paraguay), como vamos a tener oportunidad de ver en algunos ordenamientos jurídicos del área que consideramos significativos y representativos, para lo cual nos vamos a ocupar del estudio de las acciones edilicias a propósito del área latinoamericana. Así, a tal fin, nos van a servir de referencia los Códigos civiles chileno, argentino, venezolano, mexicano, peruano y brasileño.

III. 1. Chile. El Código civil chileno de 1855 regula en sede de compraventa el saneamiento por vicios redhibitorios en los artículos 1857-1870. En el primero de estos preceptos se parte de una concepción amplia del concepto de acción redhibitoria, puesto que comprende la facultad con la que cuenta el comprador tanto para la rescisión de la

371 Degni, F., op.cit., p. 371.

venta como para la rebaja proporcional del precio³⁷² por los vicios ocultos redhibitorios, facultad que se refuerza en el artículo 1860³⁷³. Enumera de forma detallada las características que ha de reunir el vicio redhibitorio, aun cuando las partes pueden hacer por el contrato redhibitorios vicios que no lo son³⁷⁴: ser preexistente a la venta, ser grave³⁷⁵, y además estar oculto³⁷⁶. Responsabilidad que pesa sobre el vendedor, aun cuando hubiera resultado exonerado por pacto, de haber tenido conocimiento de ellos y no haberlos manifestado al comprador³⁷⁷.

El vendedor de mala fe queda obligado no sólo a la restitución o rebaja del precio, sino también además a la indemnización por daños y perjuicios; de ser un vendedor de buena fe por ignorar los vicios de la cosa vendida, sólo se obligará a la restitución de la cosa o la rebaja del precio, conforme establece el artículo 1861 del Código civil, que será

³⁷² Facultad que sigue manteniendo el comprador cuando la cosa haya perecido tras la perfección del contrato, aun cuando hubiera perecido en poder y por culpa de éste, a tenor del artículo 1862 del Código civil.

³⁷³ Caso especial lo constituye el previsto en el artículo 1864 del Código civil referido a la venta de dos o más cosas juntamente, por precio global o individualizado de cada una de ellas, en cuyo caso la acción redhibitoria tendrá lugar por la cosa viciosa y no por el conjunto, a no ser que resulte que no se habría comprado el conjunto sin esa cosa, como sucede cuando se compra un tiro, yunta o pareja de animales, o un juego de muebles.

³⁷⁴ Tal como establece el artículo 1863 del Código civil.

³⁷⁵ El artículo 1858, 2º indica que por ellos la cosa no sirva para su uso natural, o lo haga imperfectamente, de modo que haga presumir que, de haberlos conocido el comprador, o no hubiera comprado o lo hubiera hecho por menor precio.

Tal es así, que si los vicios no son de tal importancia, el comprador sólo contará con el derecho a la rebaja del precio, mas no a la rescisión de la venta –artículo 1868.

³⁷⁶ En este sentido el artículo 1858, 3º alude a los vicios no manifiestos por el vendedor, que el comprador haya podido ignorarlos sin negligencia grave por su parte, o que por su profesión u oficio, no pudiera conocerlos fácilmente.

³⁷⁷ No se permite pues excluir la responsabilidad del vendedor por pacto en caso de mala fe por su parte, a tenor del artículo 1859 del Código civil.

aplicable también cuando la cosa vendida ha perecido por efecto del vicio inherente a ella, según dispone el artículo 1862 *in fine*.

En cuanto al plazo de ejercicio de la acción redhibitoria, será de un año para las cosas inmuebles, y seis meses para las cosas muebles, contados desde la entrega real de la cosa, aun cuando, de haber prescrito la acción, el comprador conservará la opción de pedir la rebaja del precio y la indemnización de los perjuicios correspondientes, opción que prescribe en el plazo de un año para los bienes muebles y de un año y medio para los bienes inmuebles³⁷⁸.

No ha lugar la acción redhibitoria en las ventas forzosas hechas por la autoridad judicial, si bien en aquellos casos en que el vendedor sea de mala fe por no haber declarado los vicios que no podía o debía ignorar, el comprador contará con la acción redhibitoria más la indemnización de perjuicios correspondiente, a tenor del artículo 1865 del Código civil.

III. 2. Argentina. El Código civil argentino regula en un Título XIV aparte los vicios redhibitorios (artículos 2164-2181), de manera que en sede de compraventa sólo se incluye un genérico artículo 1414 que impone al vendedor la obligación de sanear la cosa vendida, donde amén de la responsabilidad por evicción, se contempla la responsabilidad por vicios redhibitorios de la cosa vendida.

³⁷⁸ Según la combinación que resulta del juego de los artículos 1866, 1867 y 1869 del Código civil. En todo caso el artículo 1870 del Código civil establece que si la compra se ha hecho para remitir la cosa a un lugar distante la acción de rebaja del precio prescribe en el plazo de un año desde la entrega del consignatario, más el término de emplazamiento que corresponda a la distancia.

Comienza el articulado señalado definiendo qué se entiende por vicios redhibitorios, los defectos ocultos de la cosa transmitida por título oneroso, existentes al tiempo de la adquisición, que la hacen impropia para su destino al disminuir su uso, de manera que de haberlos conocido, el adquirente no la habría adquirido o habría dado menos por ella. Vemos, pues, que la noción reseñada participa de los caracteres tradicionales de vicios ocultos³⁷⁹ y preexistentes³⁸⁰, aun cuando, en virtud de la libertad de pacto, pueden hacerse como redhibitorios vicios que no lo son, cuando el enajenante garantizara su inexistencia o la calidad supuesta por el adquirente, según expresa el artículo 2167 del Código civil.

En todo caso, las partes pueden restringir, renunciar o ampliar su responsabilidad por vicios ocultos, siempre que no haya dolo en el enajenante pues, en este caso, éste no queda exento de responsabilidad del vicio redhibitorio de que tenía conocimiento y no declaró al adquirente, a tenor de la combinación de los artículos 2166 y 2169 del Código civil.

De conformidad con los artículos 2174 y 2175 del Código civil las acciones con las que cuenta el comprador son la redhibitoria para dejar sin efecto el contrato, volviendo la cosa al vendedor, con restitución del precio pagado³⁸¹, o bien la acción para que se baje del

³⁷⁹ Ya que el enajenante queda exonerado de su responsabilidad por vicios redhibitorios si el adquirente los conocía o debía conocerlos por razón de su profesión u oficio –artículo 2170 del Código civil-, lo cual se complementa con el artículo 2173 que libera al vendedor de responsabilidad en caso de vicios o defectos aparentes.

³⁸⁰ El artículo 2168 del Código civil argentino impone al adquirente la prueba de que el vicio existía al tiempo de la adquisición pues, de no hacerlo, se juzga que sobrevino después.

³⁸¹ Cuando los adquirentes y enajenantes no son compradores y vendedores, el vicio redhibitorio sólo faculta al comprador a la acción redhibitoria y no a la estimatoria, según establece el artículo 2172 del Código civil.

Para la venta de dos o más cosas en un solo precio o individual para cada una de ellas el vicio redhibitorio de la una origina la redhibición parcial y no a la de las otras, salvo que apareciera que el comprador no habría comprado la una sin la otra, o en caso de venta de un rebaño y el vicio fuera contagioso, al amparo del artículo 2177 del Código civil.

precio el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio³⁸²; acciones que podrá intentar una u otra, pero no podrá intentar una después de ser vencido o intentado la otra.

Si la cosa se pierde por los vicios redhibitorios, el vendedor asume la pérdida y ha de restituir el precio; si la pérdida es parcial el comprador la devolverá en el estado en que se halle para ser pagado del precio que dio; si la pérdida es fortuita o culposa del comprador, éste conserva el derecho a pedir el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio. Todo ello según establecen los artículos 2178 y 2179 del Código civil argentino.

Por fin, para concluir la regulación del Código de 1869, surgido de la pluma de Dalmacio Vélez Sarsfield, se excluye de la aplicación de las acciones ya vistas con anterioridad y, por consiguiente, queda exento de responsabilidad el enajenante en el caso de las cosas adquiridas a título gratuito, así como las obtenidas por remate o adjudicación judicial, tal como señalan, respectivamente, los artículos 2165 y 2171 del Código.

III. 3. México. El Código civil mexicano de 1928 regula la materia en los artículos 2142-2162. Del juego de los artículos 2142, 2143 y 2148 podemos concluir que el enajenante en caso de contratos conmutativos se obliga al saneamiento por defectos ocultos cuando la hagan impropia para el uso al que se destina o disminuyan éste que, de haberlos conocido,

Lo dispuesto en materia de acción redhibitoria para la compra se extiende a la dación en pago, permutas, donaciones y sociedades, a tenor del artículo 2180 del Código civil.

Tal acción redhibitoria es indivisible, pues ninguno de los herederos puede ejercerla por su parte, conforme nos dice el artículo 2181 del Código civil.

³⁸² En caso de mala del vendedor, al conocer o deber conocer por razón de su oficio o profesión los vicios ocultos de la cosa vendida y no manifestarlos, el comprador tendrá, además de las acciones previstas el derecho a la indemnización de los daños perjuicios sufridos, de optar por la rescisión del contrato, a tenor del artículo 2176 del Código civil.

el adquirente no habría comprado o habría pagado menos por ella. La responsabilidad no procede cuando los defectos sean manifiestos, estén a la vista o el adquirente por razón de su oficio debía conocerlos. De no conocerlos el enajenante, sólo ha de restituir el precio y abonar los gastos del contrato. En todo caso, las partes pueden restringir, renunciar o ampliar su responsabilidad por los vicios redhibitorios, siempre que no haya mala fe, en clara manifestación del principio de la autonomía de la voluntad, a tenor del artículo 2158 del Código civil.

Han de tratarse de vicios preexistentes, cuya prueba compete el adquirente y su calificación corresponderá a los peritos³⁸³, y el adquirente podrá elegir entre la rescisión del contrato y el pago de los gastos hechos por él, o la rebaja de una cantidad del precio a juicio de peritos³⁸⁴, acciones que prescriben a los seis meses contados desde la entrega, a tenor de los artículos 2144 y 2149 del Código civil.

El perecimiento de la cosa a consecuencia de los vicios, de ser conocidos por el enajenante, conlleva que éste asuma la pérdida y restituya el precio, gastos del contrato y daños y perjuicios; si la pérdida es fortuita o por culpa del adquirente le queda a éste, sin embargo, el derecho de pedir el menor valor de la cosa por el vicio redhibitorio, a tenor de los artículos 2147 y 2160, respectivamente.

³⁸³ Tal como establecen los artículos 2156, 2157 y 2159 del Código civil mexicano.

³⁸⁴ Si hubo mala fe por parte del enajenante al conocer los defectos ocultos y no manifestarlos, el adquirente tendrá además a su favor la acción por daños y perjuicios si prefiere la rescisión; cuando aquél pueda elegir entre la indemnización o la rescisión, efectuada la elección, no podrá usar la otra sin consentimiento del enajenante. Si la enajenación se declara resuelta, debe devolverse la cosa enajenada en el mismo estado en que se entregó, siendo responsable el adquirente de cualquier deterioro que no proceda del vicio o defecto ocultos. Todo ello a tenor de los artículos 2145, 2146 y 2154 del Código civil, respectivamente.

Los vicios en la enajenación de animales cuentan con un tratamiento especial y muy detallado, tanto en lo que respecta a su enajenación conjunta, a precio alzado o individualizado, que se extiende a todo tipo de enajenaciones, la muerte inmediata a la venta del animal, como los plazos especiales para el ejercicio de la acción redhibitoria³⁸⁵.

Como suele ser habitual en las legislaciones que hemos tenido la oportunidad de analizar, no aplica el régimen del saneamiento por vicios ocultos cuando el adquirente obtuvo la cosa por remate o por adjudicación judicial, según concluye el artículo 2162 del Código civil que cierra la regulación al respecto.

III. 4. Perú. El Código civil peruano de 1984 nos muestra una regulación muy completa y exhaustiva del saneamiento por vicios ocultos, si bien con carácter introductorio incluye una serie de disposiciones generales en torno al saneamiento, artículos 1484-1490, que van desde su ámbito de aplicación, contenido, transmisión, plazos de caducidad, pactos al respecto³⁸⁶ y límites de ejercicio –se exceptúan de su aplicación las ventas forzosas.

La obligación del transferente deriva de vicios ocultos³⁸⁷ al momento de la transferencia y cuando el bien carece de las cualidades prometidas, a tenor de los artículos 1503 y 1505 del Código civil.

³⁸⁵ Según se refiere en los artículos 2150-2153 y 2155 del Código civil.

³⁸⁶ Los artículos 1519 y 1520 se refieren a la posible renuncia al saneamiento por vicios ocultos y la nulidad de la misma en caso de dolo o culpa inexcusable.

³⁸⁷ No se reputan como tales los conocibles por el adquirente –artículo 1504 del Código civil; si bien sí se contemplan los vicios ocultos en la transferencia conjunta, en bienes principales y accesorios, bienes fungibles, cargas, inexistencia de servidumbres activas –artículos 1506-1510.

Las facultades con las que cuenta el adquirente son el ejercicio de la acción redhibitoria³⁸⁸ o de la acción estimatoria³⁸⁹ –artículo 1513 del Código civil-, a su elección, cuyos plazos de caducidad son de tres meses para los bienes muebles y seis meses para los inmuebles, a tenor del artículo 1514 del Código civil.

También se regula lo atinente a la pérdida de la cosa transmitida, que asume el transferente, si es por razón de los vicios ocultos, puesto que si se debe a culpa del adquirente, aquél queda libre de responsabilidad. De perderse por caso fortuito o fuerza mayor, el transferente queda libre de responsabilidad³⁹⁰.

Las leyes especiales regirán el saneamiento por vicios ocultos en la transferencia de animales o, en su defecto, por los usos. En ausencia de normas especiales y usos, se aplicarán las reglas anteriormente previstas y analizadas del Código, sin que haya lugar al saneamiento por vicios ocultos en la transferencia de animales o ganado hecha en feria o pública subasta, a tenor de los artículos 1521 y 1522 del Código civil peruano, que cierran la regulación sobre la materia.

III. 5. Brasil. El Código civil brasileño en su nueva versión de 2002 que sustituye a la tradicional de 1916, surgida de la mano de Teixeira de Freitas con clara influencia alemana, regula los vicios redhibitorios en la Sección V, Capítulo I, Título V, del Libro I de la Parte Especial, en los artículos 441-446.

³⁸⁸ Tal como establecen los artículos 1511 y 1512 del Código civil, donde además de reconocer la acción redhibitoria se señalan los efectos resolutorios en caso de ser estimada la demanda (valor del bien, intereses legales, gastos o tributos, frutos, daños).

³⁸⁹ Si los vicios son de poca importancia, cabe que el transferente ofrezca su subsanación, de ser posible, pero si la oferta se rechaza por el adquirente, éste sólo puede ejercer la acción estimatoria y no la redhibitoria, según afirma el artículo 1515 del Código civil.

³⁹⁰ Todo ello a tenor de los artículos 1516-1518 del código civil.

Comienza la regulación estableciendo el ámbito de aplicación de la materia, la cosa recibida en virtud de un contrato conmutativo o donación onerosa con vicios o defectos ocultos que la tornen impropia al uso a que está destinada, o la disminuyan de valor. Subsistirá la responsabilidad del transmitente en caso de pérdida de la cosa en poder del adquirente, si la pérdida se produce por el vicio oculto ya existente al tiempo de la tradición, según concluye el artículo 444 del Código civil.

El adquirente contará con la facultad de restituir la cosa³⁹¹ o de pedir una rebaja en el precio, en virtud de los artículos 441 y 442 del Código, acciones que podrá ejercitar en el plazo de treinta días, si es mueble, o un año, de ser inmueble, a contar desde la entrega efectiva del bien, plazos susceptibles de reducirse a la mitad si ya se tenía la posesión de la cosa³⁹².

CAPITULO IV. LOS VICIOS OCULTOS EN EL SIGLO XX

IV. 1. Crisis de la figura del saneamiento por vicios ocultos

Lo cierto es que, a pesar de que los Códigos civiles hayan regulado con esmero y profusión el saneamiento por vicios ocultos en sede de compraventa y lo trasladen a otra suerte de contratos bilaterales, la experiencia y la práctica han puesto sobre la mesa

³⁹¹ La buena o mala fe del transmitente le obligará a restituir el valor recibido y los gastos del contrato, o la cosa recibida con los daños y perjuicios sufridos, respectivamente, a tenor del artículo 443 del Código civil.

³⁹² Tal como establece el artículo 445 del Código civil, sin perjuicio de prever unos plazos especiales en algunos casos.

algunos de sus puntos débiles, que exigen de revisión y comentario para explicar el porqué del cuestionamiento sobre la figura por no resolver algunos de los problemas a que estaba orientada, lo que sin duda alguna podrá justificarnos la necesidad de propugnar cambios significativos en la regulación que redunden en una mayor eficacia jurídica y en una protección de la parte más débil en la contratación, que suele ser el comprador, más si cabe cuando nos referimos a una modalidad tan habitual en nuestros días como es la contratación en masa, donde las condiciones del contrato suelen ser redactadas unilateralmente por el oferente, frente a las que los destinatarios de la propuesta no pueden sino responder con la aceptación de aquélla.

Así es, en la tarea de proteger la posición jurídica del comprador ante la venta de la cosa con vicios nos encontramos con algunas dificultades, entre los que destacamos³⁹³: la brevedad de los plazos para el ejercicio de las acciones edilicias; los habituales problemas de prueba; la inadecuación de las garantías legales con las verdaderas pretensiones del comprador, que lo que busca no es ni la rebaja del precio ni la resolución del contrato, sino más bien que la cosa comprada esté libre de defectos, sea conforme; la necesidad de acudir a los tribunales civiles; el posible desplazamiento del sistema de protección sobre la presencia omnimoda del principio de la autonomía de la voluntad, dado el carácter dispositivo de la garantía legal de saneamiento por vicios ocultos; la insuficiencia del sistema legal para responder a las exigencias de la práctica, pues muchos de los esquemas contractuales previstos en el Código no responden a las necesidades de aquélla; la dificultad en la coordinación de las reglas especiales de protección del comprador para el caso de vicios ocultos con las reglas generales del Derecho de Obligaciones –dolo, error, incumplimiento; la compatibilidad de las acciones edilicias con otros remedios judiciales; la extensión de la noción de vicio oculto hasta abarcar el más amplio de ausencia de

³⁹³ MORALES MORENO, A. M. *El alcance protector de las acciones edilicias*. Anuario de Derecho Civil, nº 33. Madrid, páginas 587-590.

cualidades pactadas³⁹⁴; así como la diferencia de tratamiento jurídico del problema cuando se trate de ventas genéricas o específicas.

Por ello vamos a abordar a continuación una serie de problemas que suscita y acarrea la figura del saneamiento por vicios ocultos en nuestros días a los fines de resaltar algunas de sus debilidades y flaquezas que deberán ser tenidas en cuenta por todo intento legislador que pretenda modificar y subsanar las carencias que la práctica y la experiencia han detectado y reflejado. A tal efecto, abordaremos la consideración de esta garantía como un elemento natural del contrato de compraventa; la posible naturaleza jurídica de la venta con vicios ocultos y sus repercusiones jurídicas; así como, por fin, si al margen de los remedios tradicionales previstos por la legislación, podríamos apuntar otras vías para proteger la posición del comprador.

1.- En primer lugar, debemos hacer hincapié en la propia esencia de la responsabilidad del vendedor en caso de vicios ocultos en la cosa vendida a tenor de la legislación decimonónica de la mayoría de los Códigos civiles. Así es, estamos en presencia de un elemento natural de la compraventa, presumido por la ley pero que, como tal, puede ser aumentado, rebajado e, incluso, derogado por la voluntad de las partes, toda vez que para el momento de la codificación, y merced a una presencia exacerbada del principio de la libertad contractual, no constituía una materia de orden público. En consecuencia, entramos

³⁹⁴ La diversidad de productos que existe en el modelo económico actual exige que la protección del comprador sufra una adaptación en función de la utilidad concreta de la cosa establecida por las partes. Es así como la noción de vicio redhibitorio ha de experimentar ciertas transformaciones e incluir los casos de menor valor de la cosa vendida que el presupuesto en el contrato, o que careciera de las cualidades singulares previstas en el mismo pues, en tales circunstancias, la cosa carece de ciertas cualidades presupuestas en ella, de tal forma que la hacen menos útil y valiosa para el comprador. MORALES MORENO, A. M. *El alcance protector de las acciones edilicias ...*, páginas 648-649.

y nos hallamos en el terreno de la regulación convencional de la responsabilidad contractual.

Las normas contenidas en nuestro Código civil en materia de responsabilidad civil contractual no son de orden público, por lo cual los contratantes con base en el principio de libertad de contratación pueden regular las cuestiones relativas a la responsabilidad civil contractual³⁹⁵ y, en consecuencia, pueden, entre otras posibilidades, reducir el monto de los daños y perjuicios, exonerar al deudor del cumplimiento de algunas cláusulas accesorias, incrementar la responsabilidad del deudor, fijar el *quantum* de los daños y perjuicios, así como establecer una pena para el caso de incumplimiento, señalar plazos de caducidad o recortar los plazos de prescripción. Estas cláusulas suelen tener acogida en los contratos redactados unilateralmente por uno de los contratantes y constituyen lo que se conoce en sede contractual como condiciones generales de contratación³⁹⁶, que, por el contrario, no quedan fuera en ningún caso del ámbito de los contratos bilaterales. En todo caso, tales cláusulas deberán haber sido aceptadas por la parte que no las impuso ni las redactó pues, de ser así, carecerían de efecto alguno al no contar con el consentimiento necesario de ambos contratantes para la formación y perfección del contrato.

Veamos a continuación algunos ejemplos típicos de regulación convencional de la responsabilidad civil contractual que podrían entrar en escena en materia de vicios ocultos de la cos vendida:

³⁹⁵ Al respecto, LALAGUNA DOMINGUEZ, E. *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*. 3ª edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003, páginas 23 y ss.

³⁹⁶ Si tales cláusulas han sido examinadas y aprobadas por la autoridad administrativa competente solamente serán declaradas nulas por la autoridad judicial si contravienen la ley o el orden público.

La Reforma del Código civil alemán en materia de obligaciones contempla con detalle este tipo de cláusulas –parágrafos 305-310.

A. Cláusulas que limitan o exoneran la responsabilidad contractual. Frente a la noción tradicional que consideraba que tales cláusulas sólo invertían la carga de la prueba en torno a la responsabilidad contractual, de suerte que era el acreedor quien debía probar los elementos de la responsabilidad civil (culpa, daño y relación de causalidad), hoy se reconoce la validez de este tipo de cláusulas para el caso de culpa leve del deudor, pero nunca cuando en él medie culpa grave o dolo³⁹⁷, ni cuando tal exoneración o limitación afecte a la propia esencia del contrato, lo que se conoce como "*mínimo contractual*" pues, de aceptar su validez, se desvirtuaría la propia esencia del contrato³⁹⁸.

No se puede pactar, pues, la exclusión del saneamiento cuando el vendedor conoce los defectos de la cosa, lo cual supone una restricción a la autonomía de la voluntad. De ahí que la denominada función ordenadora del Derecho justifique que las normas reguladoras del saneamiento no puedan ser desplazadas sin una razón suficiente, lo que ha llevado a la normativa especial de consumidores, como veremos, a reafirmar que el comprador pueda reclamar con eficacia en caso de defecto o deterioro y, por ende, la ineficacia del pacto de exclusión de saneamiento aun mediando buena fe en el vendedor, así como el necesario control de otras cláusulas del contrato que puedan llevar a disminuir la eficacia del posible debilitamiento de la obligación de sanear que recaer sobre el vendedor³⁹⁹.

³⁹⁷ En este caso de dolo o culpa grave la cláusula será nula, como sucede en sede de compraventa cuando se haya estipulado la exoneración del vendedor de su obligación de responder por saneamiento cuando proceda de un hecho personal –mala fe-, a tenor del artículo 1485 de nuestro Código civil.

Tampoco se admite la validez de las cláusulas que exoneren la responsabilidad de uno de los contratantes en caso de haber ocasionado un daño a la integridad física de la contraparte.

³⁹⁸ Como, por ejemplo, sucedería en un contrato de cuenta corriente bancaria en el que el banco pretende exonerarse de la responsabilidad que pesa sobre él de comprobar la firma estampada en un cheque por un cliente suyo y la que el banco conserva del cliente en sus registros.

³⁹⁹ MORALES MORENO, A. M. *Comentario del Código civil* ..., página 959.

Con base en la autonomía de la voluntad y el loable objetivo de evitar la saturación judicial, serían lícitas las cláusulas que establecen plazos de caducidad contractuales o que recortan plazos ordinarios de prescripción, siempre que tales plazos resultaran razonables y prudentes, pero aquéllas adolecerán de nulidad si instituyen plazos exigüos que puedan llegar a conculcar incluso el derecho a la defensa, reconocido en nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional –artículo 24 de la Constitución española.

Por supuesto que la regulación de los Códigos civiles nos aporta el juego de acciones que el comprador puede interponer cuando la cosa vendida adolece de vicios ocultos, con sus plazos concretos. Así es, el Código civil español nos habla en el artículo 1490 de seis meses para el ejercicio de la acción redhibitoria o estimatoria contados desde la entrega de la cosa, y de cuarenta días, salvo que la ley o los usos locales dispongan otra cosa, en materia de venta de animales o ganado. Plazos que como ya hemos advertido la jurisprudencia se ha encargado de caracterizar como de caducidad, esto es, fatales, no susceptibles de interrupción ni de suspensión y que el juez puede alegar incluso de oficio. Ya podemos plantear, pues, una más que inquietante sombra que se cierne sobre dichos plazos, cual es si serían susceptibles de recorte o disminución, fruto de la autonomía de la voluntad y el juego de la libertad contractual, lo que aunado a la brevedad más que manifiesta y significativa con la que ya de por sí cuentan, nos alertan sobre la defensa que frente a la venta con vicios ocultos pueda esgrimir en su caso el comprador.

Así como nuestro Código civil dedica una considerable extensión al desarrollo de la prescripción, no ha contemplado en ningún modo la caducidad, siguiendo las directrices del Código francés de 1804 y el Código civil italiano de 1865. Sin embargo, el nuevo Código civil italiano incorpora en su articulado un conjunto de normas para tratar los aspectos

doctrinales derivados de la constitución de un término de caducidad, aun cuando ello, en verdad, no ayuda en exceso para diferenciar ambos términos⁴⁰⁰.

En la caducidad, a diferencia de la prescripción extintiva que produce la pérdida del derecho por la inactividad del titular a lo largo del respectivo lapso, la inactividad específica estaría referida al momento final.

Además, en el caso de la prescripción extintiva, la inactividad del interés calificado se aprecia en función de la calificación subjetiva de la actividad omitida, lo que justifica los casos de suspensión e interrupción de la prescripción, mientras que en la caducidad se atendería al transcurso del lapso, objetivamente considerado, sin tomar en cuenta los motivos que hayan podido justificar la inercia del titular⁴⁰¹. Así pues, dado el carácter perentorio del lapso de caducidad, no es posible aplicarle los medios de interrupción y suspensión, como sí sucede en la prescripción extintiva.

Por otro lado, mientras que los términos de prescripción sólo emanan de la ley, la caducidad puede nacer de un negocio jurídico -contrato, testamento-, de un procedimiento judicial o administrativo y de la ley. Se ha reconocido reiteradamente la posibilidad de establecer convencionalmente un lapso de caducidad, si bien con el límite de que tal recorte coloque a una de las partes en una situación de excesiva dificultad para el ejercicio de sus

⁴⁰⁰ Así lo refiere los artículos 2964-2969 del *Codice civile*.

También se regula la institución de la caducidad en los artículos 328-333 del Código civil portugués y 207-211 del Código civil brasileño.

⁴⁰¹ SCARPELLO-AZZARITI. *Prescrizione e decadenza* en Commentario del Codice civile a cura de A. Scialoja e G. Branca. 2ª edición. Zanichelli Editore -Bologna- Il Foro Italiano -Roma, 1977, página 345.

derechos, de manera que su duración sea tan corta que equivalga en la práctica a negar la acción.

La prescripción no puede ser opuesta de oficio por el juez y la única oportunidad para ser alegada procesalmente es en el acto de contestación a la demanda como excepción perentoria; la caducidad el demandado puede proponerla como cuestión previa y, en su defecto, oponerla como excepción perentoria, si bien el juez podrá oponerla de oficio, según los casos. Y es que los lapsos de caducidad legales están fundados en una razón de orden público y, por ende, pueden ser hechos valer en cualquier estado y grado de la causa, incluso de oficio por el juez⁴⁰²; sin embargo, cuando son convencionales, han de ser hechos valer por el demandado a más tardar en el acto de contestación al fondo de la demanda y, en su defecto, no podrá tenerlas en cuenta el juez.

Así como el pacto por el que se alarga o acorta el lapso de prescripción se considera como nulo, en materia de caducidad la validez de dicho pacto dependerá exclusivamente del carácter disponible o no de la materia⁴⁰³. En efecto, nada impedirá que por pacto se puedan alargar lapsos legales de caducidad, siempre que en el ejercicio del derecho no esté implicado un interés colectivo o de orden público. Por ello, habrá que estar en ese caso al espíritu de la norma, teniendo en cuenta el carácter disponible o no de la materia de la que se trate⁴⁰⁴. Con arreglo tanto a la concepción como a la legislación tradicional que ha venido informando la venta con vicios ocultos estamos en presencia de una materia de carácter disponible por lo que, en hipótesis y salvando el supuesto de negación del derecho

⁴⁰² Así sucede, por ejemplo, en lo atinente al Derecho de familia, donde existen muchos términos de caducidad, como veremos, por existir un interés general en hacer indiscutible el estado de las personas.

⁴⁰³ El artículo 2968 del *Codice civile* admite la modificación o la renuncia del plazo de caducidad legal si la materia no está sustraída a la disponibilidad de las partes.

⁴⁰⁴ SCARPELLO-AZZARITI. *Op. cit.*, página 207.

fundamental a la tutela judicial efectiva, tales pactos o cláusulas serían válidos, aun a costa de la protección jurídica del comprador.

B. Cláusulas abusivas. Se entiende por cláusulas abusivas del contrato las que contravienen el orden público, atentan contra el raciocinio, o pretenden imponerse solapadamente al contratante que se adhiere a un contrato. Ya el Código civil italiano se preocupó por regularlas y evitar los posibles perjuicios que su uso indiscriminado pudiera generar (artículo 1341 completado con el artículo 1469 bis), lo mismo que el Código civil francés (artículo 1386, 12 y 13) y el Código civil alemán tras su reciente Reforma del Derecho de Obligaciones del año 2002 (parágrafos 305-310, 312), si bien la mayoría de las legislaciones han optado por regular tales circunstancias en leyes monográficas de protección al consumidor, dada la gran importancia que ha adquirido esta materia en el Derecho actual y la necesidad de proteger al débil jurídico de la relación que, en muchas ocasiones, se ve forzado a aceptar tales cláusulas de manera coactiva. Volveremos más adelante en el apartado correspondiente sobre el particular.

C. Cláusulas de agravación de la responsabilidad contractual. Al igual que puede limitarse la responsabilidad civil contractual, puede igualmente agravarse, hasta el punto que el deudor deba responder por incumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato incluso por causa extraña no imputable⁴⁰⁵.

D. Fijación convencional de los daños y perjuicios. Algunas cláusulas limitativas de la responsabilidad fijan el monto máximo de indemnización para el supuesto de incumplimiento del contrato por alguno de los contratantes, de tal manera que así se cuantifica el daño ocasionado por el incumplimiento del contrato, al margen del grado de la

⁴⁰⁵ Tal como ocurre en nuestro Código civil en sede de comodato –artículo 1745, o de pérdida de la cosa debida –artículos 1182-1185.

culpa y del monto exacto del daño sufrido, que puede ser mayor o menor efectivamente que el fijado por las partes.

Un ejemplo de esta modalidad de cláusulas son la cláusula penal y las arras, instituciones que, además de fijar por anticipado cuál es el monto de los daños y perjuicios derivados del incumplimiento del contrato, tienen la virtud de conminar a los contratantes a cumplir sus obligaciones, por lo que cumplen también, a su manera, una función de garantía en lo relativo al cumplimiento del contrato⁴⁰⁶.

Por tanto, vistas estas modalidades de regulación convencional de la responsabilidad civil, la consagración y validez del pacto de exoneración o rebaja de la obligación de saneamiento que pesa sobre el vendedor en materia de vicios ocultos puede dejar en entredicho en gran medida la protección jurídica del comprador, aun cuando sea al amparo del pretendido principio de la libertad de contratación o autonomía de la voluntad que hoy en nuestros días, lejos de mantenerse como absoluto y sacrosanto, está siendo objeto de límites y recortes en muchos campos. El planteamiento y la hipótesis de trabajo que trataremos de desvelar a lo largo de este trabajo ha de versar sobre si la garantía del saneamiento del vendedor por razón de vicios ocultos constituye ya uno de los espacios ganados por el orden público en detrimento de la autonomía de la voluntad y, por ende, si la garantía de saneamiento que pesa sobre el vendedor en caso de vicios ocultos estaría ya representando un coto blindado frente a los posibles embates de la libertad contractual. Al respecto, tendremos la oportunidad de adentrarnos en el estudio tanto de la Convención de Viena, como de la normativa nacional que se ha venido tejiendo al abrigo de la legislación comunitaria para poder comprobar *in situ* y de primera mano el nuevo panorama legislativo que se nos presenta y que responde, sin duda, a una nueva concepción sociológica, más socializadora e intervencionista, que supera la que por mucho tiempo había sustentado la

⁴⁰⁶ Figuras reguladas respectivamente en los artículos 1152-1155 y 1454 del Código civil español.

regulación tradicional de los vicios ocultos en los Códigos de raíz decimonónica, teñida de un claro corte individualista, liberal y capitalista.

2. Nos debemos plantear un problema capital en torno a la naturaleza jurídica de los vicios ocultos, pues dependiendo de cuál sea la solución que adoptemos las consecuencias jurídicas serán unas u otras, fundamentalmente, por lo que se refiere al ejercicio de las acciones pertinentes y los plazos en que puedan esgrimirse.

2a) Así es, como ya hemos visto y analizado, la regulación de los Códigos contempla el saneamiento por vicios ocultos como una **obligación específica** que pesa sobre el vendedor cuyo contenido radica en suministrar al comprador una posesión útil de la cosa vendida, de modo que si el bien comprado no sirve para el uso al que estaba destinado, o el comprador, de haberlo conocido, no lo habría comprado o hubiera dado menor precio, podría elegir entre llevar a cabo la resolución del contrato –acción redhibitoria-, o bien la rebaja proporcional del precio manteniendo la venta –acción estimatoria⁴⁰⁷. En ambos casos, cualquiera que fuera la opción, el plazo de ejercicio de las acciones es de caducidad por un tiempo breve, seis meses, a menos que se trate de venta de animales o ganado, donde el plazo, si las leyes o usos locales no dicen otra cosa, se reduce a cuarenta días –artículos 1490 y 1496.

2b) También podemos entender que en la venta de la cosa con vicios se está produciendo una desvirtuación del consentimiento, esto es, estemos ante una **venta que adolece de un vicio del consentimiento**, ya por error o por dolo. Con carácter general, se reputan como vicios del consentimiento los que afectan al querer interno del contratante en su proceso psicológico de formación de la voluntad en la toma de decisiones; entre ellos, se

⁴⁰⁷ Régimen jurídico ya analizado de los artículos 1484-1499 de nuestro Código civil.

incluye el error, el dolo, la violencia y la intimidación, de manera que la concurrencia en un contrato de vicios en el consentimiento ocasiona la anulabilidad o nulidad relativa y no la absoluta, sanción que se fundamenta en la estabilidad de las relaciones jurídicas derivadas del contrato, los intereses que de él surgen, así como las dificultades de prueba de tales vicios. Y es que permitir indiscriminadamente la nulidad de los contratos ante cualquier vicio que pudiera haber influido en la voluntad, además de instaurar una inseguridad jurídica alarmante, podría conducir a soluciones injustas contrarias a la buena fe; razones por las que el legislador ha debido regular meticulosamente las condiciones de anulación de los contratos ante la presencia de vicios en el consentimiento.

El saneamiento trata de responder a la insatisfacción del interés del comprador ante la concurrencia de vicios, insatisfacción no imputable al vendedor que, sin embargo, pretende ser corregida mediante la atribución del riesgo al vendedor como consecuencia de la falta de utilidad en el objeto⁴⁰⁸.

Podríamos entender la venta de la cosa con vicios ocultos como una expresión del **error** propio. Así es, el error propio o vicio recae sobre la formación o gestación de la voluntad en el contrato de manera que representa una perturbación del consentimiento y versaría sobre una circunstancia, ya jurídica, ya de hecho, que las partes estimaron como esenciales a la hora de contratar. Se reseñan como supuestos de error propio el error de derecho y el error de hecho, y su consecuencia jurídica sería la anulabilidad del contrato en el que concurriera, es decir, el contrato seguiría siendo válido y surtiendo efectos hasta tanto en cuanto no se declarara judicialmente su nulidad a instancia de la parte que hubiera incurrido en el error. En nuestro caso, la venta con vicios ocultos, hablaremos de un error de hecho.

⁴⁰⁸ MORALES MORENO, A. M. *Comentario del Código civil ...*, página 955.

El error de hecho, por razón de los diversos elementos del contrato a que puede afectar, así como sus posibles efectos jurídicos, cuenta con algunas variedades principales que nos interesa destacar y analizar en el caso que nos ocupa: el error sobre la sustancia o cualidad de la cosa que, de existir, genera la venta de una cosa por otra para el comprador pues, de haberlo sabido, o no la habría o hubiera dado menos por el precio (*aliud pro alio*).

En cuanto al error sobre la sustancia o cualidades de la cosa, producirá la nulidad del contrato "... *deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo ...*", a tenor del artículo 1266 de nuestro Código civil. Dentro de tales condiciones cabría incluir de modo muy destacable las que afectan a su utilidad, los defectos, lo que nos llevaría a afirmar que, a pesar de negar la confusión entre el defecto oculto en la venta y el error vicio por su distinto origen y su regulación legal separada, el funcionamiento de una u otra figura es tan coincidente que se dificulta distinguir las en la práctica⁴⁰⁹. Y es que a pesar de los intentos doctrinales por efectuar la distinción, no podemos olvidar la semejanza entre la existencia de un vicio oculto o redhibitorio y el error en el contrato⁴¹⁰.

Qué haya de entenderse por sustancia de la cosa a los fines de la interpretación del precepto nos plantea si se refiere a la materia de la cosa y las cualidades de la misma entendidas según las concibe la opinión pública en general y no la intención particular de las partes del contrato –visión objetiva defendida por Aubry y Rau, Demolombe-, o más bien, en un sentido más amplio, si habría que referirse a las cualidades o circunstancias que las partes contratantes estimaron como esenciales según sus propias motivaciones, variables en cada individuo, lo que convertiría al error en esencial –visión subjetiva sustentada por Planiol, Colin y Capitant, Josserand, Baudry-Lacantinerie.

⁴⁰⁹ DE CASTRO, F. *Negocio jurídico*. 1967, páginas 118-119.

⁴¹⁰ DE BUEN. *Enciclopedia jurídica española*. Tomo XXX, página 798.

No obstante, del artículo 1266 ya mencionado podemos extraer las siguientes conclusiones a partir de una perspectiva más próxima a la visión subjetiva entre las dos teorías anteriormente expuestas⁴¹¹: ha de prevalecer la situación concreta en la que se encontraban las partes al tiempo de celebrar el contrato; se ha de tomar en cuenta las cualidades de la cosa o circunstancias que las partes consideraran como esenciales, según la voluntad común de los contratantes, ya sea expresa o tácita; y además, deberá contarse con la buena fe de las partes, que impone la obligación a ambas de informarse sobre las cualidades de la cosa que ellos estiman esenciales a los efectos de celebrar el contrato.

El error, considerado como vicio u obstáculo, según la consideración que en su momento se ha realizado y a la cual nos remitimos, es una causa de nulidad del contrato, tal como resulta del tenor literal, respectivamente, de los artículos 1265 y 1300 de nuestro Código civil. El plazo de ejercicio de la acción es de cuatro años desde la consumación del contrato –artículo 1301. Al tratarse de una modalidad de nulidad relativa, el contrato, además de ser convalidable –artículos 1309-1313, seguirá produciendo efectos hasta tanto no se declare judicialmente la nulidad.

No obstante, como ya hemos señalado, las acciones de saneamiento no están concebidas en nuestro Código civil como un remedio ante un vicio del consentimiento, sino más bien como solución a un problema de insatisfacción del interés del comprador. De ahí la hipotética preferencia por la aplicación de la ley especial, que no sólo derivaría de un principio general (*lex specialis derogat generalis*), sino también y de manera preponderante porque la consideración de la venta con vicios como un supuesto de error constituye una

⁴¹¹ Lo característico de dicho precepto es equiparar cualquier cualidad o circunstancia que el acuerdo expreso o tácito de las partes haya elevado a fin común del contrato, lo cual significa que esta visión del error se basa en la noción de causa del contrato, el fin económico-social perseguido por las partes al contratar.

clara preferencia por la protección del vendedor, cuando el verdadero espíritu originario de las acciones edilicias trataron, más bien por el contrario, proteger al comprador.

Aun así, en el fondo planea la sombra del error, lo que plantea la compatibilidad o incompatibilidad entre las acciones edilicias y las reglas generales sobre el error, con lo que entramos en una más que interesante polémica doctrinal⁴¹² que han contado con la participación también de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que se llega a pronunciar por la compatibilidad de las acciones edilicias y la de nulidad por error⁴¹³.

Incluso, podríamos entender que si hay mala fe del vendedor nos hallamos ante un supuesto de **venta dolosa**, como una manifestación propia de un vicio del consentimiento que impide formarlo libre y conscientemente. Así es, entendemos por dolo toda acción u omisión que, con voluntad y conciencia de producir un resultado antijurídico, impide la prestación de un consentimiento libre, consciente y voluntario al inducir a una persona a prestar su consentimiento en un contrato.

⁴¹² Hay autores que niegan la compatibilidad con base a la regla según la cual la ley especial prevalece sobre la general (Bercovitz, Badenes), otros la admiten (De Buen, Morales). El Tribunal Supremo se pronuncia más proclive a la compatibilidad. MORALES MORENO, A. M. *Comentario del Código civil ...*, página 955. También del mismo autor *El alcance protector de las acciones edilicias ...*, páginas 671-677.

⁴¹³ Sentencia de 20 de noviembre de 1973.

Se planteará en el análisis de la LGVBC de 2003 si el régimen previsto en ella excluye o no la aplicación del régimen del error. Para Fenoy Picón, el consumidor habría de acudir a la falta de conformidad, si bien reconoce que lo más probable es que se admita y triunfe la compatibilidad entre la falta de conformidad de la LGVBC y el artículo 1266 del Código civil. AL respecto, *El sistema de protección del comprador*. Cuadernos Registrales. Madrid. 2006, páginas 187 y ss.

El dolo, pues, presupone un elemento intelectual, la conciencia, y otro volitivo, la voluntad de engañar para celebrar un contrato, sin ser precisa la intención de perjudicar⁴¹⁴. Es decir, preside la figura del dolo la intención de engañar o defraudar (*animus decipiendi*), mas no la de perjudicar ni dañar (*animus nocendi*). Y es que "lo que convierte en doloso un acto no es la mayor o menor conciencia de sus resultados, sino el conocimiento previo de su ilegalidad, el saber que puede ser dañoso para los demás, aunque no se hayan previsto ni podido prever todos y cada uno de sus posibles efectos"⁴¹⁵.

Debemos diferenciar el dolo del error, puesto que en el dolo se provoca un error, mientras que la esencia del error es su espontaneidad; por lo que a la indemnización se refiere, quien ocasiona el dolo debe indemnizar a la víctima, en tanto que en el error, quien incurre en él –víctima- es quien ha de indemnizar los daños y perjuicios propiciados a la otra parte; la concurrencia del dolo es una cuestión más sencilla de probar que la del error, puesto que aunque el dolo comprende tanto el elemento objetivo –maquinaciones- como el subjetivo –intención de engañar-, la detección de la conducta dolosa por parte de su agente es más fácil que la del error, por ser esta última una actuación de naturaleza plenamente subjetiva con raíces eminentemente psicológicas; incluso, hay supuestos de error simple, como hemos visto, que no generan la nulidad del contrato, en tanto que el legislador toma especial interés en reprimir contundentemente el dolo –error provocado- porque no sólo constituye un vicio del consentimiento, sino también un ilícito civil.

⁴¹⁴ Así nos dice Barassi que "existe dolo cuando la falta de prudencia o celo -a diferencia de la culpa- sea consciente, es decir, cuando el deudor conozca las consecuencias que de su conducta resultaran respecto al cumplimiento de la obligación. No se requiere para el dolo (civil) -que no tiene ya la naturaleza infamante que le atribuía el Derecho romano- la intención de perjudicar" (Instituciones, traducción de García de Haro, volumen II, año 1955, página 197).

⁴¹⁵ COSSIO. *Instituciones*. Volumen I. Madrid. 1975, página 304.

Sin la intención de engañar no podríamos hablar de dolo, sino de error; la conducta intencional –maquinación- puede consistir tanto en actuaciones positivas como negativas, y ha de ser anterior a la conclusión del contrato pues, de no ser así, no habría sido determinante; sólo el dolo principal ocasiona la nulidad del contrato, por ser determinante a la hora de prestar el consentimiento, de tal manera que las maquinaciones han de recaer sobre una cualidad esencial del objeto del contrato; que el dolo ha de emanar de uno de los contratantes⁴¹⁶.

Por un lado, como vicio del consentimiento determinante de la celebración del contrato, “... *pueden ser anulados* ...”, a tenor del mismo artículo 1300 reseñado, esto es, el contrato viciado sigue produciendo sus efectos normales hasta que se declare su nulidad, acción que sólo puede se ejercer en un plazo de cuatro años desde la consumación del contrato, conforme estipula el artículo 1301 de nuestro Código civil.

⁴¹⁶ El Código civil francés (artículo 1116), el español (artículo 1269), el chileno (artículo 1458), el argentino (artículos 931-935), el colombiano (artículo 1515) siguiendo en ello al Derecho Romano en la consideración del dolo y la violencia como delitos, concede la acción de nulidad del contrato sólo cuando el dolo emana del otro contratante, si bien ya la jurisprudencia francesa extiende el ejercicio de la acción cuando el dolo proviene de un tercero; tanto el Código suizo de Obligaciones (artículo 28, 2) como el Código civil alemán (§ 123), italiano (artículo 1439), portugués (artículo 254, 2), brasileño (artículo 148) llegan a admitir la acción de nulidad por dolo cuando es causado por un tercero y la otra parte lo conocía o lo pudo conocer, con lo que basta al demandante probar que la otra parte hubiera podido conocer la maquinación del tercero para que la acción triunfe, a diferencia del Código civil venezolano donde el demandante debe probar que la otra parte conocía el acto doloso efectuado por el tercero (artículo 1154). El Código civil mexicano exige para que el contrato sea anulable que el dolo proveniente de un tercero sea conocido por uno de los contratantes si fue determinante en la realización del contrato (artículo 1816).

En todo caso, las medidas de saneamiento no podrían justificarse sobre la existencia de responsabilidad precontractual del vendedor, puesto que el ejercicio de las acciones edilicias no exige dolo en él⁴¹⁷.

La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha reconocido la compatibilidad de las acciones edilicias con la de nulidad por dolo⁴¹⁸.

2c) Otra de las posibles consideraciones es entender que la garantía de saneamiento que pesa sobre el vendedor es una derivación de la obligación más amplia que también recae sobre él de la **entrega o traditio** en un contrato bilateral o recíproco⁴¹⁹, de manera que podría entenderse que en el caso de venta de la cosa con vicios ocultos el vendedor estaría incumpliendo una de sus obligaciones capitales, cual es la entrega y, por ende, el comprador, al amparo de la facultad implícita que media en las obligaciones recíprocas para el caso de que uno de los obligados no cumpliera lo que le incumbe, podría escoger entre el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y el abono de intereses en ambos casos, conforme establece el artículo 1124 de nuestro Código civil, acción de naturaleza personal que, a falta de plazo especial, prescribirá a los quince años, plazo que, por ser de prescripción, es susceptible de suspensión e interrupción.

⁴¹⁷ MORALES MORENO, A. M. *Comentario del Código civil ...*, página 955.

⁴¹⁸ Sentencia de 28 de marzo de 1973.

⁴¹⁹ Obligación señalada en el artículo 1461 y desarrollada en los artículos 1462-1473 de nuestro Código civil. Se señala a Pothier como verdadero promotor de esta tesis al abordar las garantías de los vicios redhibitorios en su Tratado del contrato de venta. Sin embargo, es dudoso que se le pueda atribuir dicha autoría. Al respecto, MORALES MORENO, A. M. *El alcance protector de las acciones edilicias ...*, páginas 662 y 663.

Sin embargo, el saneamiento no está basado en el incumplimiento de un deber de prestación o un deber accesorio de conducta, puesto que en la venta de una cosa específica la obligación del vendedor se limita a entregar una cosa determinada en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato. De ahí que, en puridad, la existencia de vicios anteriores a la celebración del contrato no implicaría incumplimiento⁴²⁰.

3. Relacionada con la tesis expuesta de que la obligación del vendedor de mantener al comprador en la posesión útil de la cosa vendida es una manifestación de la obligación genérica de cumplir con la entrega de la cosa sobre la base de un contrato bilateral recíproco que faculta a las partes a su resolución ante el incumplimiento de la contraparte, observamos que en el artículo 1124 de nuestro Código civil concede al contratante cumplidor la opción de elegir entre la resolución del contrato o la exigibilidad de su cumplimiento, con el resarcimiento de daños y perjuicios en ambos casos, pudiendo, incluso, solicitar la resolución, aún después de haber optado por el cumplimiento del contrato, en caso de que el cumplimiento resultara imposible. Pues bien, observamos que, de seguir esta tesis, el comprador de la cosa con vicios ocultos, no sólo contaría con la acción resolutoria en el plazo de quince años, sino que, además, contaría con la vía más natural a la que se orienta un contrato, su cumplimiento, que es el deber originario y fundamental del obligado por el contrato, y ello a través de algunas soluciones intermedias distintas de la acción redhibitoria y de la acción estimatoria que, además de ser más drásticas, cuentan con un plazo breve de caducidad. Nos estamos refiriendo a la solicitud por parte de vendedor del cumplimiento de la obligación, consistente en la sustitución de la cosa entregada con vicios por otra que no esté afectada por ellos, es decir, la demanda de la sustitución de las cosas viciadas por cosas sanas⁴²¹.

⁴²⁰ MORALES MORENO, A. M. *Comentario del Código civil ...*, páginas 954 y 955.

⁴²¹ Ya el artículo 336. 4 del Código de comercio apuntaba esta solución.

BARASSI, siguiendo una propuesta de Luzzato, ya sostenía esta tesis en el Derecho italiano (*La teoria generale delle obbligazioni. Volumen III.*, página 1092).

Sin embargo, se ha objetado esta tesis arguyendo que la entrega con defectos de una cosa no implica incumplimiento de un deber de prestación porque no determina la indemnización como consecuencia normal del incumplimiento, sino sólo las acciones edilicias, pero a mayor abundamiento, en la medida que la ley nos habla de la obligación que tiene el vendedor de entregar una cosa determinada en el estado en que se halle al tiempo de perfeccionarse el contrato, el hablar de una obligación de entrega sin defectos de una cosa que ya es defectuosa al contratar, constituye construir una obligación originariamente imposible que, por ende, no podría ser exigible absolutamente. Habrá que buscar, por tanto, otra razón de ser a las acciones edilicias, distinta al incumplimiento de un deber de prestación, ya sea el comportamiento del vendedor, o la propia ley que objetiviza la responsabilidad.

Vemos pues que, según esta visión, la existencia de vicios ocultos determina que no se realice el equilibrio de prestaciones establecido por las partes, lo cual acarrea una lesión que ha servido a la doctrina para justificar el saneamiento. La ruptura del sinalagma como consecuencia de los vicios no propiciaría las medidas de saneamiento de no estar previstas especialmente en la ley⁴²². Esta idea conecta con el principio de equivalencia propio de los contratos sinalagmáticos y serviría para explicar la responsabilidad del vendedor propia del saneamiento⁴²³.

Otra variante de la sustitución de las cosas con vicios por cosas sanas, frente a la resolución y la reducción del precio, como una verdadera expresión del cumplimiento del contrato bilateral incumplido por el vendedor al entregar una cosa viciosa es la solicitud de la reparación de la cosa con vicios que, de no ser atendida, facultaría incluso al comprador a

⁴²² MORALES MORENO, A. M. *Comentario del Código civil ...*, página 955.

⁴²³ En este sentido, RUBINO. *La compravendita*. 1971, páginas 630-631.

llevar a cabo la reparación por cuenta del vendedor⁴²⁴. Sin embargo, en la medida que esta noción confunde el plano estructural del sinalagma con el sancionador del incumplimiento, el principio de equivalencia pierde su carácter independiente, pues nos sitúa más bien en el terreno de la culpa *in contrahendo* o de la causa de la voluntad negocial donde juegan otras figuras, como la base del negocio o el error⁴²⁵.

Al margen de cuál de las tesis planteadas nos resulten más convincentes, sí que podemos afirmar la naturaleza especial e independiente de las acciones edilicias que generan responsabilidades especiales, tanto por su origen y evolución histórica independiente, el supuesto de hecho previsto para ellas –vicios ocultos y no incumplimiento, sus peculiaridades en torno a su régimen jurídico –plazos de ejercicio, y sus efectos o consecuencias jurídicas diferentes de los de las acciones generales de responsabilidad contractual. A partir de aquí podemos afirmar que tales acciones significan una atribución de riesgo al vendedor de alcance limitado, una forma de responsabilidad objetiva prevista especialmente al margen de los criterios generales de responsabilidad contractual regulados en el Código civil, sin que pueda ser considerada injusta para el vendedor por la noción de provecho que ha existido en la venta, al objeto de lograr una protección mínima para el comprador en caso de defectos ocultos en la cosa vendida. La utilización de las acciones generales de responsabilidad impone al comprador la carga de la prueba, lo que puede resultar un tanto dificultoso, mientras que las acciones edilicias de saneamiento la aligeran, pues bastaría demostrar la existencia de los vicios, en cuya tarea se cuenta, incluso, con algunas presunciones a su favor como, por ejemplo, la prevista en el artículo 1497⁴²⁶.

⁴²⁴ BADENES GASSET, R. *Op. cit.*, página 720.

⁴²⁵ MORALES MORENO, A. M. *El alcance protector de las acciones edilicias ...*, páginas 668-670.

⁴²⁶ MORALES MORENO, A. M. *El alcance protector de las acciones edilicias ...*, páginas 679-682.

Al amparo, pues, del análisis de los puntos expuestos con antelación, que ponen en tela de juicio la eficaz protección del comprador con relación a la garantía del vendedor del saneamiento de la cosa vendida con vicios ocultos, la pregunta que emerge y planea en el ambiente es la que sigue: ¿podemos hablar de una crisis del mecanismo del saneamiento de los vicios ocultos como medio de protección de la posición jurídica del comprador? Pareciera que la respuesta ha de ser afirmativa, para cuya prueba no sólo nos podemos auxiliar de las deficiencias y flaquezas que hemos puesto de relieve hasta aquí, sino también recorrer las nuevas soluciones legislativas que han tratado de colmar los vacíos de una legislación propia de una época y una mentalidad, hoy desbordada por los nuevos acontecimientos y las nuevas realidades socioeconómicas.

Con esa finalidad, a partir de aquí nos vamos a dedicar al análisis de la nueva fábrica legislativa europea y nacional que ha nacido con posterioridad, al objeto de constatar si los cambios planteados han servido para subsanar los resquicios que el devenir de los tiempos ha puesto de manifiesto y ha recomendado su sustitución.

IV. 2. La Convención de Viena

El artículo 30 de la Convención de Viena (en adelante, CV) que inicia el Capítulo II dedicado a las obligaciones del vendedor, incluye dentro de éstas la de entregar las mercaderías. La Sección I del citado Capítulo II contempla la entrega de las mercancías y de los documentos, mientras que la Sección II se ocupa de la conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros. Así pues, aunque el artículo 30 señalado no mencione de manera expresa la exigencia de conformidad de las mercaderías, resulta obvio e indudable que dicha exigencia compone el elenco de las obligaciones que recaen sobre el vendedor, como una obligación independiente de la de la entrega, de tal modo que la referida obligación se halla desarrollada en los artículos 35 y ss. de la Convención.

Entendemos por conformidad la adecuación material de las mercaderías por lo que se refiere a la cantidad⁴²⁷, calidad y tipo⁴²⁸, envase y embalaje con la que el vendedor pretende ajustarse a las exigencias de lo pactado. Se trata de un deber impuesto al vendedor cuyo incumplimiento genera responsabilidad. Todo este régimen jurídico se regula en el seno de la CV en el marco de los artículos 35-40, 44, 45-51, 74-77 y 81-84, tratamiento al cual nos aprestamos⁴²⁹.

El sistema de responsabilidad contractual de la CV es novedoso, supera la construcción desmembrada del sistema de remedios orientados a satisfacer las pretensiones del comprador y de la concurrencia de acciones propia de los ordenamientos continentales (*civil law*)⁴³⁰ e instala una construcción unitaria y articulada de dicha responsabilidad tomando como eje la noción de ruptura del contrato

⁴²⁷ Se contempla el defecto de cantidad como un problema de falta de conformidad y no como falta de entrega. No puede hablarse de insatisfacción del comprador cuando la cantidad es mayor a la pactada siempre que existan mercaderías suficientes para que haya satisfacción, aun cuando en cuanto al exceso se pueda optar entre aceptar o rehusar la prestación. Al respecto, *La compraventa internacional de mercaderías ...*, páginas 297 y 298.

⁴²⁸ La calidad o tipo exigible se determina en la CV según lo pactado y, en su defecto, por los criterios que la propia CV establece: la aptitud para los usos a los que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo; la aptitud para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor al tiempo del contrato; que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador; que estén envasadas o embaladas en la forma habitual o, si no existe tal forma, de forma adecuada para su conservación y protección. Al respecto, MORALES MORENO A. M. *La compraventa internacional de mercaderías ...*, páginas 299-306.

⁴²⁹ Para el estudio de la Convención, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Civitas. Madrid, 1998.

⁴³⁰ En este sentido, AVILÉS GARCÍA, J. *Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, en *Actualidad Civil*, núm. 32, 4 al 10 de septiembre de 2000, páginas 1179 y ss. También del mismo autor, *Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas*, RCDI, 2000, núm. 661, páginas 2727 y ss.

y agrupando la mayor parte de los problemas relacionados con la falta de cumplimiento, al desplazar la idea de deber o de obligación por la de garantía de un resultado por parte del deudor. Así, cualquiera de las manifestaciones de la falta de conformidad constituye el supuesto de hecho del sistema de los remedios previstos en la CV, al margen de las reglas particulares de aplicación de cada uno de ellos.

La falta de conformidad de las mercaderías puede deberse a un error en la formación del contrato, lo cual plantea la duda de si el régimen de la falta de conformidad absorbe al del error o, en otro caso, el error como vicio del consentimiento se sustrae a la CV y se rige por Derecho interno. Pues bien, aunque la CV no lo indique, la mayoría de la doctrina entiende que los problemas del error son absorbidos por la falta de conformidad y, en consecuencia, deba prevalecer el régimen jurídico de la CV sobre el Derecho interno⁴³¹.

Como ya sabemos, en los ordenamientos jurídicos continentales el comprador se halla protegido a través de una serie de medidas sanatorias compendiadas en la figura del saneamiento por vicios ocultos. Sin embargo, la CV desconoce el saneamiento, influida en este punto por el sistema anglosajón, toda vez que la noción de falta de conformidad lo absorbe. Consecuencia de ello es que la aplicación de la CV excluye la de las acciones de saneamiento por vicios ocultos en el Derecho interno continental.

El concepto de falta de conformidad es tan amplio que comprende no sólo los casos de un *aliud pro alio* (el objeto con el que pretende cumplir el vendedor no es el pactado, sino uno diferente), sino también el caso de incumplimiento del vendedor de la obligación de entregar. Para resolver esta cuestión lo más razonable es asimilar el

⁴³¹ Al respecto, MORALES MORENO, A. M. *La compraventa internacional de mercaderías ...*, página 293.

supuesto de *aliud pro alio* con la falta de conformidad para el caso de desconocimiento por parte del vendedor.

Hay algún supuesto, no obstante, en que la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad de las mercaderías resulta excluida, como sucede cuando el comprador conociera o no pudiera ignorar al tiempo de contratar la falta de conformidad. Su ámbito de aplicación tiene sentido en la venta de cosa específica examinada por el comprador al tiempo de la adquisición, pero no se puede descartar tampoco en la venta de cosa genérica cuando la falta de conformidad es una característica del género. En todo caso, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, se podría excluir o limitar la responsabilidad del vendedor cuando falta la conformidad, siempre con los límites del dolo o culpa grave en la actuación del vendedor o, incluso, cuando dicha limitación ponga en riesgo y atente contra la finalidad esencial perseguida en el contrato.

La CV, en su afán por delimitar el requisito de la falta de conformidad de las mercaderías al contrato fija el momento en el que la conformidad debe existir, a partir del cual se distribuye temporalmente entre los contratantes el riesgo de falta de conformidad: la que exista en el momento señalado es de cuenta del vendedor⁴³²; la que se produzca con posterioridad es, en principio, de cuenta del comprador, salvo excepciones.

⁴³² No se trata de un momento fijo, pues dependerá de lo pactado y de la modalidad de transporte y entrega de la mercadería. Esta regla general cuenta con excepciones cuando la falta de conformidad deriva del incumplimiento de cualquiera de las obligaciones por el vendedor, o bien cuando el vendedor incumple la garantía por un tiempo del uso general o especial, o la conservación de cualidades o características de la cosa vendida –artículo 36 de la CV. Al respecto, *La compraventa internacional de mercaderías ...*, páginas 312-318.

La CV impone al comprador el deber de examen de la mercadería como presupuesto al de denuncia, por lo que tal deber habrá de relacionarse con todas las posibles reclamaciones del comprador fundadas en la falta de conformidad. En todo caso, el deber de examen no constituye en puridad una obligación sino una carga cuyo incumplimiento produce la pérdida del derecho a reclamar, carga que sólo cobrará relevancia en la medida en que la falta de conformidad pueda descubrirse por medio del examen pues, de lo contrario, la omisión del examen carecería de trascendencia jurídica. Tal examen lo puede practicar el mismo comprador, sus auxiliares o un tercero por encargo del primero, y se llevará a efecto en el momento señalado en el contrato o, en su defecto, en el más breve posible atendidas las circunstancias, lo que exigirá concreción en un análisis detallado caso por caso; en la práctica del examen se estará a lo establecido por las partes y a los usos del comercio internacional aplicables⁴³³.

Así pues, el examen de la mercadería constituye una premisa de la denuncia de la falta de conformidad, aun cuando el deber de comunicar la falta de conformidad no impone al comprador la necesidad de decidir en dicho momento el remedio que va a utilizar. La carga impuesta al comprador de comunicar al vendedor la falta de conformidad permite a éste conocer dicha falta y proveer al efecto, pero además evidencia por parte del comprador su intención de no dar por cumplido el contrato. El contenido de la comunicación variará en función de la información de la que dispone el comprador y de la pueda necesitar el vendedor para proceder. Su forma no está predeterminada pero es recomendable la que permita al comprador probar su existencia. El plazo para practicar la denuncia será el razonable desde que el comprador haya descubierto la falta de conformidad, con un límite máximo de dos años, so pena con carácter general, al margen de algunas excepciones, de pérdida del derecho a

⁴³³ Todo ello según el artículo 38 de la CV, respecto de cuya exégesis nos remitimos a *La compraventa internacional de mercaderías ...*, páginas 325-335.

invocarla, desde la puesta efectiva de las mercaderías en poder del comprador, a menos que dicho plazo choque con un período de garantía contractual⁴³⁴.

Las disposiciones de los artículos 38 y 39 de la CV no podrá invocarlas el vendedor doloso por conocer o no poder ignorar la falta de conformidad y no haberlo revelado al comprador. Aunque el sistema de la CV en materia de responsabilidad opera al margen de la culpa del vendedor, ello no excluye que tenga en cuenta el caso del vendedor doloso, hasta el punto de que en tal caso el comprador no perderá el derecho a reclamar por falta de conformidad y ejercitar los remedios correspondientes, aun cuando no la hubiera denunciado al vendedor, lo cual derivativamente implica que no son aplicables los límites temporales que se contemplan en el artículo 39 a favor del vendedor. Lo mismo que ya expusimos en cuanto al error, prevalecerá la regulación de la CV sobre la del Derecho interno, por lo que la regulación del dolo en Derecho interno sólo se aplicará cuando estén involucrados aspectos diferentes de los ordenados por la CV⁴³⁵.

A partir de aquí la CV se encarga de abordar los derechos y acciones con las que cuenta el comprador frente al vendedor en caso de falta de conformidad (artículos 44-51).

Concretamente, cuando el comprador pueda aducir una excusa razonable para haber omitido la comunicación que ha de hacer al vendedor, podrá rebajar el precio o exigir indemnización de daños y perjuicios. Este artículo 44 de la CV constituye una

⁴³⁴ Ver al respecto el análisis del artículo 39 de la CV, páginas 335-347 de la obra citada.

⁴³⁵ En este sentido, revisar la exégesis del artículo 40 de la CV que nos hace Morales Moreno (*Op. cit.*, páginas 347-355).

excepción a la carga de denuncia que pesa sobre el comprador para mantener algunos de sus derechos (rebaja del precio o indemnización limitada por excluirse el lucro cesante) suavizando los efectos de la falta de denuncia, si bien pasados los dos años sin haber denunciado, el comprador perderá también estas facultades por razón de la falta de conformidad de las mercaderías. Al supuesto de falta de denuncia se asimilarían los casos de denuncia genérica, con retraso o equivocada. Por excusa razonable, más que ausencia de culpa, debe entenderse una decisión conforme a la equidad, tomando como referencia los intereses contrapuestos de las partes junto con las circunstancias por las que el comprador no ha cumplido con la carga que sobre él pesa de denunciar la falta de conformidad. Mientras que el importe de la rebaja del precio no depende de la conducta del comprador y deberá fijarse al tiempo en que debiera haberse efectuado la denuncia, la extensión de los daños sí depende de la conducta del comprador. Y es que cuando el comprador no denuncia no está incumpliendo ninguna obligación, por lo que no responde de daños y perjuicios, sino que incumple una carga que determina la pérdida del resto de sus derechos (sustitución, reparación, lucro cesante)⁴³⁶.

Ante el incumplimiento por parte del vendedor de algunas de sus obligaciones, el genérico artículo 45 de la CV faculta a ejercer los derechos prescritos en los artículos 46-52, que analizaremos, así como exigir la indemnización de los daños y perjuicios⁴³⁷,

⁴³⁶ Ver al respecto, MIQUEL GONZALEZ, J. M. en el análisis de la obra citada sobre la CV, páginas 398-405.

⁴³⁷ El espíritu de la CV se pronuncia por una objetivización de la responsabilidad frente a la culpabilidad de la misma, por ser una solución más adecuada a las necesidades del tráfico moderno y de un cuidadoso cálculo económico.

Sobre el panorama de la cuestión en el Derecho interno español, LOPEZ LOPEZ, A. *La compraventa internacional de mercaderías ...*, páginas 411-413.

Los artículos 74-78 de la CV regulan por separado la indemnización por daños y perjuicios, así como los intereses. Al respecto, PANTALEON PRIETO, F. y SOLER PRESAS, A. *La compraventa internacional de mercaderías ...*, páginas 579-634.

derecho este que no perderá aun cuando ejercite cualquier otra acción⁴³⁸. Siguiendo con un criterio impuesto en el ámbito del comercio internacional, no se permite al juez o árbitro conceder al vendedor ningún plazo de gracia cuando el comprador ejercite una acción por incumplimiento del contrato.

Dentro de los derechos a los que queda facultado ejercer el comprador, remitidos en el artículo 45 de la CV señalamos los siguientes:

. Exigencia de cumplimiento ante el incumplimiento de cualquiera de sus obligaciones por parte del vendedor, a tenor del artículo 46 de la CV, siempre que no se haya ejercitado una acción o derecho incompatible con dicha exigencia (resolución del contrato, reducción del precio).

Dentro de la exigibilidad del cumplimiento se pueden incluir dos manifestaciones típicas: el derecho a exigir mercaderías en sustitución, derecho que está ligado no sólo al incumplimiento por concurrir defecto en las cualidades físicas, sino también a que la falta de conformidad implique un incumplimiento esencial y que la petición de sustitución se realice al tiempo de la denuncia o en un plazo razonable⁴³⁹; o la reparación de las mercaderías defectuosas, cualquiera que sea el tipo de defecto y siempre que dicha petición responda a un juicio de razonabilidad según las circunstancias. En todo caso, el comprador podrá fijar un plazo suplementario razonable

⁴³⁸ Vemos aquí la prevalencia de la teoría de la compatibilidad de las acciones resolutoria e indemnizatoria, frente a la opinión tradicional contraria en el Derecho alemán, ya superada en el B.G.B. tras la última Reforma del Derecho de Obligaciones de 2001 producida en su seno y que afecta al parágrafo 325. Tesis ya mantenida en nuestro Derecho interno al amparo de los artículos 1096. 1 y 1124. 2 del Código civil.

⁴³⁹ Tanto el espíritu de la CV, como los intereses del comercio internacional aconsejan que el plazo de dos años del artículo 39, 2 de la CV constituya un plazo máximo, pasado el cual decae la pretensión de sustitución. En este sentido, LOPEZ LOPEZ, A. *La compraventa internacional de mercaderías ...*, página 420.

para que el vendedor cumpla sus obligaciones, supuesto en el que como regla general, durante dicho plazo, aquél no podrá ejercer acción alguna por el incumplimiento de éste, aunque sí podrá exigirle la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la demora en el cumplimiento⁴⁴⁰.

. Derecho a la subsanación, entendido como la facultad por parte del vendedor de realizar todas las actuaciones necesarias para que la prestación prometida y no ejecutada se ajuste y pueda satisfacer el interés del comprador. El espíritu de la CV parece pronunciarse porque la subsanación sea prioritaria a la resolución, toda vez que resulta más adecuada al equilibrio de los intereses en juego al fomentar el correcto cumplimiento sin otorgar ventajas impropias al causante del incumplimiento. Distinto es el juego entre la subsanación y la petición de sustitución, puesto que la sustitución, aun siendo también un remedio extraordinario, no tiene las mismas consecuencias extremas que la resolución del contrato, razón por la cual parece que la opción que ha de prevalecer es la que represente mejor los intereses del comprador, parte del contrato que padece el incumplimiento y a cuyo cargo y riesgo está calificar dicho incumplimiento como esencial.

Este derecho de subsanación previsto en el artículo 48 de la CV ha de hacerse según el contenido de la obligación que se trate, a costa del vendedor, si puede hacerse sin demora excesiva y sin ocasionar al comprador inconvenientes excesivos o

⁴⁴⁰ Con la fijación del plazo suplementario de cumplimiento previsto en el artículo 47 de la CV se pretende evitar emprender un litigio, así como impedir la configuración de la resolución como remedio automático y obligatorio frente a cualquier tipo de incumplimiento, remedio que atenta contra la economía del comercio internacional y contra el principio de conservación y estabilidad del contrato, eje angular sobre el que se asienta la CV. Prueba de la presencia de este principio de conservación del negocio es que cuando tanto la entrega como la conformidad de las mercaderías es parcial, sólo serán de aplicación los remedios de los artículos 46-50 respecto de la parte que falte o que no sea conforme –artículo 51, 1 de la CV.

incertidumbre. A tal efecto, puesto que la compraventa internacional se asienta en un clima de cooperación, el comprador deberá cooperar ante las peticiones del vendedor que ofrezca cualquier tipo de subsanación⁴⁴¹.

. Derecho a la resolución del contrato. La CV ha simplificado el sistema de la resolución del contrato, toda vez que la resolución inmediata es la regla general, si bien haya limitado los supuestos puesto que el efecto resolutorio va inescindiblemente unido al incumplimiento esencial⁴⁴². El nuevo sistema adoptado en materia de resolución trata de proteger los intereses del vendedor para evitar que cualquier incumplimiento produzca la resolución del contrato y permita a los compradores especular con la fluctuación de precios del mercado.

En cuanto a la forma de declaración de la resolución del contrato, ha de comunicarse a la otra parte del contrato, ya por escrito o por cualquier medio de comunicación, por lo que se ha de entender que el efecto de la resolución se produce desde el momento de la emisión de dicha declaración.

El párrafo segundo de este artículo 49 de la CV, que regula la resolución, establece una serie de supuestos en los que el comprador pierde el derecho a resolver el contrato, sino ejercita dicha facultad en un determinado plazo tras la entrega de las mercaderías, ya en caso de entrega tardía, o por incumplimiento distinto de la entrega tardía, puesto que una vez que las mercancías se hallan bajo la esfera de control del comprador, éste

⁴⁴¹ Sobre el comentario del precepto, LOPEZ LOPEZ, A. *La compraventa internacional de mercaderías...*, páginas 427-434.

⁴⁴² Tanto es así que el comprador podrá declarar resuelto el contrato totalmente si la parte entregada o no conforme al contrato supone un incumplimiento esencial de éste –artículo 51, 2 de la CV.

debe valerse de la resolución en un plazo para evitar que un retraso excesivo pueda perjudicar gravemente al vendedor⁴⁴³.

. Reducción del precio. El artículo 50 de la CV⁴⁴⁴ incluye como una posible opción del comprador ante la falta de conformidad de las mercaderías la aceptación de éstas pero con una rebaja en el precio. Se presenta como un remedio ante la falta de conformidad de las mercaderías desde una perspectiva amplia (vicios, falta de calidad, ausencia de cualidades, *aliud pro alio*), pero siempre que el comprador reciba y acepte la entrega de las mercaderías no conformes al contrato.

Basta una declaración unilateral del comprador en la que acepte el contrato según las nuevas circunstancias, sin ser necesaria la intervención judicial. Su efecto inmediato es la pérdida para el comprador de cualquier otro remedio con la excepción de la indemnización de daños y perjuicios, y el plazo final para su ejercicio es el de dos años desde que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, salvo que dicho plazo sea incompatible con un período de garantía contractual. A su vez, el derecho a la subsanación del vendedor excluiría la acción de reducción del precio, según concluye este precepto comentado en su último inciso.

El CV toma como punto de referencia para fijar el cálculo de la disminución de valor la diferencia entre el valor de las mercaderías al tiempo de la entrega y el que hubieran tenido también en dicho momento mercaderías conformes al contrato. Se toma, pues, como momento clave para calcular la disminución del valor sufrido el

⁴⁴³ En torno a la exégesis de este artículo 49 de la CV, así como sus relaciones con el Derecho interno español, LOPEZ LOPEZ, A. *La compraventa internacional de mercaderías ...*, páginas 435-444.

⁴⁴⁴ Su explicación y análisis lo podemos encontrar en la misma obra comentada, páginas 445-451.

momento de la entrega y no el de la conclusión del contrato, puesto que sólo en tal momento se contempla el valor actual y no histórico de las mercaderías, criterio más ajustado a la realidad que justifica más si cabe la opción por la rebaja del precio⁴⁴⁵.

. Aceptación o rechazo de la recepción de las mercaderías. El artículo 52 de la CV consagra un derecho de elección del comprador consistente en aceptar el pago de algún modo irregular, o bien rechazarlo en los casos de entrega anticipada de las mercaderías⁴⁴⁶ o en mayor cantidad de la pactada, para con ello tratar de paliar las desventajas que pueda ocasionarle al comprador la entrega anticipada de mercaderías, aun cuando la elección siempre estará limitada por el principio de la buena fe que preside todo el Convenio, según señala su artículo 7. Esta facultad de rehusar las mercaderías consignadas en anticipación, sin embargo, no exime al comprador de su obligación genérica de mitigar las pérdidas del vendedor –artículo 86, 2 de la CV-, lo que implicaría su deber de recoger las mercancías y comunicarle a éste que ello no supone una modificación tácita del contrato en cuanto a la fecha de recepción. Por lo que se refiere a la entrega en exceso, si el comprador la acepta sin objetar nada, se ha de entender que el contrato se ha modificado tácitamente y que el comprador debe pagar el exceso del precio. Se trata, pues, de una solución que concilia los intereses en juego: la aceptación del exceso mitiga las posibles desventajas que pudiera acarrear para el

⁴⁴⁵ LOPEZ LOPEZ, A. en la obra *La compraventa internacional de mercaderías ...*, nos relaciona la facultad de rebaja del precio en manos del comprador previsto en la CV con la *actio quanti minoris* del Derecho interno español, páginas 451-455.

⁴⁴⁶ Ya el artículo 37 de la CV contempla el caso de entrega anticipada, en el que el vendedor contará con varias opciones hasta la fecha estipulada para la entrega: bien entregar la parte o cantidad restante que falte; bien entregar otras mercaderías en sustitución de las que se entregaron y no fueran conformes; o bien subsanar cualquier falta de conformidad de las mercancías entregadas, siempre que el ejercicio de tal derecho no sea inconveniente ni ocasione gastos excesivos para el comprador. En todo caso, éste conservará el derecho a exigir los daños y perjuicios. Al respecto, MORALES MORENO A. M. *La compraventa internacional de mercaderías ...*, páginas 318-325.

vendedor, como son el retiro del mismo y la búsqueda de otro comprador; y, a su vez, los intereses del comprador quedan protegidos con la elección que la CV le confiere⁴⁴⁷.

En conclusión, y para finalizar con el análisis de la CV, el saneamiento como obligación legal derivada del Derecho Romano, no tiene encaje en el Convenio de Viena, y ello porque los defectos ocultos o manifiestos se incluyen, entre otros supuestos, dentro del concepto de falta de conformidad material, y, además, los remedios tradicionales del saneamiento, acción redhibitoria y acción estimatoria, se incluyen también dentro de los remedios que se otorgan en el Convenio de Viena en relación al incumplimiento que conlleva toda entrega inexacta respecto a lo contractualmente estipulado. Y ello porque en dicha Convención todas las manifestaciones de falta de conformidad se consideran una ruptura contractual por parte del vendedor, lo que origina un incumplimiento del contrato, mientras que en nuestro ordenamiento jurídico se distingue entre desequilibrio inicial de las prestaciones, que permitirá al comprador acudir a las acciones de saneamiento, y la infracción contractual del vendedor sobrevenida, que origina un incumplimiento y, por consiguiente, el comprador puede solventarlo a través de las correspondientes acciones derivadas del incumplimiento.

IV. 3. La protección del consumidor

IV. 3. 1. Caso español

Como sabemos, nuestro ordenamiento jurídico eleva a la categoría de constitucional la defensa de los consumidores y usuarios, al establecer el deber de los poderes públicos de proteger la salud, la seguridad e intereses económicos de los mismos, promoviendo para

⁴⁴⁷ LOPEZ LOPEZ, A. en la obra *La compraventa internacional de mercaderías ...*, páginas 455-461.

ello la información y la educación de aquéllos, así como fomentando sus organizaciones – artículo 51. 1 y 2 de la Carta Magna.

Esta consagración legislativa en el texto constitucional propició todo un movimiento sociológico de toma de conciencia de la condición de consumidor y usuario como débil jurídico de las relaciones jurídicas, que ha tenido una plasmación legislativa profusa y continuada en toda una legislación específica que ha configurado ya, en la práctica, una nueva rama del Derecho, cual es el Derecho de los Consumidores. Así es, tras la Constitución de 1978 aparece la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante, LGDCU), en fecha de 19 de julio de 1984, hoy reformada por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, completada por la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del Comercio Minorista (en adelante, LOCM), así como por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (en adelante, LGVBC), que adapta nuestra legislación a 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.

Trataremos, a continuación, de analizar todo este entramado jurídico especial en coordinación, claro está, con el régimen general de las acciones edilicias reguladas en el Código civil y que han sido previamente estudiadas y desarrolladas como hemos tenido ya oportunidad de ver.

IV. 3. 1. a) Ley de Protección al Consumidor de 19 de julio de 1984 y su Reforma de 29 de diciembre de 2006

El artículo 11 de la LGDCU regula el régimen de garantía de los productos y servicios de los bienes de naturaleza duradera cuando han sido defraudadas las expectativas

esperadas con relación al uso del producto⁴⁴⁸. No obstante, como tendremos ocasión de analizar, algunos apartados del referido precepto entraron en una vigencia más que dudosa tras la LGVBC, si bien no hubiera una derogación expresa del mismo, situación que se ha tratado de superar con la Reforma de la LGDCU de 2006, ya anunciada en la LGVBC, a fin de refundir en un solo texto la LGDCU y las normas de adaptación de las Directivas comunitarias dictadas en materia de protección de consumidores y usuarios que incidan sobre ella.

El verdadero impulso aportado por la LGDCU estriba en proporcionar una respuesta jurídica ante la concurrencia de un vicio en la cosa transmitida, a fin de lograr la satisfacción de los intereses en juego, tanto del transmitente como del adquirente. Así es, se trata de suministrar al adquirente el disfrute de la cosa y la obtención de la utilidad y satisfacción esperada mediante la garantía de reparación a la que tiene derecho. Se trata, pues, de una obligación legal para garantizar la posición del acreedor tras descubrirse un vicio o defecto en el producto adquirido, cuyo contenido estribaría en imponer al suministrador o productor la prestación de reparar y, en su caso, sustituir la cosa vendida.

Estamos en presencia de un régimen general de garantía en cuanto afecta a todos productos y servicios, cualquiera que sea su naturaleza, y además no sólo comprende la comprobación, reclamación y garantía, sino también la posible renuncia o reclamación puesta a disposición del consumidor. Este sistema de garantía general conlleva el contenido mínimo del pacto y las finalidades que ha de cumplir: comprobación, reclamación, garantía, renuncia o devolución del producto.

⁴⁴⁸ El artículo 11 de la LGDCU se inserta sistemáticamente dentro del Capítulo III de la Ley dedicado a la Protección de los intereses económicos. Es un precepto civil en el que se establece un régimen general con predominio del carácter dispositivo de garantía de todos los productos –párrafo primero–, así como en el resto de los párrafos predomina el carácter imperativo para bienes de naturaleza duradera.

Sin embargo, el precepto reseñado no delimita el tipo de vicio o defecto que es objeto de garantía y para mayor confusión utiliza indistintamente los términos defecto, vicio o deterioro. A ello debemos añadir que la garantía se presta para no defraudar las expectativas esperadas en el uso de la cosa, lo que nos lleva a entender por vicio también los casos en que la cosa adquirida no pueda aplicarse al uso al que se destina, no aporta la utilidad que legítimamente cabía esperar de ella, o los defectos que impiden el buen funcionamiento del producto. Se trata de una noción muy amplia del concepto de vicio a los efectos de la Ley pues comprendería los defectos de calidad del bien que impidan su normal funcionamiento, aun cuando no ocasionen riesgos para la salud de las personas; también es objetiva pues responde ante cualquier infracción de las expectativas legítimas del consumidor sobre la naturaleza, condiciones, calidad, utilidad o finalidad de los bienes. No es preciso que el bien sea totalmente inútil para el uso al que se destina, sino que éste se vea alterado de forma relevante y que incida en aspectos esenciales de su uso o disfrute – inhabilidad funcional para el consumidor.

El defecto ha de ser originario, anterior al contrato, lo cual no implica que haya de ser de fabricación y, a diferencia de lo que sucede en el régimen de los vicios ocultos del Código civil, puede tratarse de aparente, pues bastaría que el comprador los ignorara al tiempo de producirse el contrato.

De tener que probar el consumidor el vicio del que adolece el bien, se le haría muy difícil ejercitar los derechos de garantía, lo cual atentaría contra el espíritu de la garantía concedida, cual es proporcionar un cauce seguro para obtener una pronta satisfacción ante los problemas de utilidad de los bienes de naturaleza duradera. Basta, por ello, que el titular de la garantía alegue el mal funcionamiento del bien de acuerdo a la utilidad que de él cabía legítimamente esperar, sin necesidad de probar el concreto defecto del que la cosa adolece.

En términos generales, el productor o suministrador de bienes de naturaleza duradera⁴⁴⁹ ha de entregar una garantía por escrito⁴⁵⁰ con expresión del objeto sobre el que recae la garantía⁴⁵¹, el garante⁴⁵², el titular de la garantía⁴⁵³, así como sus derechos⁴⁵⁴ y el plazo de duración⁴⁵⁵ de la misma (artículo 11. 2).

⁴⁴⁹ El Anexo II del RD 287/1991, de 8 de marzo, aprueba el catálogo de productos, bienes y servicios a determinados efectos de la LGDCU, que nos presenta un elenco bastante heterogéneo.

⁴⁵⁰ Dado su carácter meramente probatorio, la omisión de entrega por escrito no perjudica al comprador, puesto que la garantía comercial despliega sus efectos al margen de tal instrumento. Al respecto, TORRES LANA, J. A. *La garantía en las ventas al consumidor*. Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Lacruz Berdejo. Volumen I. 1992, página 800.

⁴⁵¹ La producción en masa impone que la identificación del bien se hace describiendo el modelo y en su caso el número. Su ausencia podría subsanarse mediante cualquier tipo de prueba, ya sea el recibo de compra o presentando el objeto. Ver en este sentido *LGDCU. Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*. La Ley. Madrid. 2005, página 416.

⁴⁵² Otro de los elementos esenciales de la garantía se refiere a sus elementos personales. La Ley habla del garante pero no señala a quién incumbe prestar dicha garantía, lo cual se debe a que la práctica comercial ha impuesto que en algunas ocasiones sea el propio vendedor el garante, y en otras sea un tercero distinto al vendedor dada su disponibilidad técnica en la elaboración del producto.

Cuando el garante sea una pluralidad de personas de la cadena de producción la práctica judicial ha determinado siempre la responsabilidad solidaria de los demandados. Tesis ya sostenida por DE LA HAZA. *Garantías de los productos*. Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor. Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional de Consumo. Madrid. 1990, páginas 181 y 182.

⁴⁵³ Entendemos por titular de la garantía el adquirente del bien o del derecho de uso que recae sobre el objeto. La mayoría de la doctrina entiende que no se trata de un derecho personalísimo del consumidor, por lo que la protección se extendería a los sucesivos adquirentes, siempre que ejercite durante el período de garantía. Así, GARCIA CANTERO, G. *Comentario al artículo 11 de la LGDCU*. Comentarios a la LGDCU. Madrid. 1992, página 379; TORRES LANA. *Op. cit.* página 801; GARCIA CRUCES. *Las garantías contractuales como protección frente a los defectos de producto*. Derecho de los Negocios. Número 132, septiembre 2001, página 9.

⁴⁵⁴ Estos derechos se corresponden con su contenido: hay un contenido mínimo, inderogable, según el artículo 11. 3 de la LGDCU, pero también hay un contenido dispositivo fruto de la autonomía de la voluntad que, tratándose de condiciones generales, deberán ajustarse a los artículos 10 y 10 bis de la Ley.

⁴⁵⁵ La norma no impone ningún plazo mínimo de duración de la garantía, lo cual llevó a que ciertas voces abogaran por la aplicación del plazo establecido en el artículo 1490 del Código civil para las

Durante dicho plazo, la Ley en su artículo 11. 3 describe los derechos mínimos de contenido inderogable de que dispone el titular de la garantía, no obstante que la LGVBC atribuye por ministerio de la Ley unos derechos más favorables al consumidor que los previstos en este artículo 11. 3, pues en aquella Ley el derecho de reparación y de sustitución del bien adquirido se hallan en plano de igualdad y sólo cuando el consumidor no pueda exigirlo o si no se han llevado a cabo en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor, procederá solicitar la rebaja del precio o la resolución del contrato. Aún así, los derechos concedidos por el artículo 11. 3 de la LGDCU son mucho más favorables para el adquirente que los proporcionados por el artículo 1486 del Código civil (acción redhibitoria o estimatoria), en donde la necesidad del consumidor no queda totalmente satisfecha puesto que se queda sin el producto o con el producto defectuoso pero más barato, si bien su necesidad siga persistiendo. La posibilidad de reparar o sustituir el bien defectuoso proporcionará, sin duda, más satisfacción al comprador que la protección que las acciones edilicias le suministran. Además, tanto la reparación como la sustitución pueden ser de más utilidad al vendedor ya que el contrato se mantiene al contar el productor con los recursos técnicos suficientes para ello. Sin embargo, la LGDCU excluye la acción estimatoria por entender que con la reparación, sustitución o resolución ya se cuentan con los mecanismos suficientes para satisfacer plenamente las necesidades del

acciones edilicias, a pesar de que la autonomía de la voluntad podría aumentarlo y nunca reducirlo (DE LA HAZA. *Op. cit.*, página 182; PANIAGUA AZURERA, M. *La protección del adquirente no profesional de bienes muebles defectuosos en la compraventa mercantil tras la LGDCU*. CDC, nº 9. 1991, página 142). En todo caso, el artículo 11. 3 e) de la LGVBC, que estaría llamado a resolver la omisión, se limita a declarar que la garantía deberá expresar el plazo de duración y su alcance territorial sin especificar nada más.

Aun cuando algunos autores se pronunciaban a favor de que el cómputo de plazo corriera desde que el comprador tuviera la ocasión de constatar el funcionamiento del bien (PARRA LUCAN, M. A. *Comentario al artículo 12 LOCM*. Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista. Madrid. 1997, páginas 217-218), el artículo 12. 2 de la LOCM concluía que el plazo empezaría a computarse desde la fecha de recepción del bien pues se considera que el comportamiento normal en el consumidor es constatar el correcto funcionamiento del bien adquirido tras la adquisición.

consumidor, lo cual no es óbice para que, en virtud de la autonomía de la voluntad, se pueda incorporar ese remedio en la garantía.

El precepto comentado instaura una jerarquía en la utilización de los remedios previstos, por lo que el titular de la garantía no es libre de optar entre ellos. En efecto, se prefiere la reparación en detrimento de los derechos subsidiarios de sustitución y resolución, para el caso de que la reparación no sea posible. La única opción permitida es entre la sustitución o la resolución pero sólo cuando la reparación resulte infructuosa⁴⁵⁶.

Así es, por un parte el consumidor contará con el derecho a la reparación gratuita de los vicios y defectos originarios⁴⁵⁷ y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados⁴⁵⁸ y, de

⁴⁵⁶ La doctrina y la jurisprudencia han sido más flexibles considerando que si el defecto es grave de manera que pueda preverse que con la reparación difícilmente se obtengan las condiciones óptimas del objeto o que la reparación supondrá un sacrificio superior a lo razonable para la buena fe, se podrá optar entre la resolución del contrato o la sustitución, en tanto que si el defecto es de poca entidad y fácilmente reparable, lo normal es que sea el mismo comprador quine acuda a la reparación. En este sentido, RUBIO GARRIDO. *La garantía del artículo 11 LCU*. A. D. C., 1990, III, páginas 525 y ss.

⁴⁵⁷ Esta facultad de reparar un bien no está prevista en el régimen de saneamiento por vicios ocultos y responde mucho mejor a las necesidades del consumidor, puesto que el adquirente de un bien que funciona mal es disponer de él en perfectas condiciones, cuando además al vendedor por disponer de un servicio técnico puede resultarle lo más eficaz.

Son notas de la reparación que constituye una obligación de hacer que compele al garante a obtener un resultado y, por otro lado, tiene un carácter totalmente gratuito. Para que la reparación no dé lugar a la sustitución o resolución del contrato el garante deberá conseguir un resultado satisfactorio de forma que el bien reparado alcance las condiciones óptimas para cumplir el uso al que estuviera destinado.

La reparación constituiría "*una integración del contrato de compraventa con efectos que proceden del contrato de obra*" (BERCOVITZ, R. *La defensa del consumidor en la LCU*, Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores. Madrid. 1987, página 219).

Ante la ausencia de un plazo para efectuar la reparación del bien, habrá de ser un plazo razonable, admitiéndose la posible determinación judicial del plazo al amparo del artículo 1128 del Código civil.

no ser satisfactoria la reparación efectuada y no revestir el objeto las cualidades óptimas para el uso al que estuviera destinado, a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características⁴⁵⁹ o la devolución del precio pagado⁴⁶⁰. Para ello no se requiere que el producto fuera totalmente inútil, sino que bastaría que el uso se viera alterado de manera relevante y las prestaciones esperadas y frustradas incidieran en aspectos esenciales a su uso o disfrute. Basta que el titular de la garantía alegue la falta de funcionamiento adecuado para que se invierta la carga la prueba y deba ser el vendedor, productor o fabricante quien haya de probar el perfecto estado del bien adquirido. La especialidad de este artículo 11 deriva de su regulación de la garantía comercial, contractual o convencional con carácter imperativo, de manera que cualquier tipo de renuncia a ella o a cualquier otro derecho regulado en la Ley sería nula y toda cláusula al efecto se tendría por no puesta por

⁴⁵⁸ Este derecho a indemnización procede sólo cuando el bien haya sido reparado y no cuando haya sido sustituido o se hay resuelto el contrato. Sin embargo, este criterio es modificado por la LGVBC cuando en su Disposición Adicional Segunda concede en todo caso al comprador el derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad. Ya la doctrina era partidaria de esta tesis (BERCOVITZ, R. *Op. cit.*, página 221; GARCIA CANTERO, G. *Op. cit.*, páginas 384, 387-388).

Estamos en presencia de una responsabilidad objetiva, al ser resarcibles al margen de su conocimiento o no por parte del garante

⁴⁵⁹ Pareciera que la sustitución del objeto defectuoso por otro de idénticas características es el remedio más satisfactorio para el consumidor, puesto que con ello adquiere el bien que en un principio deseaba adquirir, totalmente nuevo y sin reparaciones, sin que se pueda exigir al consumidor un precio adicional por ello. El uso que hubiera hecho el consumidor del bien defectuoso no puede entenderse como un enriquecimiento para él, pues el uso del bien se compensa con el precio y, además, hay un perjuicio ocasionado al consumidor que debiera indemnizarse.

⁴⁶⁰ Estamos ante una facultad resolutoria del contrato, remedio que debería ser el último en operar aunque se presente alternativamente con la sustitución del bien. Será el efecto menos deseado para el vendedor por ser la anulación de un ingreso ya recibido, aunque puede salpicar a un tercero, como puede ser el fabricante, dado que las relaciones personales en las circunstancias del mercado actual tienen un efecto acordeón. Al respecto, *Comentarios y Jurisprudencia de la Ley veinte años después*. EUGENIO LLAMAS POMBO (Coordinador). La Ley. Madrid. 2005, páginas 427 y 428.

La resolución del contrato obligará a restituir el objeto defectuoso y sus accesorios por parte del consumidor y el precio por el garante. En relación al precio, por equidad habrá de moderarse la cuantía por devolver en función de la utilidad recibida por el consumidor por un tiempo.

entenderse abusivas. Por su parte, la LGVBC regula la falta de conformidad con el contrato y los mecanismos con los que cuenta el consumidor para afrontarla, instrumentos que constituyen la garantía legal, de carácter irrenunciables e incompatibles con el ejercicio de las acciones edilicias, a tenor de la Disposición adicional de la nueva Ley de 2003.

Cuestión polémica ha sido la de determinar el plazo para el ejercicio de las acciones derivadas de la garantía, y la naturaleza del mismo –prescripción o caducidad. La doctrina ha distinguido entre el plazo de garantía durante el cual debe aparecer el vicio, plazo de caducidad, y el plazo en el cual podrían ejercitarse las acciones encaminadas a obtener la satisfacción correspondiente, plazo de prescripción que, por no tener señalado plazo especial sería el general de quince años previsto en el artículo 1964 del Código civil. La excesiva y desmesurada extensión del mismo podría aconsejar la reducción del mismo por la vía de la autonomía de la voluntad⁴⁶¹, si bien se discute con recelo su inserción en el marco de condiciones generales de contratación no negociadas individualmente por poder entenderse como una merma en la posición jurídica del consumidor.

Vemos, pues, que la LGDCU aporta un régimen jurídico diferente al establecido en el Código civil sobre la base del tipo de objeto del que se trata –bien de naturaleza duradera- y el carácter de los adquirentes –consumidores. De ahí que sea preciso determinar si los mecanismos del artículo 11 de la LGDCU son compatibles o no con los otorgados por los del Código civil, pues toda regulación especial plantea siempre el problema de su armonización con el régimen preexistente⁴⁶². A veces, la Ley especial es la que se pronuncia sobre el

⁴⁶¹ FENOY PICON admite la validez del plazo inferior a quince años siempre que dicho plazo fuera razonable para que el consumidor pudiera efectivamente ejercer sus derechos y además fuera un plazo inderogable (*Cláusulas restrictivas de los derechos del consumidor en caso de incumplimiento: la Disposición Adicional Primera y Novena de la LGDCU*. R. C. D. I. n.º 668, página 2480).

⁴⁶² Las posibles soluciones son o modificar las disposiciones del Código civil creando un régimen único para todo tipo de ventas civiles, o bien, como se ha hecho, aprobar una Ley especial referida a las ventas de consumo, que tratará de evitar la fragmentación inquietante del Derecho privado en esta

particular, ya derogando el régimen general para los casos previstos en la normativa especial, ya admitiendo su compatibilidad, pero en otras ocasiones la ley concreta no se pronuncia al respecto⁴⁶³.

La mayoría de la doctrina se ha pronunciado en pro de la compatibilidad del régimen legal del Código civil y la LGDCU⁴⁶⁴, pero tal parecer por mayoritario no resolvía todos los problemas ya que había que establecer el modo como se debía llevar a cabo tal engranaje y coordinación. Así, que las soluciones doctrinales en torno a dicho planteamiento han sido de lo más variadas: algunos delimitan en función de la mayor (régimen del Código civil) o

materia: Código de comercio, para las ventas mercantiles; Código civil, para las ventas entre particulares; y la Ley de Consumidores.

Sobre la vigencia o derogación del artículo 11. 2 y 3 de la LGDCU, FENOY PICON, N. *El sistema de protección del comprador*. Cuadernos de Derecho Registral. Madrid. 2006, páginas 115 y ss.

La propia autora Fenoy Picón entiende que el régimen de la falta de conformidad de la LGVBC sustituye al de la garantía legal –comercial– del artículo 11. 2 y 3 de la LGDCU en relación el vendedor, pues estos artículos de la LGDCU incluían al productor en la medida en que fuera él quien asumiera la garantía impuesta, de manera que si el consumidor no celebra el contrato de adquisición con el productor, estos artículos quedarían derogados a través del artículo 10 de la LGVBC, que regula la acción del consumidor contra el productor (*El sistema de protección del comprador*, páginas 130 y ss).

⁴⁶³ La LGDCU no se refiere abiertamente al respecto, pero el artículo 7 de la misma afirma que se aplicará además lo previsto en las normas civiles y mercantiles con relación a los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios. A juicio de FENOY PICON (*Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*). Madrid. 1916, páginas 363 y ss.) el artículo 7 pretende destacar el carácter de norma especial de la LGDCU y advertir al intérprete que hay otras leyes aplicables siempre que sea posible por no oponerse a ella. No obstante, MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, en el comentario al artículo 7 de la LGDCU, *Comentarios a la LGDCU* (Bercovitz-Rodríguez Cano y Salas Hernández, Madrid. 1992, páginas 127-132, entiende que la concurrencia de las normas de la ley especial y otras leyes civiles o mercantiles ha de resolverse prudentemente caso por caso, a partir del principio del mayor beneficio para el consumidor.

⁴⁶⁴ En este sentido, BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO (*La defensa ...*, páginas 220-221), PARRA LUCAN (*Los derechos mínimos ...*, páginas 550-552), MARTINEZ DE AGUIRRE (*Las condiciones de protección eficaz de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas: conformidad y garantía*. EC nº 16. 1989, páginas 99, 108-109), GARCIA CANTERO (*Op. cit.*, página 373).

menor gravedad (artículo 11. 3 de la LGDCU) de vicios que sufre el bien⁴⁶⁵; otros abogan por una facultad de elección entre un sistema u otro, aun cuando el de la LGDCU responde mejor a la satisfacción de los intereses de los consumidores⁴⁶⁶; De la Haza considera que la regulación del Código civil es supletoria respecto del artículo 11 de la LGDCU⁴⁶⁷; otros autores presentan criterios más complejos⁴⁶⁸. Fenoy Picón considera que el régimen del saneamiento por vicios ocultos es reemplazable si se ofrece al consumidor la opción entre la reparación del bien, su sustitución o resolución del contrato, más la posibilidad de reclamar los daños sufridos y el ejercicio de las acciones edilicias si la reparación o sustitución fracasa⁴⁶⁹.

Aún así, la doctrina no es unánime y algunos autores se pronuncian en contra de la compatibilidad entre el régimen del saneamiento del Código civil y los derechos regulados en el artículo 11. 3 de la LGDCU sobre la base de que la LGDCU pretendería adecuar el

⁴⁶⁵ BERCOVITZ-RODRIGUEZ CANO, A. *La protección ...*, página 157.

⁴⁶⁶ MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *Las condiciones de la protección ...*, páginas 108-109.

⁴⁶⁷ *Op. cit.*, página 175.

⁴⁶⁸ TORRES LANA (*La garantía ...*, página 805) habla de solapamiento de regímenes cuando el vicio es oculto y esencial; PARRA LUCAN (*Los derechos mínimos ...*, página 550) prefiere partir de la distinción entre el caso de defecto grave o de insatisfacción total para el comprador –donde se aplicará el artículo 1124 del Código civil–, del resto de los supuestos en que el objeto sea defectuoso, donde concede al comprador la opción entre las acciones del Código civil y el artículo 11. 3 de la LGDCU, por ser ello la interpretación más favorable al consumidor; GONZALEZ PACANOWSKA (*Comentarios al artículo 12 de la LOCM*, en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*. Madrid. 1997, páginas 211-212) resuelve la cuestión dependiendo de si la garantía la presta el vendedor o el fabricante del bien.

⁴⁶⁹ *Cláusulas restrictivas ...*, páginas 2492 y 2499.

régimen tradicional a las nuevas necesidades del tráfico moderno, de manera que el nuevo régimen sustituiría al anterior⁴⁷⁰.

En todo caso, todas las posturas expuestas tratan de responder al hecho incuestionable de la duplicidad de regímenes: mientras que el espíritu de la Ley especial – artículo 7- pudiera pronunciarse por la compatibilidad de regímenes jurídicos, podría alegarse la incompatibilidad al abrigo de la lógica por tender ambos regímenes a fusionarse al resolver el mismo supuesto de hecho. Ya algunos autores lo advertían al admitir la aplicación del sistema jurídico más beneficioso pues defender una regulación adicional resulta tanto superflua como inútil⁴⁷¹.

En una posición intermedia y ecléctica, parecería que lo más idóneo es conceder al consumidor suficientemente informado del doble régimen del que dispone la facultad de optar por el mecanismo legal que le resulte más provechoso a fin de cubrir sus necesidades y satisfacer sus intereses.

No obstante, la Disposición adicional de la Ley 23/2003, que más tarde analizaremos, trata de zanjar la cuestión al declarar la incompatibilidad del ejercicio de las acciones contempladas en dicha Ley con las derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa.

⁴⁷⁰ DUQUE (*La protección de los derechos económicos y sociales en la LGDCU*. EC nº 3. 1978, páginas 74 y 76), RUBIO GARRIDO (*La garantía del artículo 11 de la LGDCU*. ADC. 1990, III, páginas 867 y 917), GARCIA-CRUCES (*Op. cit.*, página 23).

⁴⁷¹ CARRASCO/CORDERO MARTINEZ. *Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo. Propuesta de regulación, textos articulados y bibliografía* (Segunda Parte), EC nº 52. 2000, páginas 45 y 46. Estos autores consideran que la garantía del artículo 11. 3 de la LGDCU es más ventajoso para el consumidor, aunque pueda resultar más incompleto, y exponen sus razones para sustentar tal afirmación.

Concluye el artículo 11 con un párrafo quinto que aborda el denominado servicio postventa, relacionado con la prohibición del párrafo cuarto de incrementar los precios de los repuestos al aplicarlos en las reparaciones y cargar por mano de obra, traslado o visita cantidades superiores a los costes medios estimados por sectores. El servicio técnico pretende hacer perdurar la utilidad del bien o servicio, incluso después de que haya transcurrido el período de garantía, de manera que el consumidor tendrá la oportunidad de contar con la información del vendedor, fabricante o importador relativa a talleres o establecimientos, servicios de reparaciones, cambios, actualizaciones, aun cuando ya no sea de forma gratuita, dado que tales deficiencias son consecuencia del uso u otra causa no imputable al vendedor ni el fabricante, sin que sea la tenencia del documento de garantía la que otorgue derecho a este servicio de asistencia, sino el simple hecho de haber adquirido el producto.

IV. 3. 1 b) 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

Fruto del movimiento tendente a la construcción de un Derecho civil europeo y tras la debida tramitación en el seno de la Comunidad Económica Europea llega a ver la luz la Directiva de 25 de mayo de 1999 a fin de establecer una serie de criterios mínimos en atención a la consecución de un marco adecuado para la protección de los consumidores, toda vez que el Derecho privado europeo se erige en un Derecho de consumo que en ocasiones rompe y en otras enlaza con las instituciones jurídicas tradicionales. Prueba de ello lo representa la mencionada Directiva que trata de buscar los consensos necesarios sobre la base de una práctica habitual en nuestros días, cual es la producción de bienes en masa, así como trata de potenciar la realización del mercado interior europeo, elementos ambos constitutivos vertebrales del nuevo Derecho de Obligaciones europeo.

El ámbito de aplicación de la Directiva en ciernes queda delimitado tanto subjetiva, como objetivamente. Así es, subjetivamente se limita a las ventas celebradas entre consumidores⁴⁷² y vendedores profesionales, lo cual excluye *sensu contrario* tanto las ventas celebradas exclusivamente entre comerciantes, como las efectuadas entre no comerciantes. En el plano objetivo, se reduce su cobertura al bien de consumo entendido como cualquier bien mueble corpóreo⁴⁷³, con excepción de los vendidos por el juez tras un embargo u otro procedimiento, el agua y el gas no envasados en volumen o cantidades determinadas, y la electricidad.

El eje esencial de la Directiva radica en la obligación que pesa sobre el vendedor de entregar al consumidor bienes que sean conformes con el contrato de venta, con lo cual se introduce una noción, la conformidad con el contrato, ajena a la terminología del Código civil que, como sabemos, se asienta sobre la noción de vicio o gravamen oculto. Vemos, pues, que la Directiva se adhiere al sistema implantado por la Convención de Viena al introducir el concepto de conformidad frente al tradicional de vicio o defecto⁴⁷⁴, mucho más amplio y abstracto que éste⁴⁷⁵, pues el vicio o defecto oculto sería una de las posibles

⁴⁷² La noción que de consumidor emplea la Directiva en su artículo 1 parte de una visión restrictiva, como toda persona física que en la contratación no actúa en el marco de su actividad profesional. La duda surge para las ventas de consumo entre comerciantes cuando el bien fuera adquirido para una doble finalidad, personal y empresarial.

⁴⁷³ La amplitud de esta expresión permite incluir también los bienes usados y los consumibles, esto es, los que no son de naturaleza duradera como, por ejemplo, los denominados bienes consumibles informáticos.

Quedaría fuera de la Directiva el régimen de responsabilidad por daños y perjuicios –artículo 8, 1- y se establecen disposiciones especiales en torno a los bienes de segunda mano vendidos en subasta pública y los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse – artículos 1. 3 y 4.

⁴⁷⁴ Ya algunos ordenamientos jurídicos incorporan la noción de conformidad, como el Código civil alemán en su parágrafo 549, o el Código civil holandés en su artículo 17 del Libro VII.

⁴⁷⁵ La falta de conformidad se refiere tanto a los vicios de calidad de la mercancía, como a los defectos relativos a la cantidad o el tipo –artículo 35 de la CV y 2.2 de la presente Directiva-, con lo

manifestaciones de la falta de conformidad, entendiendo por ella la necesaria correspondencia entre lo estipulado por las partes en el contrato y las prestaciones efectuadas por cada una de las partes, para cuya apreciación habrá que estar al momento de la entrega del bien de consumo –artículo 3. 1 de la Directiva.

La implantación del régimen de conformidad implica establecer un régimen jurídico unitario entre la obligación de entrega y la de saneamiento, cuando en el marco de los Códigos latinos funcionan con carácter independiente. La Directiva establece en su artículo 2. 2 una serie de presunciones no taxativas sobre bienes de consumo conformes al contrato, de manera que bastaría la ausencia de uno cualquiera de ellos para que no hubiera conformidad: ajuste a la descripción y posesión de cualidades presentadas por el vendedor; aptitud para el uso especial manifestado requerido por el consumidor; aptitud para el uso ordinario del bien; calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y de las declaraciones públicas sobre las características concretas del bien hechas por el vendedor⁴⁷⁶.

cual quedarían cubiertos casos no comprendidos bajo la noción de vicio o defecto oculto del artículo 1484 del Código civil.

⁴⁷⁶ Este supuesto excede el ámbito contractual al conectar la conformidad del contrato con las declaraciones públicas hechas por el vendedor, productor o sus representantes, con relación a las propiedades concretas del bien de consumo, con lo cual cualquier desviación sobre las mismas produciría una falta de conformidad.

Vemos pues en este caso no sólo la relevancia de la publicidad en el mundo de la venta de bienes de consumo donde el vendedor es un mero suministrador de bienes, sino también la conexión más que evidente y estrecha entre el productor, vendedor y el consumidor, más aún cuando en la mayoría de los casos las características de los bienes se hallan predeterminadas por el productor, lo que justifica la responsabilidad del productor frente al consumidor prevista en el artículo 4 de la Directiva.

No existirá falta de conformidad si al tiempo de la conclusión del contrato el consumidor conocía el defecto o no podía ignorarlo fundadamente⁴⁷⁷, o bien si aquella derivaba de materiales suministrados por el consumidor –artículo 2. 3 de la Directiva.

De manera que para la Directiva en estudio el vendedor, a salvo de los casos señalados en el artículo 2. 4 en que queda eximido, aparece como único responsable frente al comprador por falta de conformidad, sin perjuicio del reconocimiento de una acción de regreso de aquél contra el o los responsables dentro de la cadena contractual: el productor, vendedor anterior o cualquier otro intermediario.

Los medios de defensa que concede la Directiva al consumidor, aun cuando representan una novedad con relación a las previsiones de nuestro Código civil, no son tan novedosos por lo que se refiere a los ya recogidos en el artículo 11. 3 de la LGDCU, por lo que el régimen de garantías introducido por esta Directiva, en alguna manera, ya estaba presente en nuestro ordenamiento jurídico. El consumidor contará frente al vendedor con cuatro medios de defensa que podrá esgrimir de manera graduada, a tenor del artículo 3. 2 del texto reseñado: en un primer momento y sin cargo alguno, podrá optar entre la reparación gratuita del bien o su sustitución por otro, mientras no resulte imposible o desproporcionado⁴⁷⁸; en un segundo momento, ante la imposibilidad de reparación o

⁴⁷⁷ A pesar de que a los bienes de segunda mano se les aplica el mismo régimen jurídico que a los nuevos, de modo que no cabría excluir las garantías legales (artículo 7. 1 de la Directiva), el artículo 2. 3 podría servir de argumento al vendedor para exonerarse de prestar tales garantías.

⁴⁷⁸ El hecho de que estos dos remedios sean preferentes sobre los tradicionales se debe a que la mayoría de las cosas que se venden son cosas genéricas, así como a la necesidad de conservar el negocio el negocio jurídico (*favor negotii*), si bien tal elección aparentemente libre se excluye cuando resulte desproporcionada, con lo cual en la práctica revierte la elección al vendedor que, dependiendo de la clase del bien que se trate optará por la reparación cuando sea un bien costoso, en tanto que acudirá a la sustitución cuando sean de menor valor.

Además, el hecho de optar por la reparación no ha de excluir la sustitución.

sustitución, o bien cuando ello no se produce en un plazo razonable, el consumidor podrá optar entre exigir la rebaja adecuada del precio –acción estimatoria-, o bien la resolución del contrato –acción resolutoria⁴⁷⁹.

Lo más novedoso de la Directiva con relación a la regulación del Código civil es lo referente a los plazos para ejercitar las acciones: el vendedor responde de toda falta de conformidad que se manifieste en un plazo de dos años a partir de la entrega del bien de consumo⁴⁸⁰. Se faculta a los Estados miembros para exigir como requisito de hacer valer sus derechos por parte del consumidor su deber de informar al vendedor su falta de conformidad en un plazo de dos meses desde que la advirtiera, lo cual, sin duda, plantea la dificultad para el vendedor de probar el momento en el que el consumidor detectó la falta de conformidad.

El artículo 6 de la mencionada Directiva se refiere a la garantía comercial entendida como la que puede ofrecer el productor, vendedor o importador de un bien con el compromiso de un saneamiento adecuado siempre que no haya correspondencia entre las características del bien y las contenidas en la declaración de garantía o en su publicidad. Aun cuando la Directiva no precisa el contenido mínimo que ha de comprender toda garantía, sí que establece que la garantía ha de declarar que los consumidores cuentan con los derechos reconocidos legalmente por las legislaciones nacionales y que estos derechos no pueden ser afectados por la garantía, de tal manera que nunca el principio de la autonomía de la voluntad podrá por sí sola desplazar las garantías legales reconocidas a los consumidores por sus respectivos ordenamientos jurídicos. A su vez, la garantía debe ser

⁴⁷⁹ La resolución parece presentar como un recurso limitado al caso de la falta de conformidad de cierta consideración, y no para los supuestos de falta de conformidad escasa importancia.

⁴⁸⁰ Incluso si el ordenamiento jurídico de un Estado miembro prevé un plazo de prescripción para el ejercicio de tales pretensiones, no podrá ser inferior a dos años a partir de la entrega del bien.

clara e indicar los elementos básicos para presentar reclamaciones –duración, alcance territorial⁴⁸¹, nombre y dirección del garante.

Frente a la regla general en materia de consumo que tiende al formalismo como medio para suministrar una mayor protección al consumidor, la Directiva faculta al consumidor para solicitar la garantía por escrito o en cualquier otro soporte duradero disponible que le sea accesible –artículo 6, 3.

Se insta a los Estados miembros para que exijan en su territorio que la garantía figure en una o más lenguas, dentro de las lenguas oficiales de la Comunidad, a los fines de alentar el mercado interior y proteger más si cabe a los consumidores.

En contra de lo que sucede en la mayoría de las legislaciones modernas, que no regulan sobre las garantías comerciales, el Derecho español las contempla en sede de consumidores –artículo 11, 2 de la LGDCU-, con diferencias notorias entre nuestra legislación y las previsiones de la Directiva, puesto que dicha garantía en nuestro Derecho resulta obligatoria para el productor o suministrador en cuanto a los bienes de naturaleza duradera, de forma clara, y con un contenido muy preciso en cuanto a los derechos con los que cuenta el titular de la garantía cuya infracción cuenta con un régimen muy concreto de infracciones y sanciones⁴⁸².

⁴⁸¹ Tal previsión ofrece un interés especial pues la Directiva pretende fomentar las relaciones transfronterizas con independencia del lugar donde se verifique la venta.

⁴⁸² La Directiva, por el contrario, contempla la garantía como un fenómeno habitual, para todo tipo de bienes corpóreos, abierta para otros posibles sujetos, con un contenido mínimo muy preciso, sin enumerar los derechos con que cuenta el titular de la garantía, garantía que no conlleva ningún coste suplementario, y sin presentar un régimen sancionador.

IV. 3. 1 c) Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo

Al efecto de adaptar el régimen jurídico interno de los Estados miembros a la legislación comunitaria, concretamente a la Directiva 44/99/CE, surge en nuestro país la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (en adelante LGVBC) con fecha de 10 de julio de 2003 que entra en vigor el 11 de septiembre del mismo año, lo cual no sólo produjo la necesidad de modificar normas anteriores –artículos 11 de la LGDCU y 12 de la LOCM-, sino también una serie de problemas, tanto por lo que a la aplicación de la Ley se refiere, como a su encaje en un ordenamiento que desconoce algunas de las soluciones propuestas, así como la exigencia de armonizar interna y comunitariamente los textos jurídicos en materia de consumo⁴⁸³.

Ya la Convención de Viena unifica los regímenes de saneamiento y de incumplimiento con la noción de falta de conformidad de las mercaderías, principio este que será el adoptado por la Directiva 44/1999 y, consecuentemente, el recogido en la Ley de 2003. Y es que la mencionada Ley trata de lograr que el bien entregado por el vendedor al consumidor sea conforme con el contrato de compraventa, con su consiguiente responsabilidad en caso de incumplimiento o falta de conformidad. A tal fin, se arbitran una serie de mecanismos –garantías, según la terminología norteamericana *warranty*- con los que cuenta el consumidor para poder reaccionar frente a la falta de conformidad. Además, el legislador pretende una mayor protección del consumidor atribuyendo a las disposiciones de la Ley carácter de orden público, de

⁴⁸³ Según indica la Exposición de Motivos de la Ley de 2003 la Directiva de 1999 pretendía establecer un conjunto de medidas tendentes a garantizar un nivel mínimo uniforme de protección de los consumidores en el marco del mercado interior en todos y cada uno de los Estados miembros, con lo cual observamos que una de las pretensiones de la Ley es unificar la protección de los consumidores en el mercado interior europeo.

tal suerte que la renuncia previa de sus derechos es nula, al igual que los actos realizados en fraude de ella, a tenor del artículo 4, 2. Así pues, serán nulos los pactos que excluyan o limiten los derechos que esta Ley confiera al consumidor, puesto que el orden público constituye un freno inquebrantable para el principio de la autonomía de la voluntad.

En el plano subjetivo, la Ley sólo se aplica al vendedor empresario o profesional⁴⁸⁴, quien responderá directamente⁴⁸⁵ y al comprador reputado como consumidor, tal como viene entendido en la LGDCU⁴⁸⁶.

⁴⁸⁴ El vendedor ha de ser un empresario o profesional que se dedique de modo habitual a la venta de bienes de consumo, sean personas físicas o jurídicas –artículo 1, 2 de la Ley analizada.

Vemos, pues, una diferencia del *tradens* de esta ley con el vendedor del Código civil, que puede ser un particular. De ahí que algunos autores como Carrasco Perea, Cordero Lobato y Martínez Espín (*Transposición de la Directiva Comunitaria sobre venta y garantías de bienes de consumo. Propuestas de regulación, textos articulados y bibliografía*. Estudios sobre Consumo. 2000, nº 52, página 127).

⁴⁸⁵ El artículo 10 de la Ley faculta al comprador a reclamar subsidiariamente al productor o fabricante, sólo para el caso cuando resulte imposible o excesivamente oneroso dirigirse contra el vendedor. Aún así, el vendedor reclamado cuenta con el plazo de un año para repercutir sobre el fabricante el coste de lo satisfecho al consumidor por falta de conformidad.

⁴⁸⁶ La Ley no ofrece un concepto de comprador o consumidor a efectos de la misma, sino que por remisión expresa entran en juego los párrafos 2 y 3 del artículo 1 de la LGDCU, esto es, serán consumidores las personas físicas o jurídicas que adquieran bienes de consumo como destinatarios finales de los mismos sin intención de incorporarlos a procesos de producción, transformación o reventa. Este concepto de consumidor de la LGDCU se aparta un tanto del aportado por la Directiva 99/44 que reputa consumidor a toda persona física que actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional.

Surge la cuestión doctrinal en torno a si el empresario o profesional será un sujeto protegido por la Ley cuando adquiera un bien de consumo para utilizarlo personal y cotidianamente en su actividad, sin integrarlo en ningún proceso productivo o comercial. Al respecto, CASTILLA BAREA, M. *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*. Dykinson. Madrid. 2005, páginas 39-42.

Aun cuando no lo dice la Ley, las garantías ofrecidas al comprador se entienden también aplicables al sujeto que, sin ser comprador, llega a ser destinatario final de los bienes adquiridos.

En el plano objetivo, se reduce a los bienes muebles corporales, entendidos como los tangibles⁴⁸⁷, destinados al consumo privado⁴⁸⁸, con exclusión de los bienes adquiridos por venta judicial⁴⁸⁹, el agua o gas cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o en cantidades determinadas, y la electricidad, así como los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores puedan asistir personalmente –artículo 2, 1 de la Ley⁴⁹⁰.

En el plano territorial, basta la vinculación del objeto, de uno de los sujetos o del contrato con un Estado miembro de la Unión Europea para que se aplique esta Ley, según reza el artículo 13 de esta Ley en ciernes.

⁴⁸⁷ Quedaría fuera del ámbito de aplicación de la Ley la compraventa de derechos por entenderse como bienes incorporeales, así como también las ventas de bienes inmuebles.

⁴⁸⁸ Expresión más que redundante puesto que si se exige que el comprador sea un consumidor destinatario final de los bienes, es evidente que los bienes han de destinarse al consumo privado pues, de no ser así, el comprador no merecería la cualidad de consumidor.

También se incluyen en el ámbito de aplicación objetivo de la Ley los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de producirse o fabricarse, concluye el mencionado artículo 2 de la Ley, norma incompleta e incorrecta, a juicio de CASTILLA BAREA (*Op. cit.*, páginas 45-47).

⁴⁸⁹ La exclusión de este tipo de bienes de la Ley no se basa en características concretas del bien sin más bien por razón del procedimiento por el cual se han adquirido, que no responde a los contratos de adquisición sobre los que la Ley incide. CASTILLA BAREA no ve justificada tal exclusión (*Op. cit.*, páginas 43 y 44).

⁴⁹⁰ Con relación a la aplicación de la Ley a los bienes perecederos, consumibles, de segunda mano y no fungibles, ESTRUCH ESTRUCH, J. y VERDERA SERVER, R. *La Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo*. Derecho Privado de Consumo. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005, páginas 459-461.

Sobre los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores puedan asistir personalmente, CASTILLA BAREA, M. *Op. cit.*, páginas 44y 45.

La Ley parte del principio de la conformidad que, salvo prueba en contrario se presume al no haber rechazado el comprador el bien al momento de la entrega, según la terminología empleada por la Directiva y el Convenio de Viena, pero que, al margen de la novedad de la expresión, se refiere a supuestos ya contemplados tradicionalmente de incumplimiento contractual: no haber realizado la entrega prometida, o con las características prometidas, o bien haber efectuado una entrega con vicios o defectos ocultos. No obstante, a pesar de la presunción referida por haber aceptado el bien el comprador, si el bien no cumple con una serie de requisitos se entenderá que no era conforme al contrato y, por ende, el comprador podrá utilizar los mecanismos jurídicos previstos por la ley. Vemos, pues, que el hecho redhibitorio en el sentido que lo contempla la nueva Ley es una suerte de incumplimiento que genera responsabilidad para el vendedor, dada la fuerza obligatoria del contrato, en tanto que el saneamiento visto desde la perspectiva del comprador es una reacción del ordenamiento jurídico ante el cumplimiento defectuoso de aquél con claras implicaciones para el vendedor al que se le pueden imponer una serie de actuaciones por faltar a la conformidad del contrato.

El mérito de la Ley estriba en relacionar la obligación del vendedor con lo estipulado en el contrato y no con un estado cuestionable y no claro del bien al momento de celebrarse la convención, lo cual supondría una interpretación correctora del artículo 1486, 1 del Código civil⁴⁹¹. Ya no es preciso para que un vicio sea reputado como redhibitorio que la cosa vendida presente exteriormente una anomalía o tara inicialmente imperceptibles para el comprador, sino que se requiere además que tal defecto repercuta sobre las posibilidades del uso del bien, y las disminuya.

⁴⁹¹ CASTILLA BAREA, M. *Op. cit.*, páginas 55-57.

Son estos requisitos los establecidos en el artículo 3 de la Ley que regula la conformidad de los bienes con el contrato, con exclusión de los casos de vicios aparentes pues en tal supuesto no puede haber falta de conformidad al no existir contradicción entre lo entregado y lo comprometido pro el vendedor⁴⁹²: la descripción realizada por el vendedor y las cualidades de la muestra o modelo⁴⁹³; la aptitud del bien para los usos a los que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo⁴⁹⁴; la adecuación del bien al uso requerido por el consumidor y aceptado por el vendedor⁴⁹⁵; la adecuación del bien a la calidad y prestaciones habituales que fundadamente pudieran esperarse y a las características declaradas públicamente⁴⁹⁶; la correcta instalación del bien⁴⁹⁷.

⁴⁹² Los citados criterios tendrían un carácter supletorio con relación a las previsiones específicas de las partes, pero ello no es del todo claro y categórico. Al respecto, CASTILLA BAREA, M. *Op. cit.*, páginas 78-86.

⁴⁹³ Criterios que deben concurrir juntos y no por separado, en el sentido de que las descripciones hechas por el vendedor deben relacionarse necesariamente con una venta celebrada sobre muestra o modelo.

El problema que se plantea para el comprador será probar tanto las afirmaciones realizadas por el vendedor, pues difícilmente serán hechas por escrito, como que el bien no posea las cualidades que el vendedor haya presentado al comprador en forma de muestra o modelo.

⁴⁹⁴ No es necesario que tales usos hayan sido declarados por el vendedor, ya que son conocidos por el comprador y, para tal uso adquirió el bien.

La estrecha relación de este requisito con el anterior se demuestra en el hecho de que los compradores pretenden obtener de las cosas adquiridas las cualidades y los usos habituales y acordes con la naturaleza del bien adquirido.

⁴⁹⁵ Se refiere a un uso especial al que no se destinan ordinariamente los bienes de la clase adquiridos por el consumidor; sin embargo, éste pretende utilizarlo para dicho uso y el vendedor ha manifestado que resulta apto también para ese uso específico. Surge aquí una nueva dificultad probatoria para el consumidor, cual es acreditar que al tiempo de la venta manifestó tal circunstancia al vendedor y que éste aceptó que el bien servía para esa finalidad.

⁴⁹⁶ Podría entenderse que se incumple el contrato si el bien concreto entregado no presenta la calidad y prestaciones que cabría esperar si se tiene en cuenta el bien del que se trate.

Al amparo de los artículos 3, 3 y 4, 1 de la Ley, la falta de conformidad habrá de reunir una serie de características para que genere la obligación de saneamiento, algunas de ellas comunes a las requeridas por las acciones edilicias: su incognoscibilidad por parte del consumidor; que no derive de los materiales suministrados por el consumidor; su preexistencia al momento de la entrega del bien. Aun cuando la entidad e importancia de la falta de conformidad no determina la responsabilidad del vendedor, a diferencia del régimen previsto en el Código civil en sede de vicios ocultos, sin embargo, si el defecto de conformidad es leve el consumidor no podrá exigir la resolución del contrato, sino sólo las medidas que tratan de asegurar la conservación del contrato.

Varios son los tipos de plazos de garantía contemplados en el artículo 9 de la Ley de 2003 aquí comentada: Dos años con carácter imperativo desde la entrega del bien para que se manifiesten las faltas de conformidad, plazo de garantía que no será susceptible de interrupción o suspensión. Si el bien es de segunda mano, el plazo puede ser menor si así se establece en el contrato, pero nunca será inferior a un año, de manera que si las partes no hacen uso de su libertad para restringir el período para los bienes usados, el plazo que regirá será supletoriamente el genérico de los dos años. Si los plazos pactados de garantía son inferiores a estos plazos indicados, la Ley emerge

Por otro lado, el comprador tiene derecho a exigir lo ofertado públicamente, puesto que lo ofertado en la publicidad se integra en el contrato como contenido obligatorio del mismo, según reza el artículo 8 de la LGDCU.

En torno al carácter vinculante de las declaraciones públicas, CASTILLA BAREA, M. *Op. cit.*, páginas 112 y ss.

⁴⁹⁷ La Ley contempla dos supuestos: que la instalación incorrecta sea realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad por ser una de sus obligaciones accesorias, en cuyo caso cualquier perjuicio producido al bien fruto de la incorrecta instalación será soportado por el vendedor sin poder repercutir nada al productor; o que la incorrecta instalación del bien llevada a cabo por el comprador sea consecuencia de un error en las instrucciones, en cuyo caso la falta de conformidad deriva de una falta de información o de una información errónea (CASTILLA BAREA, M. *Op. cit.*, páginas 139-142).

imperativamente y los plazos contractuales se alargarían hasta hacerlos coincidir con los plazos legales –artículo 4 y Exposición de Motivos de la Ley. Sea cual fuere el plazo, incluso cuando sea el mínimo de un año, observamos que la duración del período de manifestación de las faltas de conformidad amplía con creces el de los seis meses del artículo 1490 del Código civil.

Dentro del período de garantía, se presume que las faltas de conformidad manifiestas en los seis meses posteriores a la entrega del bien ya existían cuando se entregó, salvo incompatibilidad con la naturaleza del bien o la índole de la falta de conformidad; si la falta de conformidad se manifiesta transcurridos los seis primeros meses desde la entrega, el comprador deberá demostrar no sólo la falta de conformidad del bien y que se halla dentro del plazo de garantía de los dos años, sino también que la falta de conformidad preexistía a la entrega.

Las acciones que la Ley reconoce al consumidor, una vez manifestada la falta de conformidad en el plazo de dos años desde la entrega, prescriben a los tres años a partir, no desde cuando se manifestaron los vicios, sino desde el momento de la entrega del bien⁴⁹⁸. Para poder ejercitar tales acciones el consumidor, siguiendo aquí la Directiva 44/99 por ser una figura totalmente ajena a nuestro Derecho, deberá realizar una

⁴⁹⁸ Al efecto de eliminar las dudas sobre cuándo ha de entenderse el momento de la entrega, el artículo 9, 1 de la Ley establece que salvo prueba en contrario la entrega se entiende hecha en el día que figure en la factura o tique de compra o en el albarán de entrega correspondiente si éste fuera posterior, en una clara idea del legislador de adaptar los periodos legales de manifestación de los defectos a la posibilidad real de percibirlos.

CASTILLA BAREA, M. (*Op. cit.*, páginas 277 y 278) considera que el *dies a quo* debería haberse computado mejor desde el momento en que se manifiesta la falta de conformidad, siempre y cuando tuviera lugar dentro de los dos años contados a partir de la entrega de la cosa, pues así no comenzaría a correr el tiempo del ejercicio de las acciones en contra del consumidor inútilmente, dado que el tiempo que transcurra antes del descubrimiento de la falta de conformidad no permite al consumidor ejercitar acción alguna.

denuncia previa al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que la detectó⁴⁹⁹, denuncia que, salvo prueba en contrario, se presume efectuada dentro del plazo preceptuado. Muy importante al respecto es determinar si la omisión de la referida carga produce la pérdida para el consumidor de ejercer sus derechos, lo cual podría atentar contra el verdadero espíritu de proteger al débil jurídico de la relación.

Según el artículo 4 de la Ley los mecanismos de protección con los que cuenta el consumidor son la reparación del bien, su sustitución, la rebaja del precio y la resolución del contrato, amén en todos ellos de la correspondiente indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la falta de conformidad ya que los derechos reconocidos al consumidor pueden no colmar todas sus pretensiones⁵⁰⁰. Ahora bien, todos ellos no se encuentran en plano de igualdad, puesto que el artículo 7 condiciona la rebaja del precio o la resolución del contrato al hecho de que el consumidor no pueda exigir la reparación o sustitución, o a que éstas no hubieran sido satisfactorias, por lo que resultan ser unos recursos subsidiarios respecto de la facultad de elegir entre la reparación o la sustitución del bien.

⁴⁹⁹ Aunque el artículo 9, 4 de la Ley tiene su antecedente en el artículo 5, 2 de la Directiva 1999/44/CE, su origen no deriva de un mandato del legislador europeo sino en una libre decisión del legislador español de incorporar a nuestro ordenamiento jurídico tal exigencia. El hecho de que tal exigencia se previera en la regulación de la compraventa mercantil –artículo 342 del Código de comercio- nos permite atisbar un acercamiento entre ambos regímenes jurídicos.

En torno a la naturaleza jurídica del deber impuesto y los aspectos procedimentales de la denuncia, CASTILLA BAREA, M. *Op. cit.*, páginas 197 y ss.

⁵⁰⁰ El consumidor podrá demandar tanto daño emergente como lucro cesante, daño patrimonial y daño moral. Nuestra jurisprudencia suele ser poco dada a reconocer lucro cesante cuando se trata de consumidores, si bien tiende a utilizar el daño moral para compensar perjuicios no suficientemente acreditados. El consumidor deberá acreditar los daños causados como consecuencia de la falta de conformidad.

De manera que a falta de conformidad el consumidor podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del bien, a menos que una de estas opciones o ambas resulten imposibles⁵⁰¹ o desproporcionadas⁵⁰². Tanto la reparación como la sustitución serán absolutamente gratuitas para el consumidor, incluidos los gastos de envío, mano de obra y materiales; deberán llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, plazo que la Ley no concreta, sino que lo aproxima, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y la finalidad que tuvieran para el consumidor, con lo cual cada caso será distinto en función de la naturaleza del bien⁵⁰³. La reparación suspende los plazos de garantía previstos por la Ley desde que el consumidor pone el bien a disposición del vendedor hasta la entrega a aquél del bien reparado⁵⁰⁴. Durante los seis meses posteriores a la entrega del bien reparado o sustituto, el vendedor responderá de las faltas de conformidad que motivaron la

⁵⁰¹ La reparación o sustitución es imposible cuando la falta de conformidad es irreversible o cuando las características del bien la hacen insustituible (la propia Ley en su artículo 6 g declara que no cabe la sustitución en los bienes no fungibles o de segunda mano). El legislador ha querido excluir de la elección del consumidor la que se revela como inútil o absolutamente inviable desde el primer momento, tras una observación básica de la realidad.

⁵⁰² Ante la relatividad de la noción de desproporcionalidad el legislador –artículo 3, 2- prefiere hacer un intento de aproximación al concepto, al considerar como tal toda forma de saneamiento que impone al vendedor costes que, comparados con otras formas de saneamiento, no son razonables según algunos criterios que no son totalmente económicos (valor del bien sin falta de conformidad, relevancia de la falta de conformidad, saneamiento alternativo sin inconvenientes mayores para el consumidor).

⁵⁰³ En todo caso, la LGVBC supera la distinción entre compravent genérica y específica en el supuesto de hecho de falta de conformidad, toda vez que parte de diferente noción del contrato y del incumplimiento, puesto que impone al vendedor la garantía de entregar una cosa ajustada al objeto que del contrato se deriva y cualquier divergencia entre el objeto ideal y el entregado constituye un incumplimiento. Al respecto, FENOY PICON, N. *El sistema de protección del comprador*. Cuadernos de Derecho Registral. Madrid. 2006, páginas 56 y ss.

⁵⁰⁴ La reparación, lo mismo que la sustitución suspende los plazos de garantía, de manera que cesada la suspensión el plazo original de dos años continuará desde donde se había quedado el cómputo al inicio de la suspensión, y no es que correrá de nuevo desde el cese de la suspensión.

Al respecto, CASTILLA BAREA, M. *Op. cit.*, páginas 280-288.

reparación, presumiéndose en caso de que se reproduzcan en el bien defectos del mismo origen que los inicialmente manifestados que se trata de la misma falta de conformidad, a tenor del artículo 6 de la Ley.

De no efectuarse la reparación o la sustitución en un plazo razonable, haberse efectuado con mayores inconvenientes para el consumidor, o no conseguida aún así la conformidad con el contrato, el consumidor podría exigir la resolución del contrato o la rebaja del precio –artículo 7 de la Ley-, si bien cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia o leve sólo podrá exigir la rebaja del precio⁵⁰⁵ y no la resolución del contrato. La inclusión del concepto jurídico indeterminado sobre la levedad del defecto da rienda suelta a su valoración por las partes y, en defecto de acuerdo, al arbitrio judicial en el que el juzgador deberá interpretar el contrato para detectar los elementos que le informen sobre la importancia que para el consumidor tenía el aspecto del bien que presenta anomalías y, de no hallarlos, acudirá a los criterios objetivos o habituales en el tráfico, esto es, lo que el mercado entiende como grave o leve con relación al tipo de bien adquirido⁵⁰⁶.

Vemos, pues, que frente al sistema general de los remedios de incumplimiento del Código civil, en donde la pretensión de cumplimiento y la resolución operan en plano de igualdad, cuando el incumplimiento es grave y, por ende, no hay jerarquía de remedios, la Ley de 2003 diseña un régimen específico determinado jerarquizado y que, de admitir al consumidor que pudiera a su elección acudir al sistema general de remedios por

⁵⁰⁵ El artículo 8 de la Ley señala que la rebaja del precio será proporcional a la diferencia entre el valor del bien al momento de la entrega de ser conforme el contrato y el valor que el bien tenía efectivamente al momento de dicha entrega.

⁵⁰⁶ MARCO MOLINA. *La garantía legal sobre los 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 la garantía de los bienes de consumo*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario. 2002, página 2330.

incumplimiento, podría llegar a ser distorsionado, lo que contrariaría claramente la voluntad del legislador⁵⁰⁷.

Mientras que el artículo 8, 1 de la Directiva establece la compatibilidad de los derechos conferidos al consumidor con otros derechos reconocidos por las normas nacionales de responsabilidad contractual o extracontractual, el planteamiento de la Ley de 2003 en su Disposición Adicional es más restrictivo pues, aunque mantiene el régimen de compatibilidad con las acciones indemnizatorias, es incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa, y guarda silencio con otras acciones distintas de las indemnizatorias o las de saneamiento por vicios ocultos⁵⁰⁸. Al respecto, a través de la remisión general que

⁵⁰⁷ FENOY PICON, N. *El sistema de protección del comprador*. Cuadernos de Derecho Registral. Madrid. 2006, páginas 158 y ss.

De la misma manera, la entrega de un *aliud pro alio* tiene encaje en la LGVBC, como una modalidad de falta de conformidad, a menos que el vendedor sea doloso, razón por la cual no sería aplicable el régimen general de incumplimiento del Código civil. Ver FENOY PICON, N. *El sistema de protección del comprador*, páginas 182-187.

La misma autora entiende que la Ley no contempla su aplicación al vendedor doloso, por lo cual habrá de aplicarse el régimen general del incumplimiento del Código civil –artículos 1096, 1101 y ss., y 1124 (*Op. cit.*, páginas 264 y ss.).

⁵⁰⁸ Y es que según anuncia la Exposición de Motivos de la Ley el régimen previsto por la nueva Ley para las faltas de conformidad sustituye íntegramente al régimen de las acciones edilicias en caso de saneamiento por vicios ocultos, de manera que se crea un nuevo régimen jurídico para ellas y posterga la regulación del Código civil a las compraventas civiles no comprendidas en el marco de la Directiva.

Si el consumidor pudiera optar por el régimen del Código civil no sólo carecerían de justificación todas las cautelas previstas en la Ley de 2003, sino que también se atentaría contra el carácter imperativo de sus disposiciones, toda vez que el consumidor no podría renunciar a hacer valer las acciones previstas en ella.

En torno a la falta de conformidad y el saneamiento por vicios ocultos, FENOY PICON, N. (*El sistema de protección del comprador*. Cuadernos de Derecho Registral. Madrid. 2006, páginas 32 y ss.) considera que el saneamiento por vicios ocultos no es aplicable a las compraventas regidas por la

realiza la referida Disposición Adicional a la indemnización de daños y perjuicios en caso de falta de conformidad, de acuerdo a la legislación civil y mercantil, se concede al consumidor un nuevo instrumento para tutelar sus intereses, amén de los ya analizados, tanto para reclamar daños contractuales como extracontractuales⁵⁰⁹.

Sin embargo, la Ley de 2003 ha omitido que el consumidor en cuanto comprador y acreedor goza de una serie de mecanismos protectores en nuestro ordenamiento jurídico distintos a los del saneamiento por vicios ocultos, puesto que la anacrónica regulación del Código civil en materia de vicios ocultos había propiciado en la práctica el abandono de tales preceptos y sus correlativos del Código de comercio. Por ello, el legislador de 2003 más que resolver el encaje de la nueva Ley con el sistema de los vicios ocultos debía haberse pronunciado por su compatibilidad con las reglas generales de protección ante el incumplimiento contractual. Ante esta situación, parece que lo más lógico sea el sostener la libertad del consumidor –comprador y acreedor- para seleccionar el mecanismo más favorable a sus intereses, más aún cuando la propia Ley sólo declara la incompatibilidad de su régimen con las acciones edilicias y no con las acciones generales derivadas del incumplimiento (resolución del contrato, excepción de contrato no cumplido, cumplimiento forzoso, indemnización de daños y perjuicios).

Además de los mecanismos jurídicos con los que cuenta el consumidor frente al vendedor por falta de conformidad, considerados como la garantía legal, la Ley

LGVBC, dado que las ventas de consumo cuentan con un régimen especial para el problema de la falta de conformidad, amén de que la Exposición de Motivos de la Ley establece que las acciones de reparación y sustitución del bien, rebaja del precio y resolución del contrato de esta Ley sustituyen, en las compraventas de consumo, a las acciones edilicias de saneamiento, dejando a salvo las acciones indemnizatorias de los compradores. Es decir, "*saneamiento por vicios ocultos y falta de conformidad son dos regímenes distintos de tratamiento del mismo problema jurídico, surgidos en momentos sucesivos y excluyentes entre sí*".

⁵⁰⁹ CASTILLO BAREA, M. *Op. cit.*, páginas 262-273.

contempla también en su artículo 11 la denominada garantía comercial, una mejora de los derechos que ya la garantía legal concede al consumidor. Dicha garantía se integra en el contenido del contrato y es tan exigible como el cumplimiento principal del mismo, aunque sólo obligará a quien figure como garante de él⁵¹⁰. Si el consumidor lo solicita la garantía comercial deberá formalizarse en castellano, por escrito, directamente disponible y accesible para éste, con un contenido mínimo de menciones para el uso de bienes de naturaleza duradera⁵¹¹, según el artículo 11, 2 de la LGDCU (bien del que se trata, nombre y dirección del garante, derechos del consumidor añadidos a los imperativos que reconoce la Ley, plazo de duración de la garantía y ámbito territorial, vías de reclamación), a pesar de que la polémica doctrinal es muy viva en torno a la vigencia de tal precepto, tal como ya hemos señalado anteriormente. La Ley establece un plazo de prescripción breve de seis meses desde la finalización de la garantía para exigir los derechos contenidos en la garantía comercial.

En conclusión podemos señalar que la responsabilidad emanada de la nueva Ley de 203 es de naturaleza contractual, matizada cuando en una más que curiosa excepción al principio de la relatividad del contrato, se exija al productor de los bienes defectuosos la demanda por saneamiento, toda vez que él no fue quien contrató con el consumidor. A su vez, se trata de un responsabilidad objetiva, puesto que el vendedor responde al margen de su conducta dolosa, culposa o no culposa, más aún cuando llega

⁵¹⁰ La Ley sólo habla de que su contenido represente una adición a la garantía legal, por lo que su contenido puede ser de lo más variado (prórroga plazos, ampliación causas de falta de conformidad, prestaciones sustitutivas mientras dura la reparación del bien, eliminación de la denuncia de falta de conformidad).

⁵¹¹ La Disposición Transitoria 2ª de la Ley trae a colación el Anexo II del R. D. 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, entre los que se incluyen instrumentos y material de óptica, fotografía, relojería y música; herramientas, cuchillería, cubertería y otras manufacturas metálicas comunes; muebles, artículos de menaje, accesorios y enseres domésticos; aparatos eléctricos, electrotécnicos, electrónicos e informáticos y su software; vehículos automóviles, motocicletas, velocípedos, sus piezas de recambio y accesorios; juguetes, juegos, artículos para recreo y deportes; vivienda.

a responder frente al consumidor cuando la falta de conformidad resulte imputable a otra persona que haya tenido contacto con el bien antes que él, si bien cuenta con una acción de regreso contra el verdadero responsable.

A modo de conclusión, pues, podemos decir en el mismo sentido que habla DE LA IGLESIA MONJE, M^a ISABEL⁵¹² que, aunque la finalidad práctica de las diferentes normativas que afectan a nuestro estudio podría considerarse semejante, común a todas ellas, cual es que la entrega de la cosa resulte correcta, sin defectos ni ausencia de las cualidades prometidas, con el fin de obtener la plena satisfacción del comprador y su conformidad, sin embargo, el *iter* es diferente en cada una de ellas.

IV. 3. 2. América Latina

Así como la legislación de los Códigos civiles latinoamericanos responde en gran medida al esquema tradicional previsto por la codificación europea en sede de acciones edilicias, que arranca con el ejemplo francés, y continúa con otros modelos similares, según hemos tenido oportunidad de ver, lo cierto es que el movimiento a favor de los intereses y derechos de los consumidores también se ha sumado en el área latinoamericana, y así se aportan otras soluciones jurídicas a las contempladas por los respectivos Códigos civiles en el caso de vicios o defectos en las cosas y servicios adquiridos.

⁵¹² Se refiere a los preceptos que se hallan implicados (artículo 1484 del Código civil; artículo 336 del Código de comercio; artículo 11 de la LGDCU; artículo 35 de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980, y, en conexión con éste, el artículo 2 de la Directiva 44/1999) en su obra "*El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*". Centro de Estudios Registrales. Madrid. 2002.

De tal manera que, como ya hemos planteado en el caso español, se plantea la posible dualidad de legislaciones aplicables en cada uno de los respectivos ordenamientos jurídicos, teniendo bien en cuenta, no obstante, que la legislación específica de consumidores suele encontrar su marco de actuación en las relaciones jurídicas que se entablan entre proveedores y consumidores, con lo cual quedarían al margen de su espectro las surgidas entre consumidores que, por ende, entrarían dentro del ámbito de aplicación de las acciones edilicias reguladas en el Código civil. La labor de encaje y complementariedad se presenta más que interesante, puesto que a nuestro entender, lejos de suscitar exclusiones y solapamientos, con ambos sistemas jurídicos se puede llegar a obtener una mayor protección jurídica para el adquirente de bienes y servicios, considerado aquí como débil jurídico de la relación.

A tal efecto, procederemos a analizar las legislaciones especiales en sede de protección al consumidor de otros tantos países como de los que ya nos hemos ocupado con anterioridad para estudiar sus respectivos Códigos civiles por lo que a la materia de los vicios o defectos redhibitorios se refiere, esto es, la normativa específica de Chile, Argentina, Venezuela, México, Perú y Brasil, toda ella surgida y nacida en los años 90 al amparo del movimiento *pro consummatore* que se ha implantado y se ha ido consolidando en esta rama del Derecho, que como podemos detectar presenta unas claras aristas comunes con algunos aspectos clásicos relacionados tanto con el Derecho civil, como con el Derecho mercantil.

IV. 3. 2 a) Chile. La nueva Ley chilena 19. 955 de 14 de julio de 2004 reformó la anterior Ley 19. 496 sobre la materia que, en algunos aspectos, se ha mantenido intacta. En la Ley derechos para el consumidor o usuario, también obligaciones para el proveedor de bienes o servicios, parte de ellos analizados en los artículos anteriores.

Sin embargo, la ley no sólo los reconoce y señala, igualmente establece la facultad a los consumidores para reclamar de ellos. Para ello el reclamo debe efectuarse en el plazo que fija la Ley, y los plazos que la Ley preceptúa son los siguientes: tres meses, en caso del derecho opcional de reparación gratuita, de cambio del producto y de devolución de la cantidad pagada, en general frente a deficiencias y falta de seguridad⁵¹³; siete días, o el impreso en el producto, tratándose de deficiencias en un producto perecible; seis meses, si el vendedor o fabricante no otorga respuesta favorable frente a la deficiencia ya reclamada; treinta días hábiles, en el caso del daño ocasionado por un servicio de reparación de bienes prestado en forma defectuosa y este plazo se cuenta desde la fecha en que hubiere terminado la prestación del servicio; seis meses en caso de incumplimiento de las obligaciones del proveedor de servicios de reparación; y seis meses como plazo general de prescripción, establecido por la ley, de las acciones que tienen los consumidores y usuarios para denunciar infracciones y para solicitar indemnizaciones si ésta se solicitare conjuntamente.

Todas las infracciones a la ley del consumidor deben denunciarse en el Juzgado de Policía Local competente. El juzgado competente será, a elección del consumidor, el que corresponda a la comuna donde se celebró el contrato; el que corresponda a la comuna donde se hubiese cometido la infracción; el que corresponda a la comuna donde se dio inicio a la ejecución de la infracción.

La ley de protección al consumidor establece que el consumidor o usuario afectado por la infracción a las normas de esta ley podrá: denunciar la infracción y mediante ella obtener que el proveedor de bienes o servicios sea sancionado con una multa a beneficio fiscal; denunciar y demandar, es decir, denunciar la infracción cometida, pero

⁵¹³ Artículos 19 y 20 de la Ley. Este plazo comienza a correr desde que se recibió el producto. Si se compró con garantía extendida, prevalecerá el plazo de esta garantía. Este plazo es para hacer efectivo este derecho opcional ya sea ante el vendedor o fabricante.

conjuntamente demandar la reparación e indemnización de los daños materiales y morales sufridos con ocasión de la infracción.

La reparación e indemnización se encuentra establecida como derecho en el artículo 3 letra e) de la presente Ley. La denuncia y/o demanda debe presentarse por escrito, y se faculta al consumidor para intervenir en el juicio personalmente sin necesidad de abogado habilitado.

En cuanto al servicio de reparación de bienes, sin lugar a dudas, este es un tema que ha significado más de un dolor de cabeza a un gran número de consumidores, puesto que la reparación efectuada a algún bien generalmente los deja insatisfechos⁵¹⁴.

El artículo 40 y siguientes de la Ley establecen derechos para los consumidores, y correlativamente obligaciones para el proveedor de los servicios: emplear en la reparación

⁵¹⁴ La Ley 19.946 en su artículo 3º establece los derechos generales de los consumidores, éste artículo consagra principios que deben regir en todos los actos que digan relación con la compraventa de bienes y/o prestaciones de servicios a lo que se ve cotidianamente enfrentados los consumidores. La reparación o indemnización es una compensación a que tiene derecho a percibir el consumidor cuando en su patrimonio se produzca un daño material, o también cuando se sienta afectado moralmente, y siempre que dicha afectación se haya producido de manera directa por la infracción o incumplimiento por parte del proveedor, ya sea de las normas del contrato o de las normas que establece esta ley.

La Ley de protección al consumidor recogiendo esta necesidad social ha regulado el Contrato de prestación de Servicios cuyo objeto sea la reparación de cualquier tipo de bienes. Dicho de otro modo, regula aquellos contratos en que una de las partes es el proveedor que se obliga a prestar el servicio de reparación de bienes y la otra el consumidor que se obliga a pagar un precio por dicho servicio. Debemos dejar claro eso sí, que este contrato no guarda relación con el derecho a reparación que tienen los consumidores cuando el bien adquirido es defectuoso o no reúne determinadas especificaciones ofrecidas.

componentes o repuestos adecuados al bien de que se trate; emplear en la reparación repuestos nuevos; puede emplear en la reparación repuestos refaccionados siempre que informe al consumidor de ello; señalar por escrito en la respectiva boleta, recibo u otro documento similar la garantía que se ofrece, es decir el plazo por el cual se hace responsable del servicio otorgado.

Entre los derechos del consumidor reconocidos destacamos: exigir al proveedor, en caso de incumplimiento de las tres primeras obligaciones precedentes, la sustitución gratuita de los repuestos efectivamente contratados; solicitar al proveedor que especifique en la boleta, recibo o factura si los repuestos empleados son nuevos o refaccionados y el precio de ellos; solicitar al proveedor que especifique en la boleta, recibo o factura el valor de la mano de obra; derecho a reclamar del desperfecto o daño ocasionado por el servicio de reparación que se prestó en forma defectuosa. Existe además el deber que dice relación con que el consumidor debe retirar del servicio de reparación las especies dejadas, a lo más, en el plazo de un año, de lo contrario éstas se entenderán abandonadas a favor del proveedor.

Los consumidores tendrán 2 tipos de acción para reclamar contra los proveedores del servicio de reparación, a saber: la acción de denunciar y solicitar eventualmente indemnización de perjuicios por el incumplimiento de los deberes antes descritos (en el plazo de 6 meses contados desde la infracción); la acción de denunciar y solicitar eventualmente indemnización de perjuicios por el desperfecto o daño ocasionado por el servicio de reparación defectuoso (en el plazo de 30 días hábiles contados de la fecha en que se termina la prestación del servicio o desde que se entregó el bien reparado). En este último caso, si el tribunal estimare procedente el reclamo dispondrá que el servicio sea prestado nuevamente, pero sin costo para el consumidor o podrá disponer que el dinero pagado por el consumidor sea devuelto por el proveedor.

La nueva Ley regula el **derecho de retracto**⁵¹⁵, puesto que lo normal es que el consumidor que requiere un bien o servicio se dirija al proveedor, informándole de las características de su requerimiento y asuma la adquisición teniendo a la vista el bien, o conociendo el servicio que contrata. Esta relación de consumidor vis a vis con el bien o servicio, se altera cuando el proveedor viene al consumidor y llega a su hogar o lugar de trabajo, cuando toma la iniciativa y va hasta el consumidor a hacer la oferta.

Se produce así un espacio de negociación de alguna manera menos reflexivo, potencialmente perjudicial a la protección de los intereses del consumidor, el que de alguna manera, coarta o limita su derecho a la libre elección. El derecho del consumidor ha desarrollado mecanismos para enfrentar estas situaciones y contempla para este ejercicio de transacciones fuera del establecimiento mercantil un resguardo jurídico. Le otorga al consumidor una opción, atendida la naturaleza de la transacción, para revisar el consentimiento otorgado. Tal es el derecho de retracto, el derecho a desistirse del contrato dentro de un plazo determinado, plazo que se considera como un tiempo de reflexión, "periodo de enfriamiento" en las ventas o contrataciones que se dan en un contexto especial: ventas a domicilio, en las llamadas televentas, en las ventas a la distancia, las que se hacen por catálogos, por muestrario, por Internet, y en general donde el bien no es apreciado físicamente por el adquirente.

El derecho a retracto en nuestra legislación, es aquel en que el consumidor puede poner término en forma unilateral al contrato ya celebrado. Los plazos y condiciones para

⁵¹⁵ En las legislaciones europeas, en Brasil y Argentina, entre otros países latinoamericanos, el retracto tiene ya rango de antigüedad y ha sido incorporado con carácter amplio. En la legislación chilena en cambio, el derecho a retracto no fue incorporado a la Ley 19.496, sino más bien la importancia y la necesidad de regulación de esta forma especial de contratación sólo fue reconocida e incorporada con la modificación introducida con fecha 14 de julio del año 2004 por la ley 19.955.

ejercer este derecho son descritos por el artículo 3 bis, y son los siguientes:

a) en el plazo de 10 días contados desde la recepción del producto o desde la contratación del servicio⁵¹⁶;

b) en el plazo de noventa días en caso de que el proveedor no haya dado cumplimiento al envío de la comunicación escrita señalada anteriormente. No puede ejercerse este derecho si el bien ha sido deteriorado por causa del consumidor. Si el bien o servicio se obtuvo por medio de un crédito, éste queda sin efecto pero los intereses son de cargo del consumidor cuando se haya otorgado por un tercero. El proveedor debe devolver todo lo pagado por el consumidor, lo más rápido posible y antes de los 45 días; el consumidor deberá restituir en buen estado los elementos de embalaje, los manuales de uso, las cajas, elementos de protección y todo otro elemento que viniera con el bien;

c) en el plazo de 10 días contados desde que se complete la primera publicación de los resultados de las postulaciones a las Universidades del Consejo de rectores, tratándose de

⁵¹⁶ Ya tratándose de la compra de bienes o la contratación de servicios realizadas en reuniones convocadas o concertadas con dicho fin por el proveedor, siempre que el consumidor esté obligado a expresar su aceptación con dicha compra o contratación el mismo día de la reunión (para ejercer este derecho el consumidor deberá enviar carta certificada dirigida al proveedor, al domicilio que de él aparezca en el contrato); ya tratándose de la compra de bienes o la contratación de servicios realizada por medios electrónicos fax, Internet, teléfono o cuya compra o contratación fuere a distancia, es decir, a través de catálogos, avisos, u otros, a menos que el proveedor haya dispuesto expresamente lo contrario (para ejercer este derecho el consumidor deberá utilizar los mismos medios que empleó para celebrar el contrato y siempre que el proveedor haya enviado al consumidor comunicación de haberse perfeccionado el contrato y copia íntegra, clara y legible de él).

las prestaciones de servicios educacionales de nivel superior, proporcionadas por centros de formación técnica, institutos profesionales y universidades⁵¹⁷.

La Ley también regula la garantía, que es el medio con el cual se asegura o protege al consumidor frente a la falta de idoneidad de un producto adquirido o el deficiente servicio prestado. La garantía puede ser legal o contractual. La ley del consumidor en el artículo 20 consagra la garantía legal como un derecho porque está establecida en beneficio del consumidor quién, por su parte, tiene el deber de exigirla. La garantía que nuestra ley contempla consiste en: a) reparación gratuita. b) reposición o cambio del producto y, c) devolución de la cantidad pagada. La reposición, la bonificación de su valor en la compra de otro producto o la devolución del dinero pagado en exceso se puede hacer efectivo cuando la cantidad o el contenido de un producto es inferior al que se indica en el envase⁵¹⁸. Esta garantía legal puede hacerse efectiva ante el vendedor dentro del plazo de tres meses contados desde la recepción del producto. Si el consumidor opta por la reparación podría

⁵¹⁷ El contrato debe ser dejado sin efecto, sin previo pago alguno por los servicios educacionales no prestados, salvo retención por concepto de costos de administración, un monto de la matrícula, siempre que excedan del 1% del arancel anual. La institución tendrá el plazo de 10 días a contar del ejercicio del derecho de retracto, para entregar o devolver los dineros pagados o documentos de pago o de crédito entregados en respaldo de este servicio educacional. Si se hubiere otorgado mandato para hacer futuros cobros este quedará revocado por el solo ministerio de la ley. Para ejercer este derecho se requerirá ser alumno de primer año de una carrera o programa de pregrado y acreditar estar matriculado en otra entidad de educación superior.

⁵¹⁸ Los casos en que la Ley contempla la reparación gratuita, reposición o cambio y la devolución de la cantidad pagada, son: cuando los productos no cumplan las normas de seguridad que deberían tener; cuando la etiqueta o rotulado indiquen partes, piezas o ingredientes que en definitiva no contiene el producto; cuando los productos por deficiencia de fabricación, de sus materiales, ingredientes, calidad o condiciones sanitarias no sea enteramente apto para el uso o consumo; cuando proveedor y consumidor acuerden que los productos deben tener ciertas cualidades y ello no se cumpla; cuando la cosa tenga defectos ocultos que imposibiliten su uso.

Así después de haber hecho efectiva la garantía y de prestarse el servicio técnico (en caso de reparación) la deficiencia subsiste o se presenta una distinta, este derecho subsistirá.

solicitarla ante el vendedor, fabricante o importador. Lo importante es que solicitada a uno de ellos no puede después solicitarla al otro. Si el consumidor opta por la devolución de la cantidad pagada entonces sólo puede solicitarla ante el vendedor.

La garantía contractual es aquella que se establece de común acuerdo entre consumidor y proveedor y en la cual el proveedor asume responder o asegura la calidad de producto bajo determinadas condiciones. Si en la compra el proveedor ofrece un seguro o contrato por el cual pagando una suma adicional se extiende la garantía de él, este plazo es el que prevalecerá, pero se debe poner atención a las circunstancias que el documento describe y por las cuales el vendedor o asegurador no se hace responsable. La ley del consumidor establece una garantía especial en el artículo 41 para los contratos de prestación de servicios, y señala que el proveedor debe indicar en la boleta el plazo por el cual se hace responsable del servicio prestado. El consumidor podrá reclamar por el daño ocasionado por el servicio defectuoso en el plazo de treinta días hábiles contados desde la terminación del servicio prestado o desde la recepción del bien reparado. Atendido la brevedad del plazo debe intentarse la denuncia inmediatamente al Juzgado de Policía Local del domicilio del prestador del servicio, si lo que se desea obtener nuevamente es la prestación del servicio en forma gratuita o la devolución del dinero; pero si lo que se desea obtener es indemnización de perjuicios por los daños materiales y morales sufridos, el plazo para hacer efectiva la demanda es de seis meses.

IV. 3. 2 b) Argentina. La Ley argentina de Defensa del Consumidor n° 24. 240 de 22 de septiembre de 1993 ha sido modificada parcialmente en los años 1995 (ley 24. 568), 1997 (ley 24. 787) y 1998 (ley 24. 999), lo cual ha permitido volver al texto originario de la Ley 24. 240 que en algunos puntos resultó vetado por el Ejecutivo nacional. Dentro de las reformas producidas destaca el apartado correspondiente a las cosas muebles no consumibles, desarrollado en los artículos 11-18 de la Ley.

Así, el artículo 11 hace renacer la garantía legal a favor del comprador y los sucesivos adquirentes por los defectos o vicios de las cosas muebles no consumibles, aunque hayan sido manifiestos al tiempo del contrato, siempre que afecten la identidad entre lo ofrecido, lo entregado y su correcto funcionamiento. Vemos, pues, que la garantía legal no sólo es por vicios ocultos, regulada por el Código civil, sino también a los vicios aparentes o manifiestos⁵¹⁹.

El artículo 14 recoge el contenido mínimo del certificado de garantía, sin que la falta de notificación al fabricante por parte del consumidor libere a aquél de la responsabilidad que le compete, de manera que cualquier cláusula que contraríe dicho precepto será nula y se tendrá por no escrita⁵²⁰.

La reparación es objeto de una regulación especial en la Ley: tanto en lo que se refiere a la constancia de la misma, una vez practicada, que ha de entregar el garante al consumidor, donde se desglosará su naturaleza, piezas reemplazadas o reparadas, fecha de entrega por el consumidor y de devolución a éste –artículo 15 de la Ley; así como en lo atinente a la prolongación del plazo de garantía legal durante el tiempo de privación del uso

⁵¹⁹ La garantía legal tendrá vigencia por tres meses a partir de la entrega, pudiendo las partes convenir un plazo mayor, según concluye el mencionado precepto de la Ley argentina.

El artículo 13 de la Ley establece la responsabilidad solidaria para el otorgamiento y cumplimiento de la garantía legal de los productores, importadores, distribuidores y vendedores. Se trata de una responsabilidad objetiva de la que sólo quedarán eximidos si prueban la culpa del consumidor o de un tercero por el que no deben responder (BORDA, A. *Evolución de los derechos del consumidor en la legislación argentina*. Contratación contemporánea. 2. Instituciones de Derecho privado. Temis. Bogotá. 2001, página 472).

⁵²⁰ Tal modificación ha sido alabada en general por la doctrina. Al respecto, TABOADA, M. *En torno a la ley de defensa del consumidor y a las observaciones formuladas por el poder ejecutivo*. La Ley. 1994 A, página 774.

de la cosa, y al supuesto en que la reparación no haya sido satisfactoria, en cuyo caso el consumidor contaría con las siguientes opciones, amén de la reparación de daños y perjuicios que pudieran corresponder: sustitución de la cosa por otra de características iguales, devolución de la cosa a cambio del importe de las sumas pagadas, o rebaja proporcional del precio de la cosa⁵²¹.

Cierra la materia el artículo 18 de la Ley con una referencia expresa a los vicios redhibitorios, puesto que la aplicación de las disposiciones precedentes de la legislación especial, no obsta para la subsistencia de la garantía legal por vicios redhibitorios regulada en el Código civil. En caso de concurrencia de un vicio redhibitorio, a instancia del consumidor se aplicará de pleno derecho el artículo 2176 del Código Civil, esto es, el derecho del comprador a ser indemnizado de los daños y perjuicios sufridos cuando el vendedor conocía o debía conocer los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador; en tanto que el artículo 2170 del Código Civil, que exonera al vendedor de los vicios redhibitorios cuando el comprador conocía o debía conocerlos por razón de su profesión u oficio, no podrá ser opuesto en ningún caso al consumidor.

IV. 3. 2 c) México. La Ley Federal de México de Protección al Consumidor de 1992 regula en su Capítulo IX las garantías a que todo bien o servicio ofrecido con garantía debe sujetarse⁵²²; dichas garantías ofrecidas no pueden ser inferiores a las que determinen las disposiciones aplicables ni prescribir condiciones o limitaciones que reduzcan los derechos que legalmente corresponden al consumidor, según reza el artículo 79 de la Ley.

⁵²¹ Todo ello en virtud de los artículos 16 y 17 de la Ley 24. 240 de 1993, que no se han visto afectados por las reformas posteriores de 1995, 1997 y 1998.

⁵²² La garantía en este caso no podrá ser inferior a sesenta días contados a partir de la entrega del bien o la prestación total del servicio, según el párrafo adicionado en el Diario Oficial de 04-02-2004 al artículo 77 de la Ley.

El artículo 78 de la Ley contempla el contenido y forma de la póliza de garantía.

A tenor del artículo 80 de la Ley, los productores deberán asegurar y responder del suministro oportuno de partes y refacciones, así como del servicio de reparación, durante el término de vigencia de la garantía y, posteriormente, durante el tiempo en que los productos sigan fabricándose, armándose o distribuyéndose.

Si el producto ha sido reparado o sometido a mantenimiento y presenta deficiencias imputables al autor de la reparación o del mantenimiento dentro de los treinta días naturales posteriores a la entrega del producto al consumidor, éste tendrá derecho a que sea reparado o mantenido de nuevo sin costo alguno, aunque si el plazo de la garantía es superior a los treinta días naturales, se estará a dicho plazo, a tenor del artículo 81 de la Ley referida.

El consumidor podrá optar por pedir la restitución del bien o servicio, la rescisión del contrato o la reducción del precio, y en cualquier caso, la bonificación o compensación, cuando la cosa u objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que la hagan impropia para los usos a que habitualmente se destine, que disminuyan su calidad o la posibilidad de su uso, o no ofrezca la seguridad que dada su naturaleza normalmente se espere de ella y de su uso razonable. Cuando el consumidor opte por la rescisión, el proveedor tiene la obligación de reintegrarle el precio pagado y, en su caso, los intereses. Todo lo anterior sin perjuicio de la indemnización que en su caso corresponda por daños y perjuicios⁵²³. El tiempo que duren las reparaciones efectuadas al amparo de la garantía no es computable dentro del plazo de la misma. Cuando el bien haya sido reparado se iniciará la garantía respecto de las piezas repuestas y continuará con relación al resto. En el caso de reposición del bien deberá renovarse el plazo de la garantía, según concluye el artículo 83 de la Ley.

⁵²³ Según reza el artículo 82 de la Ley de 1992, reformada en este punto en febrero de 2004.

El Capítulo XI de la Ley aborda el tema del incumplimiento, en cuyo caso los consumidores tendrán derecho, a su elección, a la reposición del producto o a la devolución de la cantidad pagada, contra la entrega del producto adquirido, y además, a una bonificación o compensación en una serie de supuestos (cuando el contenido neto de un producto o la cantidad entregada sea menor a la indicada en el envase, recipiente, empaque o cuando se utilicen instrumentos de medición que no cumplan con las disposiciones aplicables, considerados los límites de tolerancia permitidos por la normatividad; si el bien no corresponde a la calidad, marca, o especificaciones y demás elementos sustanciales bajo los cuales se haya ofrecido o no cumple con las normas oficiales mexicanas; si el bien reparado no queda en estado adecuado para su uso o destino, dentro del plazo de garantía, y en los demás casos previstos por esta ley)⁵²⁴.

Los consumidores tendrán derecho a la bonificación o compensación cuando la prestación de un servicio sea deficiente, no se preste o proporcione por causas imputables al proveedor, o por los demás casos previstos por la ley. La bonificación o compensación no podrá ser menor al veinte por ciento del precio pagado. El pago de dicha bonificación o compensación se efectuará sin perjuicio de la indemnización que en su caso corresponda por daños y perjuicios. Para la determinación del pago de daños y perjuicios, la autoridad judicial considerará el pago de la bonificación o compensación que en su caso hubiese hecho el proveedor⁵²⁵.

IV. 3. 2 d) Perú. El Decreto Legislativo n° 716 de la Republica del Perú promulga la norma sobre protección al consumidor, con fecha 7 de noviembre de

⁵²⁴ El artículo 92 de la Ley reformado en febrero de 2004 apunta esta regulación añadiendo además que cuando se trata de aparatos, unidades y bienes que por sus características ameriten conocimientos técnicos, se estará al juicio de peritos o a la verificación en laboratorios debidamente acreditados.

⁵²⁵ Estos artículos 92 bis y ter complementan el ya mencionado artículo 92 en cuanto a la bonificación o compensación económica a la que tiene derecho el consumidor.

1991(reformado por el D. L. nº 807 del 18 de abril de 1996). El Título Sexto aborda el punto correspondiente a las responsabilidades frente a los consumidores y contempla varios aspectos, como por ejemplo, los pagos en exceso hechos por el consumidor⁵²⁶.

Mención aparte merece el derecho de los consumidores a la reposición del producto o la devolución de la cantidad pagada en exceso en una serie de supuestos y que hará incurrir en mora al proveedor si no satisface la reclamación en el plazo de quince días hábiles, a tenor del artículo 30 de la Ley. Los consumidores tendrán derecho a la reparación gratuita del producto; y, cuando ello no sea posible, a su reposición; o, en su defecto, a la devolución de la cantidad pagada, en una serie de casos, según establece el artículo 31⁵²⁷.

El artículo 35 del texto estudiado nos presenta un contenido muy relacionado con el punto correspondiente a la falta de conformidad al referirse al supuesto de “... *deficiencia del servicio ..., el bien objeto de reparación, limpieza, mantenimiento u otros similares se perdiere o sufriere menoscabo, deterioro o modificación que disminuya su valor, lo haga total o parcialmente inapropiado para el uso normal al que está destinado, o lo convierta en peligroso ...*”, caso en el cual el prestador de

⁵²⁶ Recuperables por el consumidor y que devengarán hasta su devolución el máximo de los intereses compensatorios y moratorios que se hubieren pactado, y en su defecto el interés legal. En este caso la acción para solicitar la devolución prescribe en un año contado a partir de la fecha en que tuvo lugar el pago, a tenor del artículo 29 de la Ley comentada.

Si el proveedor estuviera obligado a restituir el precio o retribución abonado por el consumidor, deberá tomarse como base el valor del bien al momento de la devolución. Si el valor del producto servicio es menor al momento de la devolución, se deberá restituir el precio o retribución originalmente abonado por el consumidor más los intereses legales o convencionales, establece el artículo 33 de la norma en ciernes.

⁵²⁷ En relación con dicho precepto, el artículo 34 completa la materia diciendo que cuando un producto objeto de reparación presente defectos relacionados con el servicio realizado y estos sean imputables al prestador del mismo, el consumidor tendrá derecho dentro de los treinta días contados a partir de la recepción del producto a que se le repare nuevamente sin costo adicional.

servicios deberá indemnizar al consumidor por los daños y perjuicios ocasionados. Responsabilidad del proveedor que no cesa, aun cuando se hubieran obtenido las autorizaciones administrativas pertinentes para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio en los casos en que ella fuere necesaria, según cierra el citado Título Sexto el artículo 37 de la normativa aquí reseñada.

IV. 3. 2 e) Brasil. Al margen de los artículos 5 y 170 de la Constitución brasileña que abordan lo atinente a la defensa del consumidor y sus derechos, contamos con la Ley nº 8.078, del 11 de septiembre de 1990 que regula el Código de Defensa de los Consumidores que, en su Capítulo IV, aborda lo correspondiente a la calidad de los productos y servicios, así como la prevención y la reparación de los daños.

La Sección II del referido Capítulo contempla la responsabilidad por el producto o servicio, tanto del fabricante, productor, constructor, importador, comerciante o proveedor⁵²⁸; nos señala en su artículo 12 cuándo un producto se tiene por defectuoso; y, por fin, se equipara a los efectos de esta Sección a los consumidores con todas las víctimas del hecho, según refiere el artículo 17.

La Sección III del Capítulo mencionado alude a la responsabilidad solidaria que recae sobre los proveedores como consecuencia del vicio del producto y del servicio, que los vuelvan impropios o inadecuados para el consumo al que se destinan, o bien les disminuyan el valor, así como por los resultantes de disparidad con las indicaciones que constan en el recipiente, empaques, rótulos o mensaje publicitario, respetadas las variaciones resultantes de su naturaleza, siendo posible en este caso

⁵²⁸ Según el artículo 14 de la Ley el proveedor de servicios responderá, independientemente de la existencia de culpa, por la reparación de los daños causados a los consumidores por defectos referentes a la prestación de servicios, así como por informaciones insuficientes o inadecuadas sobre su fruición y riesgos.

que el consumidor exija la sustitución de las partes con vicio. Si dicho vicio no se ha solucionado en el plazo máximo de treinta días, el consumidor podrá exigir, alternativamente y a su opción, ya la sustitución del producto por otro de la misma especie en perfectas condiciones de uso; ya la restitución inmediata de valores pagados, debidamente actualizados, sin perjuicio de eventuales pérdidas y daños; o también, la reducción proporcional en el precio⁵²⁹.

También se contempla la responsabilidad solidaria de los proveedores por los vicios de cantidad del producto siempre que, respetadas las variaciones resultantes de su naturaleza, su contenido neto sea inferior a las indicaciones que constan en el envase, empaque, rótulo o mensaje publicitario, en cuyo caso podrá exigir el consumidor, alternativamente y a su opción, bien la reducción proporcional del precio; bien la complementación de peso o medida; bien la sustitución del producto por otro de la misma especie, marca o modelo, sin los aludidos vicios; o bien la restitución inmediata del valor pagado, actualizado monetariamente, sin perjuicio de eventuales pérdidas y daños⁵³⁰.

El proveedor de servicios responde además por los vicios de calidad que los vuelvan impropios para el consumo o les disminuya el valor, así como por aquellos resultantes de disparidad con las indicaciones que constan en la oferta o mensaje publicitario, pudiendo exigir el consumidor, alternativamente y a su opción: la reejecución de los servicios sin costo adicional cuando sea el caso; la restitución inmediata del valor pagado, actualizado monetariamente, sin perjuicio de eventuales daños y perjuicios; o bien la reducción proporcional del precio, a tenor del artículo 20 de la Ley comentada.

⁵²⁹ El artículo 18 de la Ley de 1990 concede al consumidor estas tres posibilidades pareciera que en régimen de igualdad y sin prioridad alguna.

⁵³⁰ Posibilidades contempladas en el artículo 19 de la Ley y que, como podemos comprobar, conceden un amplio espectro y abanico de opciones al consumidor.

La responsabilidad del proveedor no cesa por su desconocimiento respecto a los vicios de calidad por inadecuación de los productos y servicios; y es que la garantía legal de adecuación del producto o servicio es independiente de término expreso, estando prohibida la exoneración contractual del proveedor, así como cualquier estipulación contractual de cláusula que haga imposible, exonere o atenúe la obligación de indemnizar prevista en esta Sección y en las anteriores⁵³¹.

El derecho a reclamar por vicios aparentes o de fácil reconocimiento caduca a los treinta días, en caso de suministro de servicio y producto no durables y a los noventa días, si se trata de suministro de un servicio y producto durables, plazos computables a partir de la entrega efectiva del producto o de la conclusión de los servicios. Tratándose de vicio oculto, el plazo comienza a contar en el momento en que se verifique el defecto. La pretensión para la reparación por los daños causados por producto o servicio prescribe en cinco años a partir del conocimiento del daño y de su autoría⁵³².

CAPITULO V. ESTADO DE LA CUESTION EN EL DERECHO VENEZOLANO

V. 1. Codificación.

⁵³¹ Según se deriva de los artículos 23-25 de la Ley de 1990, que tratan de reforzar la posición jurídica del consumidor frente al proveedor incluso a costa de la limitación a la libertad contractual y autonomía de la voluntad.

⁵³² La Sección IV, Capítulo IV de la Ley de 1990 (artículos 26 y 27) regula tanto la decadencia y prescripción de las acciones para reclamar los vicios aparentes y ocultos, como para la reparación de los daños causados por producto o servicio.

Aun cuando el saneamiento por vicios ocultos deriva de la obligación de transmitir la propiedad por parte del comprador, el Código civil venezolano actual (última Reforma de 1982) lo regula como si fuera una obligación autónoma de asegurar la posesión útil de la cosa, o sea de garantizar al comprador la posesión que le permita usar la cosa en la forma que podía esperar. Así es, los artículos 1518-1525 del Código civil contemplan la regulación de la figura que impone la obligación del vendedor al saneamiento, normativa que será supletoria de lo que las partes establecen, por no tratarse de una materia de orden público, si bien no se podrá admitir la validez de la cláusula que exonere o disminuya la responsabilidad del vendedor en cuanto a los vicios que éste conozca y no haya declarado en el contrato ante la actuación dolosa de éste⁵³³.

El vicio para que sea considerado como redhibitorio ha de participar de algunos de los requisitos tradicionales ya conocidos: ha de ser cualitativo, no sólo cuantitativo, y ha de afectar al uso al cual está destinado⁵³⁴; grave, en el sentido que su magnitud sea tal que, de haberla conocido el comprador, no habría adquirido el bien, o hubiera ofrecido un precio menor⁵³⁵; oculto, puesto que el vendedor no se obliga por los vicios aparentes y por los que el comprador hubiera podido conocer por sí mismo⁵³⁶; preexistente a la venta, aun cuando no haya producido sus efectos; e ignorado por el comprador, tanto el vicio en sí mismo, como su repercusión en el uso al que la cosa está destinada.

⁵³³ El artículo 1520 *in fine* permite haber pactado la exoneración de la responsabilidad por vicios ocultos para el vendedor "*en este caso*", esto es, referido al supuesto descrito en el precepto, cuando el vendedor los ignorara y actuara de buena fe.

⁵³⁴ Precisamente el artículo 1518 del Código civil nos habla de los vicios o defectos ocultos que "*la hagan impropia para el uso a que esté destinada, o que disminuya el uso de ella ...*".

⁵³⁵ Este es el tenor del mismo artículo 1518 del Código civil, "*... de tal manera que si el comprador los hubiera conocido, no la habría comprado o hubiera ofrecido un precio menor*".

⁵³⁶ El artículo 1519 completado con el artículo 1520 del Código civil se expresa en dicho sentido, aun cuando el vendedor no los conociera.

El comprador podrá optar entre ejercer la acción redhibitoria, a fin de obtener la devolución del precio y restituir la cosa, o la acción estimatoria, a través de la cual retiene la cosa haciéndose restituir la parte del precio que determinen los expertos, según reza el artículo 1521 del Código civil.

Si el vendedor es de mala fe debe restituir íntegramente el precio e indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al comprador; si es de buena fe, deberá restituir el precio y rembolsar al comprador los gastos hechos con ocasión de la venta⁵³⁷.

Por su parte el comprador deberá restituir la cosa vendida en el estado que se hallara cuando la recibió además de los frutos percibidos desde ese mismo momento. En caso de perecimiento de la cosa a causa de sus defectos el vendedor está obligado a restituir el precio y abonar todas las demás indemnizaciones procedentes; pero si la cosa pereció por caso fortuito, el comprador asumirá la pérdida⁵³⁸.

Si, por el contrario, el comprador opta por la acción estimatoria, el vendedor se obliga a restituirle la parte del precio determinada por los expertos y si, además, conocía al momento de la venta el vicio, debe indemnizar a aquél los daños y perjuicios correspondientes, mientras que si los ignoraba, a la restitución parcial del precio añadirá la porción correspondiente de los gastos hechos con ocasión de la venta.

Aun cuando el Código sólo nos habla del plazo de caducidad para el ejercicio de la acción redhibitoria, un año –bienes inmuebles-, cuarenta días –animales-, o tres meses –

⁵³⁷ Todo ello de conformidad con los artículos 1522 y 1523 del Código civil.

⁵³⁸ Tal como establece el artículo 1524 del Código civil.

bienes muebles-, lo cierto es que ha de entenderse aquí la expresión acción redhibitoria en sentido amplio, es decir, toda acción con la que cuenta el comprador frente al vendedor derivada de vicios ocultos, razón por la cual quedaría incluida en sede de plazos para el ejercicio también la acción estimatoria⁵³⁹.

No procederá la acción redhibitoria en caso de ventas de animales, salvo por los vicios que la Ley o los usos locales determinan. Además, se excluye expresamente la responsabilidad por vicios redhibitorios del vendedor en el caso de ventas con remate judicial, según concluye el artículo 1525 del Código civil venezolano.

V. 2. La legislación de consumidores

V. 2. 1. Antecedentes legales venezolanos sobre la Protección al Consumidor

Uno de los aspectos que por nuestra vocación histórica nos resulta imprescindible es indagar dentro de una visión retrospectiva las leyes que precedieron a la actual, en ese vector de tutela al consumidor; y lo primero que debemos hacer es despejar algún dispositivo que, aunque no específico, sí tenía vinculación con el tema y en ese norte más como inicio que como sistema, fue la "Ley sobre Pesas y Medidas, la cual data del 12 de Julio de 1939, Gaceta Oficial N° 21.567, año 130 de la Independencia y 81° de la Federación"

⁵⁴⁰.

⁵³⁹ En este sentido, el artículo 1525 del Código civil.

⁵⁴⁰ Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela. Tomo LXII, (1939). Edición Oficial. Imprenta Nacional. Caracas, p.648.

Luego “en 1964 mediante la promulgación de la Ley de Medidas quedó derogado el dispositivo anterior. Entre otros aspectos, se caracteriza el nuevo instrumento por introducir unidades de medición, principales, y secundarias, a tenor de los más recientes descubrimientos físicos. Se crea también el Servicio Nacional de Metrología, destinado a la vigilancia y control del cumplimiento de la Ley en cuestión”⁵⁴¹.

Sucesivamente en el año 1944 encontramos una “Ley sobre Propaganda Comercial, Gaceta Oficial N° 21.503 del 6 de septiembre de 1944”⁵⁴². De la lectura de dicha Ley se observa el uso de la palabra “consumidor” y de “artículos de primera necesidad” y podemos sostener que en nuestro país ambos conceptos aparecen por vez primera dentro de la sistemática legal.

Tres años más tarde encontramos otra ley relevante a nuestros fines, la Ley contra el Acaparamiento y la Especulación, Gaceta Oficial N° 22.380 de fecha 7 de agosto de 1947⁵⁴³. En esta Ley encontramos un artículo muy llamativo que permitía la constitución de grupos ingentes de consumidores para la fiscalización de cumplimiento de la regulación de precios⁵⁴⁴. Ignoramos cómo aconteció en la práctica la consagración de ese artículo, aunque resultaría de interés recurrir a los testimonios inherentes⁵⁴⁵.

⁵⁴¹ Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado, ob. cit., p. 361.

⁵⁴² Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela. Tomo LXVII, vol. VII, Año 1944. Edición Oficial. Imprenta Nacional (1949). Caracas, p. 225 y ss.

⁵⁴³ Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela. Tomo LXX, vol. II. Edición Oficial 163. Imprenta Nacional (1947). Caracas, p. 435 y ss.

⁵⁴⁴ Artículo 4.- Las asociaciones de trabajadores, de campesinos, de productores o de consumidores, y las cooperativas, podrán fiscalizar el cumplimiento de las disposiciones sobre regulación de precios, por medio de fiscales *ad honorem* designados de su seno y provistos de la respectiva credencial que, a su juicio, les expida la Comisión Nacional de Abastecimiento o sus Delegaciones. Obtenido de la Recopilación de Leyes y Decretos de Venezuela. Tomo LXX, vol. II. Edición Oficial 163. Imprenta Nacional (1947). Caracas, p.435.

Posteriormente se arriba a la década de los años 50 en la que “se dio vida a otros dispositivos relacionados con la materia. El 13 de agosto de 1952, mediante Decreto 435, se dispuso que todos los productos industriales, manufacturados o fabricados en el país, deberían llevar impresa la frase “Hecho en Venezuela”, lo cual, ciertamente, no deja de guardar relación con el tema, al menos con el valor intrínseco de un precedente”⁵⁴⁶.

Luego, en la década de los 60 se encuentran dispositivos que, por su carácter fundamentalmente de resoluciones, las obviamos, toda vez que no aportan informaciones de interés para el tema que nos ocupa.

⁵⁴⁵ En la Ley vigente (sesenta y tres años después), constatamos de la denominada Organización y Participación Popular (Ley de 2008) que como Título del Capítulo II incorpora elementos inéditos que transcribimos en su tenor literal a modo de cotejo con ese artículo 4° de la Ley de 1947:

DE LA ORGANIZACIÓN Y PARTICIPACIÓN POPULAR DERECHO A ORGANIZARSE PARA LA DEFENSA
Artículo 92.- Las personas tienen derecho a constituirse en asociaciones u organizaciones de participación popular, que ostenten la vocería de sus asociados para contribuir con la defensa de sus derechos e intereses, siempre de conformidad con lo previsto en la presente Ley.

Los Consejos Comunales a través de los Comités de Contraloría Social para el Abastecimiento, constituyen una instancia de participación responsable de promover en la comunidad la defensa de sus derechos e intereses económicos y sociales y con ello lograr la felicidad social dentro del Estado democrático y social de derecho y de justicia, siendo la instancia para velar por el control, monitoreo, verificación, vigilancia relativa al abastecimiento de bienes y servicios de primera necesidad y de cualquier otra naturaleza de interés colectivo en toda la cadena de distribución, producción y consumo” (sic).

Son muchos los comentarios que pueden formularse en torno a dicha norma, para lo cual nos reservamos el correspondiente al capítulo de la Ley en ciernes (2010) sobre nuestra búsqueda fundamental, a saber, los “Bienes y Servicios de Calidad”.

⁵⁴⁶ Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado, ob. cit., p. 362.

Sí es pertinente acotar que en la Constitución anterior a la actual, de 1961, "se marca un momento en que se instituye en la principal norma del Amparo y Protección al Consumidor, y así mismo, a través de una normativa adecuada, concilia los intereses del sector capital con los del sector consumo; vale decir, de los dos grandes sectores que conforman las relaciones de producción.

En la parte preambular de la norma suprema podemos encontrar el punto de partida de la tuición a la cual estamos haciendo referencia: en efecto, enuncia el Preámbulo de la Constitución que, dentro de los motivos originantes de su sanción figura la necesidad de "promover el bienestar general", así como la de fomentar el desarrollo de la economía al servicio del hombre"⁵⁴⁷.

Por supuesto la abstracción de la idea anterior, así como la remisión al preámbulo "representa un atisbo, en cambio la Carta Magna 1999 consagró disposición expresa como ampliaremos a propósito de la exégesis del artículo 117 Constitucional"⁵⁴⁸.

En este *excursus* cronológico empalmamos con la década de los años 70, en la que existieron reglamentos dignos de mención⁵⁴⁹, tales como el Decreto 936: Reglamento 1 de la Ley de Protección al Consumidor sobre Acaparamiento, G. L. 394-G. O. N° 30.699, 22-05-75, tanto este Reglamento como los que siguen, estarán vigentes en lo que no contradigan la Ley de Protección al Consumidor y Usuario de 1995.

⁵⁴⁷ Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado, ob. cit., p. 363.

⁵⁴⁸ Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado, ob. cit., idem.

⁵⁴⁹ Garay Juan y Garay Miren. Índice de Leyes y Decretos vigentes actualizado hasta el 31-03-2003. Ediciones Juan Garay. Caracas.

Decreto 3135: Normas a cumplir por las empresas de fabricación de envases de primera necesidad G. L. 485 G. O. 31.692, 8-03-1979.

Decreto 1243: Reglamento 2 de la Ley de Protección al Consumidor y Usuario sobre información contenida en envases o envoltorios G. L. 404, G. O. N° 30.834 del 31.10.75.

Decreto 1561: Reglamento de las Juntas de Consumidores. G. L. 417, G. O. N° 30.981, 14-05-76, Empresas de Fabricación de envases de primera necesidad- G. 417, G. O. N° 31.692 del 08.03.79.

En cuanto a legislación, encontramos la Ley de Protección al Consumidor de fecha 02-09-1974 G.O.N° 1.680 Extraordinario, en la cual en el Capítulo IV se consagraban una serie de prescripciones relativas a la normalización y la certificación de calidad, de tal manera que es interesante detenerse en ellas por cuanto el Ministerio de Fomento, organismo competente para la época, se encargaba del control de los Programas de normalización y los de calidad de los productos y servicios, y en tal virtud surgió la marca distintiva de tales caracteres conocida como NORVEN, que forma parte del acervo no sólo jurídico, sino también cultural y sociológico del venezolano, razón por la cual nos parece digno de transcripción el contenido de ese Capítulo sobre todo porque el legislador de entonces delimitaba por una parte los requerimientos para establecer la calidad de un producto o servicio y, por la otra, las medidas de regulación de precios como elementos diferenciados y diferenciables de esa Ley de Protección al Consumidor y Usuario de 1974⁵⁵⁰.

⁵⁵⁰ CAPITULO IV De la Normalización y la certificación de calidad

Artículo 12.- Corresponde al Ministerio de Fomento la planificación, organización, coordinación, ejecución y control de los programas de normalización y de los de calidad desarrollados por el Ejecutivo Nacional, todo ello sin perjuicio de lo que establezcan leyes especiales.

Luego en la década de los años 80 existieron unas normas sublegales que enumeramos sin apenas desentrañar, a los meros fines de una relación general:

Artículo 13.- A fin de dar cumplimiento a lo previsto en el artículo anterior, el Ministerio de Fomento tendrá a su cargo:

- a) La elaboración de las normas venezolanas;
- b) Lo relativo al otorgamiento, inspección, fiscalización y utilización de la marca NORVEN;
- c) La coordinación de las actividades de los organismos públicos a fin de establecer criterios y programas uniformes para la promoción, ejecución y control de la normalización y de la certificación de calidad;
- d) La organización de los recursos humanos, técnicos y financieros que se consideren necesarios a los fines de adelantar los programas de normalización y certificación de calidad.

Artículo 14.- Las Normas Nacionales serán las únicas reconocidas como oficiales por el Ejecutivo Nacional a los efectos de esta Ley y su Reglamento, y tendrán carácter de recomendaciones a menos que el Ministerio de Fomento las declare de obligatorio cumplimiento mediante Resolución que dicte al efecto.

Artículo 15.- El Ministerio de Fomento podrá declarar una Norma de obligatorio cumplimiento cuando se trate de productos o servicios, cuyo consumo o uso tenga relación directa con la salud y la vida de las personas. Podrá igualmente, emitir la declaratoria de obligatoriedad si el interés nacional lo amerita.

Artículo 18.- Los productos y servicios cuyo consumo o uso tengan relación directa con la salud y la vida de las personas, estarán sometidos a vigilancia y control de los organismos oficiales vinculados con la naturaleza de los mismos, o cuando tal atribución les sean conferida por la Ley, en cuanto al cumplimiento de las normas dictadas para la fabricación o prestación de aquellos productos y servicios. Dichos organismos estarán obligados a participar en los procesos de elaboración de las Normas Nacionales y se requerirá su opinión favorable para la aprobación de las mismas.

Artículo 19.- Los industriales que fabriquen sus productos de acuerdo a las Normas Nacionales y que mantengan dispositivos de control de calidad debidamente aprobados por el Ministerio de Fomento, podrán solicitar de ese Despacho la autorización para usar la marca NORVEN estampada en sus productos.

Artículo 20.- La marca NORVEN consiste en un símbolo distintivo otorgado por el Ministerio de Fomento, cuyo logotipo y demás especificaciones serán determinadas por ese Despacho, y cuyo estampado en un producto significa que éste ha sido manufacturado conforme a las Normas Nacionales y bajo sistemas de control de calidad aprobados por el Ministerio de Fomento.

“Resolución 22: Garantía mínima de Bienes y Servicios –G. L. 529, G. O. 32.142, 7-01-81.

Decreto 1.416 Prohibición de Condicionar la Venta de Bienes a la Adquisición de Cantidades Mayores que las requeridas o compra de otros artículos – G. L. 557, G. O. N° 32.423 del 01.04.1982.

Decreto 1971: Disposiciones para impedir la Elevación de Precios de Bienes y Servicios –G. L. 584, G. O. N° 32.708 del 20.04.83.

Decreto 292: Conceptos a cobrar por los vendedores de vehículos a crédito G. L. 731, G. O. N° 34.242, 15.06.89”⁵⁵¹.

Cuando formulamos estas búsquedas de tiempos pasados –si nos remontamos a los primeros capítulos de nuestra tesis, casi 2.500 años atrás–, nos percatamos que esas divisiones del tiempo, a saber segundos, minutos, horas, días, semanas, meses, años, lustros, décadas, etc., revisadas a nivel científico, transcurren con la rapidez de hacer de lo lejano algo cercano, sin embargo, no podemos evitar el pensar en el aserto “todo tiempo pasado fue mejor” o el elegantemente pronunciado, ¡o tempora o mores! y es que del tenor de la técnica legislativa de estas leyes del consumo se evidenciaba la idea de conocer la materia que se iba a regular por vía del también otrora Congreso Nacional Bicameral, hoy Asamblea Nacional Unicameral, cuyas deliberaciones son plasmadas en textos no sólo confusos, sino también plenos en normas que escapan del espíritu del legislador del

⁵⁵¹ Garay, Juan y Garay Miren, ob. cit., p. 56.

constituyente y en el Capítulo III ello se constata, de allí que esta gimnasia mental de leer textos legales del pasado nos coloca de cara a una Venezuela distinta que fue y no es, con unas instituciones y unos poderes que propendían a cumplir las competencias designadas en términos generales *mutatis mutandis*.

Dentro de la década de los noventa mencionamos primeramente la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario –G. L. 874, G. O. 4.898 17.05.95 que reforma la Ley de Protección al Consumidor de 1974 y como dato relevante la modificación del nombre de la Ley que pasa a llamarse Ley de Protección al Consumidor y al Usuario⁵⁵², en la que se introducen una serie de elementos novedosos, como verbigracia, la creación del Instituto para la Defensa y Educación del Consumidor y del Usuario (INDECU), con personalidad jurídica propia, autonomía funcional y patrimonio propio.

Nos parece destacable en cuanto al control de calidad sobre bienes y servicios que “en 1959 se crea, por Decreto Ejecutivo, la Comisión Venezolana de Normas Industriales COVENIN. Esta Comisión había funcionado, tradicionalmente, bajo la vigilancia y control del Ministerio de Fomento, hoy en día Ministerio de la Producción y el Comercio (Decreto con rango y fuerza de Ley Orgánica de Reforma de la Ley Orgánica de la Administración Central, G. O. N° 31.555 del 30.08.99. Le corresponde todo lo conducente a la formulación de las políticas de producción de bienes y servicios).

Actualmente, el objetivo de Covenin es desarrollar, corregir y proponer normas técnicas, sin carácter vinculante u obligatorio, pero sí con el carácter de recomendaciones, en materia de calidad de los productos y la prestación de servicios. Cuando los productos cumplen con los requisitos de Covenin, reciben una etiqueta distinguible denominada marca

⁵⁵² República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 4.898 de fecha 17 de mayo 1995.

de garantía Norven. Así, los consumidores que compran productos con la marca Norven pueden asumir la alta calidad de los mismos⁵⁵³.

Y a propósito de la Ley de 1974 comentamos en torno a la marca. En otro aspecto, que se vincula al anterior en cuanto a la adecuación de los bienes, encontramos en el Capítulo VII intitulado “De las Garantías” una panoplia de opciones para el consumidor y usuario que verdaderamente marcan una regulación novedosa, acorde con la tutela al Consumo del Orbe, desde el artículo 39 hasta el artículo 43, razón por la cual vamos a transcribir los pertinentes por su relación evidente con el tópico “Bienes y Servicios de Calidad”⁵⁵⁴.

⁵⁵³ Guerra, Víctor Hugo. *Responsabilidad Civil por Productos Defectuosos. Vigencia del artículo 1.193 del Código Civil a la luz de los artículos 92 y 93 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. El Código Civil venezolano en los inicios del Siglo XXI: en Conmemoración del Bicentenario del Código Civil francés de 1804*, Irene Valera, Coord. (2005). Academia de Ciencias Políticas y Sociales; Embajada de Francia en Venezuela; Asociación Franco-Venezolana de Juristas. Material mimeografiado proporcionado por el mismo autor.

⁵⁵⁴ Artículo 60.- Los expendedores de bienes y servicios nacionales o extranjeros, deberán ofrecer al consumidor y al usuario, garantías suficientes contra los desperfectos y mal funcionamiento, vicios ocultos o cualquier otro riesgo de acuerdo a la naturaleza del bien o servicio.

Artículo 66.- El comprador de un bien o usuario de un servicio tendrá derecho durante el lapso de la garantía a la reparación gratuita del bien, a su reposición o a la devolución de la cantidad pagada en los siguientes casos:

1° Cuando el producto o servicio, sujeto a normas de calidad de obligatorio cumplimiento, no cumpla las especificaciones correspondientes;

2° Cuando las materias, elementos, sustancias o ingredientes que constituyan o integren los productos, no correspondan a las especificaciones que ostenten o a las menciones del rótulo;

3° Cuando cualquier producto por deficiencia de fabricación, elaboración, estructura, calidad o condiciones sanitarias, en su caso, no sea apto para el uso o consumo al que está destinado; y,

4° Cuando el proveedor y el consumidor o usuario, hubiese convenido que los productos, objeto del contrato, deban corresponder con determinadas especificaciones que no fueron satisfechas.

El proveedor de bienes y servicios, nacionales o extranjeros, está en la obligación de aceptar, y satisfacer, en términos oportunos, las reclamaciones de los expendedores, sin costos alguno, que se

Esta diversidad de opciones que se conceden a los consumidores y usuarios trascienden a la solución de las acciones edilicias consagradas en el Código Civil, a saber, en los artículos 1518-1525. Posteriormente insertaremos comentarios de doctrina venezolana sobre el punto.

Para cerrar este apartado de la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario de 1995, que fue modificado por la del año 2004 y que será objeto de sucesivo tratamiento, es menester dedicar una revisión a la "Ley del Sistema Venezolano para la Calidad de fecha 2002 que, por su contenido, incide sobre el tema en desarrollo"⁵⁵⁵.

Primeramente, en cuanto al objeto de la Ley, prescribe su artículo 1 que tiene por objeto desarrollar los principios orientadores que en materia de calidad consagra la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, determinar sus bases políticas y diseñar el marco legal que regule el Sistema Venezolano para calidad. Así mismo, establecer los mecanismos necesarios que permitan garantizar los derechos de las personas a disponer de bienes y servicios de calidad en el país, a través de los subsistemas de Normalización, Metrología, Acreditación, Certificación, Reglamentaciones Técnicas y Ensayos. (Subrayado nuestro)

deriven de la solicitud de adquirente por concepto de la reparación o sustitución del bien o servicio, cuando los mismos estén amparados por las garantías que aquel otorgó.

Artículo 67.- Las empresas dedicadas a la compraventa de bienes usados, considerados de naturaleza duradera, deberán revisar y acondicionar convenientemente los bienes de su comercio, a fin de poder garantizar a los respectivos consumidores y usuarios, con expresa mención en la factura de compraventa, el cabal funcionamiento del bien por un período que será fijado en el Reglamento.

⁵⁵⁵ República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 37.542 del 7 de Octubre de 2002.

De la lectura de la Ley se evidencian múltiples definiciones en cuanto al alcance de los términos que emplea, a saber: Acreditación, Calidad, Calibración, Certificación, Control de Calidad, Controles Metrológicos, Ensayo/Prueba, Evaluación de la Conformidad, Inspección, Metrología, Metrología Científica, Metrología Industrial, Metrología Legal, Norma, Normalización, Patrón, Reglamentaciones Técnicas, Trazabilidad (Artículo 4, 23 numerales).

Destacamos dos de ellos que transcribimos de la definición legal:

Calidad: Grado en que un conjunto de características inherentes a bienes y servicios cumple con unas necesidades o expectativas establecidas, generalmente implícitas u obligatorias (requisitos).

Certificado de Conformidad: Documento, sello o marca de conformidad emitido de acuerdo con las reglas de un sistema de certificación reconocido con el que se manifiesta adecuada confianza de que un producto, proceso o servicio debidamente identificado está conforme con una norma técnica u otro documento normativo específico.

Se entiende que dicho certificado forma parte de una potestad de la Administración en concederlo en tanto el producto, proceso o servicio llene los extremos de una norma técnica u otro documento normativo específico. Tal acepción dista de la noción de conformidad como derecho del consumidor a recibir la cosa con las cualidades debidas, lo cual se traduce y se plasmó en la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1995 en las diversas opciones que tienen los consumidores ante un bien o producto no conforme.

Esa idea de conformidad constituye pilar de nuestra búsqueda por su vinculación al problema de los vicios ocultos, de allí que invoquemos la luz de la autorizada doctrina del

profesor José Javier De los Mozos: "El problema de los vicios ocultos de la cosa vendida y la idea de la conformidad. En sustancia, la nueva regulación ha sustituido la tradicional obligación de 'saneamiento por vicios ocultos' del vendedor; por una regulación conforme a la cual el consumidor tiene un derecho a recibir la cosa con las cualidades debidas, según el principio de la conformidad de la prestación con el contrato. Esto significa en la práctica que el vendedor queda obligado a reparar a su costa o a sustituir el bien no conforme, y cuando tal cosa no es posible, el consumidor puede pedir una devolución, cuando el defecto tenga una importancia decisiva"⁵⁵⁶.

Esclarecida la noción de conformidad en otros capítulos se efectuará su comparación con otros institutos como incumplimiento, error, etc.; por los momentos compartimos el aserto del profesor De los Mozos cuando expone que "no se puede tratar del mismo modo al vendedor de la cosa con defectos escondidos que al que pudo cumplir y no lo hizo y no es justo imponer al primero, daños y perjuicios. Es verdad que el concepto de conformidad es compatible con una regulación diferente de los distintos supuestos que comprende, concretamente respecto del problema de los daños y perjuicios. Pero el concepto de 'conformity' es un concepto que sustituye el cumplimiento, como adecuación de la conducta del deudor al deber asumido en el contrato, por la satisfacción hace que se prescinda del paso por la libertad responsable del deudor, y que se dejen de sacar las consecuencias prácticas de ese paso. Es peor que el típico cortocircuito mental del vulgarismo, porque altera el uso normal del lenguaje"⁵⁵⁷.

Esta reflexión del profesor De los Mozos se aplica perfectamente al acontecer legal de nuestro país en el que el cortocircuito mental del vulgarismo y la neovulgarización, no sólo

⁵⁵⁶ De los Mozos, José Javier, *En torno a la idea de incumplimiento en el Derecho Civil español*, (2006), Estratto da "Roma e America Diritto Romano Comune", 22/2006, Mucchi Editore, p. 159.

⁵⁵⁷ De los Mozos, José Javier, ob. cit., p. 161.

altera el uso normal del lenguaje, sino que toma por falso lo cierto y lo cierto por falso, y eso se constata cotidianamente en el lenguaje de varias leyes, verbigracia, en la nueva Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios (PADEPABIS), que infra se comentará, donde temas como el error o el incumplimiento (entrega de *aliud pro alio*) pasan a ser unas exquisiteces ante la admisión genérica de las expropiaciones (verdaderas confiscaciones) que propone y alienta esa Ley sobre todos los medios habidos de producción.

V. 3. La Constitución venezolana de 1999 (CRBV)

V. 3. 1. El Régimen de los Derechos Económicos en la Constitución Bolivariana de la República de Venezuela

En el título de los Derechos, Deberes y Garantías Constitucionales encontramos un Capítulo que enumera los derechos económicos de las personas que se pueden comprender bajo la siguiente distinción en virtud del interés de nuestro trabajo:

- a. Libertad económica (Art. 112).
- b. El derecho de propiedad y la expropiación (Art. 115).
- c. Prohibición de la confiscación (Art. 116).
- d. El derecho a la calidad de bienes y servicios (Art. 117)

Amerita una transcripción el articulado en cuestión y su contextualización con la novedosa Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de fecha 1º de Febrero de 2010, Gaceta Oficial N° 39.358, para captar si estamos ante un desarrollo sistemático de la Constitución, o una praxis ajena a la Constitución y, de ser así una Ley poco

constitucional? y reconocemos el eufemismo de tal expresión, salvo que estemos en presencia de un fenómeno de no derecho, a lo cual contestamos con la autoridad de Jean Carbonnier que en torno al tópico, ha establecido que “los fenómenos de violación del derecho no son, ciertamente, por este solo hecho, fenómenos de no derecho, sin llegar al punto de vista de Adamson Haebel, que da a entender que una regla nunca se afirma más y mejor como jurídica que cuando resulta violada, hay que reconocer que la regla jurídica y su violación forman una pareja conceptual que es derecho en su totalidad. Los que cometen una trasgresión del derecho, hacer derecho a su manera”⁵⁵⁸.

Así, el artículo 112 del texto constitucional establece que todas las personas pueden dedicarse libremente a la actividad económica de su preferencia, sin más limitaciones que las previstas en esta Constitución y las que establezcan las leyes, por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente u otras de interés social.

El Estado promoverá la iniciativa privada, garantizando la creación y justa distribución de la riqueza, así como la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, la libertad de trabajo, empresa, comercio, industria, sin perjuicio de su facultad para dictar medidas para planificar, racionalizar y regular la economía e impulsar el desarrollo integral del país”. (Subrayado nuestro)

Del artículo se desprende una gruesa cantidad de instituciones y principios que exceden a nuestra pretensión, de allí que hemos subrayado lo que estimamos pertinente como la “**producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población**”.

⁵⁵⁸ Carbonnier, Jean, Derecho flexible para una sociología no rigurosa del Derecho. [trad. Luís Díez-Picazo], 1974, Editorial Tecnos, S.A. Madrid, p. 40.

Esta expresión nos coloca directamente con los derechos de los consumidores, aun cuando el instrumento fundamental para la circulación de los bienes sea el contrato; dejemos de lado lo referente a los servicios para centrarnos en las cosas que en su amplia y diversa clasificación propenden a cubrir esos estados reales o imaginarios de las personas que se conocen como necesidades; el término población ciertamente es más sociológico que jurídico, pero se desprende de la intención del constituyente de prestar una tutela a las personas en el uso y consumo de bienes, así como en el acceso a los servicios.

Antes de administrar la letra constitucional transcrita con las leyes inherentes al tema, emerge de manera inequívoca la lectura de la parte preliminar del artículo 117 Constitucional que en su tenor literal puntualiza: "Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno".

Resulta palmario que de suyo el tenor transcrito del artículo 117 incorpora diversidad de institutos, de los cuales –insistimos– nos interesa lo relativo a bienes de calidad.

La doctrina ha formulado como no descartables observaciones a dicha norma, de allí que la copiamos para apreciar las consideraciones inherentes en las que hasta la forma de puntuación ha sido reseñada: Artículo 117 "Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y características de los productos y servicios que consumen; a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establecerá los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de estos derechos".

“El precepto es criticable desde el punto de vista de la técnica legislativa y del estilo. En efecto, no se sigue la metodología usual: a cada artículo le corresponde un tema y no varios. Cabe señalar, además, en cuanto a cuestiones de estilo que la norma no está redactada en el lenguaje legal: preciso, claro, ordenado y sobre todo, breve. Además, dentro de este orden de ideas cabe señalar también que en el ámbito formal adolece de mala puntuación”⁵⁵⁹.

Efectivamente, el artículo 117 es abrumador en cuanto a los institutos incorporados y la impresión del lector está en captar el estilo más de un estatuto que de una Constitución. En ese sentido Rafael Badell ha comentado: “Una de las manifestaciones del carácter estatutario que tiene el nuevo instrumento constitucional lo encontramos en el artículo 117”⁵⁶⁰.

Entrar en los aspectos de la técnica legislativa implicaría dilatados comentarios que exceden al objetivo planteado, así como las observaciones formales que puedan formularse; no obstante destacamos los enumerados por el autor coterráneo Luis Corsi, cuando señala que “en efecto, data venia del constituyente; consideramos que:

⁵⁵⁹ Corsi, Luis, *Reflexiones críticas en torno a algunos aspectos de la responsabilidad del empresario por productos defectuosos en especial, sobre su naturaleza jurídica*. Libro Homenaje al profesor Alfredo Arismendi A. (2008). Ediciones Paredes–Universidad Central de Venezuela. Instituto de Derecho Público. Caracas-Venezuela, p. 205.

⁵⁶⁰ Badell Madrid, Rafael, *Consideraciones acerca de las normas Constitucionales en Materia económica El nuevo Derecho Constitucional Venezolano*. Ponencia IV Congreso de Derecho Constitucional en Homenaje al doctor Humberto J., La Roche, (2000), Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, p. 267.

1. En vez de decir todas las personas hubiera resultado preferible decir todos.
2. "Así como" resulta superfluo en una enumeración.
3. Los "servicios" no se consumen.
4. Al final de la palabra digno sugerimos, en vez de punto y seguido, punto y aparte.
5. Sólo se resarcen los daños infligidos a la víctima, la palabra "ocasionados" está demás.
6. Correspondiente es un adjetivo variable. Por tanto, no expresa la relación con el otro elemento que sí se expresa con el verbo correspondiente (acepción 4a).
7. Si las sanciones "correspondientes" por la violación de estos derechos ¿cuáles derechos? Los enumerados ergo, la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario del 2004 nos preguntamos ¿no tenía limitado su régimen sancionatorio?"⁵⁶¹.

Adicionalmente, en torno al contenido del artículo 117 constitucional se ha expuesto que "es oportuno advertir que la experiencia ha enseñado que disposiciones constitucionales de este tipo se convierten en letra muerta sin una actividad legislativa complementaria el cual desarrolle la labor del constituyente y vitalice estos derechos"⁵⁶².

Nosotros agregamos que esa complementariedad debe ir en coherencia con el espíritu de la norma constitucional, lo que no queda claro con la actual Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, tal como se desprende del Capítulo siguiente a éste.

Otra arista que hay que resaltar a propósito de estas normas constitucionales es la interpretación de las mismas y es que una de las labores intelectuales máspreciadas e

⁵⁶¹ Corsi, Luis, ob. cit., p. 206.

⁵⁶² Badell Madrid, Rafael, ob. cit., p. 267.

imprescindibles viene marcada por la interpretación, en los tiempos históricos monopolio de los pontífices, los augures, los arúspices para ejercer la interpretación del *ius*, si bien el tema no es de prohibición de exégesis sino de validez de la misma, de allí que los doctorandos interpretamos el Derecho, nuestros maestros interpretan el Derecho, pero finalmente aparecen los órganos del Estado ungidos de tal misión con carácter vinculante en muchos casos; no olvidemos el contenido del artículo 335 constitucional cuando dispone que “El Tribunal Supremo de Justicia garantizará la supremacía y efectividad de las normas y principios constitucionales; será el máximo y último intérprete de la Constitución y velará por su uniforme interpretación y aplicación. Las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás tribunales de la República.” (Subrayado nuestro)

Retomaremos casos concretos de esta interpretación de la Sala Constitucional en la materia que nos ocupa del Artículo 117 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela. Proceden entonces los siguientes apuntamientos:

El elemento teleológico que gravita en el artículo 117 de marras no es otro que la tuición de los consumidores y lo primero que conviene dilucidar es dicha noción desde una elaboración doctrinal; ya en 1957 Luis Recaséns Siches acotaba que “el consumidor tiene carácter universal en tanto que es adquirente de bienes o servicios, ora para el uso, ora para la consumición final, ora para el lucro, todas las gentes funcionan como consumidores”⁵⁶³. Luego, los compiladores de las Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado Dr. Roberto Goldschmidt, en comentario al parecer expuesto por Recasénsn apostillaron que “el profesor Recaséns, pone de relieve el denominador común de todos los consumidores:

⁵⁶³ Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado Dr. Roberto Goldschmidt, (1979). Instituto de Derecho Comparado del Ministerio de Justicia. Protección al Consumidor. Materiales mecanografiados. Universidad del Zulia, Maracaibo, p. 358.

el hecho de que todos sin distinción alguna poseen los mismos intereses. Se trata del interés de obtener "bienes adecuados", para satisfacer necesidades; para el aumento del placer y para aprehender la utilidad que proviene del uso o consumo de diferentes bienes"⁵⁶⁴.

La parte pertinente del art. 117 reza: Todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad".

En la cotidianidad sabemos cuándo un bien es de calidad, por cuanto sus características satisfacen la destinación económico-social para la cual fue adquirido, cuando la entidad del bien, su estructura viene a determinar la "conformidad" del sujeto con el objeto.

Conviene plasmar alguna definición del concepto detraída de un Diccionario del área económica, verbigracia una de Derecho Empresarial:

"Calidad; aptitud de un producto para satisfacer las expectativas del cliente. La primera condición de un proceso de implantación de la calidad es la adaptación a las necesidades del cliente potencial, sea una empresa o un consumidor. Aunque haya organismos de inspección y certificados de calidad, el auténtico jurado de la calidad es el cliente. Para el logro de la calidad es necesario tener en cuenta diversas características como 1) el aspecto exterior del producto, porque para usar el producto es necesario comprarlo, lo que no se hará si no es atractivo; 2) la aptitud del producto para satisfacer al

⁵⁶⁴ Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado... ob. cit., p. 358.

consumidor es aún más importante a largo plazo, y 3) el control de costes, para que exista el mejor precio y produzca el mayor rendimiento”⁵⁶⁵.

Al desentrañar las características que se erigen en signos de calidad de producto nos percatamos que el control de costes, para que exista el mejor precio es una de las aristas, y en modo alguno la única.

Como ocurre en las diversas áreas jurídicas en las que tenemos una normatividad general y una específica el segmento de protección a los consumidores viene irrigada por una serie de principios que es importante estimar; en tal virtud se ha expresado que “toda la normativa jurídica vigente en materia de consumo se rige por la presencia de los principios que mutuamente buscan postularse, son ellos ‘principio de la proporcionalidad’ y el principio de la limitación.

Mediante el principio de la proporcionalidad y los dispositivos legales de protección al consumidor se orientan hacia el fin de imponer una relación equitativa entre la calidad y el precio del producto, bien o servicio destinado a la satisfacción de las necesidades de quien los consume.

El principio de la limitación, como cartabón de la normativa proteccionistas del consumidor esta cristalizado en la fijación de precios máximos por órganos del Estado, los

⁵⁶⁵ Ribó Durán, Luis Fernández-Fernández Joaquín. Diccionario de Derecho Empresarial con los conceptos económicos complementarios. (1998), Bosch, Casa editorial, S.A. Barcelona, p. 126-127.

cuales son medidas de orden económico de obligatorio acatamiento por parte de los entes productores de bienes y servicios”⁵⁶⁶.

Ese principio de la proporcionalidad viene a reflejar como lo indica su nombre una relación coherente entre calidad y precio, las empresas productoras de bienes y aquellas oferentes de servicios, despliegan su actividad dentro de un marco constitucional y legal que les brinde garantía a su propiedad, así como certeza a sus transacciones, pues los productos acabados llevan todo un proceso de fabricación cuyos costos deben ser reconocidos y al final el precio de los mismos debe obedecer a una proporción con la calidad del producto sin obviar las ganancias inherentes a los productores, lo contrario sería atentatorio a la libre empresa, claro esta, aludimos a un lucro sano y hasta necesario para la también sana circulación de la riqueza, existe un decir que señala ‘nadie trabaja a pérdida’, nosotros debemos trascender a un simple decir e invocar la regula iuris correlativa que bien podría ser: “el beneficio debe ser de aquél de quien es el riesgo”. Hacemos abstracción de la especulación, la cual constituye una anomalía en la comercialización.

Paralelamente el principio de la limitación viene a indicar referencias necesarias en cuanto a precios en aras a un mayor acceso a los bienes, sobre todo aquellos de masivo consumo por sus características de primera necesidad. Queremos destacar que esa invocación de principios está en la sintonía del texto Constitucional de 1999 y la consideración de los mismos trasciende del texto para hacer eco en las realidades sociales, económicas, culturales, en fin, en toda sociedad civilizada, pues ¿qué sentido tendría argüir con cierta jactancia un texto constitucional principista si en la praxis se obvia de tal manera que su desnaturalización genera anarquía y caos? Al respecto, acota el profesor Rafael Ortiz Ortiz, en cita traída de la Revista Cuestiones Políticas, a propósito de una visión de la Constitución venezolana de 1999 a la luz de las teorías de los valores que “la centralidad

⁵⁶⁶ Primeras Jornadas Nacionales de Derecho Comparado...Ob. cit. p. 359.

axiológica del hombre, deriva de nuestra condición humana, la cual nos impone un 'conjunto de principios' de conducta que debe respetarse y desarrollarse y sobre ellos edificar nuestra socialización, de lo contrario sería sumergirse en la barbarie, la anarquía y lo más parecido a vivir como bestias. Es aquí donde entra la estimativa jurídica"⁵⁶⁷.

Ese artículo 117 debe tener una lectura sistematizada y conjunta con el artículo 112 del texto constitucional en el que es evidente la tutela de la libre empresa, así como las limitaciones que le son inherentes por razones de desarrollo humano, seguridad, sanidad, protección del ambiente y otras de interés social.

Se menciona específicamente la producción de bienes y servicios que satisfagan las necesidades de la población, tal y como se transcribió *ut supra* el tenor literal del mismo.

Cuando se invocan el desarrollo humano, la seguridad, sanidad, protección del ambiente y otros más como elementos limitantes de la libre empresa, estamos ante la estimativa jurídica, expresión antes copiada más no especificada, de la cual procede algún esbozo por cuanto la carga axiológica del texto constitucional de 1999 es innegable.

En efecto, "la estimativa, como sinónimo de la axiología según la tradición de Bohem cuando tiene por objeto los valores del Derecho, es estimativa jurídica, la cual opera fundamentalmente en tres niveles:

⁵⁶⁷ Martínez Correa, Luz María – Hernández de Pulitano, Flor. Constitución venezolana de 1999 a la luz de las teorías del valor/ En: Cuestiones Políticas, vol. 25, N° 43, (2009). Instituto de Estudios Políticos y Derecho Público "Dr. Humberto J. La Roche". Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, p. 185.

a. Ontología de los valores jurídicos: la cual tendría como objeto central determinar si el Derecho tiene valores; o si los valores son cuestión extraña a 'lo jurídico'.

Este aspecto es indispensable para poder disertar sobre los valores jurídicos o la estimativa jurídica, puesto que si se niega la existencia de los valores en relación con el Derecho, se niega la ciencia misma;

b. Gnoseología de los valores jurídicos; tiene como objetivo fundamental precisar cómo se conocen esos valores, esto es, cómo saber que un determinado valor es propio del Derecho y le conviene;

c. Jerarquización de los valores jurídicos: en este aspecto de la estimativa jurídica se precisa si todos los valores jurídicos tienen 'igual' o 'diferente' jerarquía, o nivel axiológico, esto supone pensar que no todos los valores jurídicos tienen la misma entidad; en función de aquellos que deben preferirse a otros sin que, éstos últimos, dejen de ser, por eso valores jurídicos" 568.

La cita precedente nos ofrece una teoría orientadora, sin embargo, en la praxis constitucional los valores se desdibujan y sufren una mutación en uno y único "la ideología del socialismo del Siglo XXI, dentro del cual muchos de esos valores como los conocemos no tienen cabida y entonces encontramos leyes "sui generis" como la que a renglón seguido desentrañaremos cargada de preferencias ideológicas a las que se denominan valores, entra allí un principio fundamental que establece: "Las cosas son lo que son y no lo que se dice que son", a saber una preferencia individual no puede maquillarse de valor e imponerse a

568 Ortiz-Ortiz, Rafael. *La tutela constitucional preventiva y anticipativa, (análisis de la Nueva Constitución Venezolana de 1999 y la evolución jurisprudencial.* (2001), Editorial Frónesis, Caracas, p. 40.

toda una sociedad, por cuanto “los valores constituyen el sustrato de nuestras preferencias de modo que valorar es, fundamentalmente, preferir; y a la vez, nuestras preferencias se fundamentan en aquello que es digno de serlo, de modo que las preferencias individuales no le afectan, antes por el contrario se imponen, con inusitada e inefable fuerza, a nuestras apetencias y preferencias. En general puede concebirse lo axiológico como lo que es digno y por ello mismo se aprecia”⁵⁶⁹.

No es nuestra pretensión un *excursus* detallado sobre un tema algo espinoso, como lo es el axiológico, lo que mueve nuestra voluntad es la fijación de unos valores que el texto constitucional invoca y que no van en detrimento de otros también allí incorporados.

V. 3. 2. El artículo 117 de la Constitución, según la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia de la República Bolivariana de Venezuela en torno a Bienes y Servicios de Calidad

Lo primero que dejamos asentado es el carácter vinculante de la doctrina de la Sala Constitucional conforme al artículo 335 del texto fundamental, en modo alguno nos compete una disertación sobre dicho artículo, puesto que autorizada y conocedora doctrina lo ha hecho.

En reiteradas decisiones la Sala Constitucional ha puntualizado:

⁵⁶⁹ Ortiz-Ortiz, Rafael. ob .cit., p. 39.

“... por su parte, el artículo 335 de la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, prevé en su primer y único aparte que “[1] las interpretaciones que establezca la Sala Constitucional sobre el contenido o alcance de las normas y principios constitucionales son vinculantes para las otras Salas del Tribunal Supremo de Justicia y demás Tribunales de la República”⁵⁷⁰.

Dentro del marco de la disposición supra citada, vale resaltar que todas las Salas del Tribunal Supremo de Justicia procurarán dentro de sus competencias específicas y/o dentro de sus límites jurisdiccionales, que se mantenga la uniformidad en la interpretación del texto fundamental, respetando los lineamientos que establezca la Sala Constitucional, como máximo interprete del mismo.

Normalmente se resalta la fuente jurisprudencial consultada y la labor de las indagadas sin hallazgo del Instituto en búsqueda queda silenciada, nosotros revisamos a partir del año 2000 en los repertorios de jurisprudencia conocidos a nivel nacional como lo son Ramírez & Garay y Oscar Pierre Tapia y resultado:

Instituto: Bienes y Servicios de calidad interpretación Sala Constitucional Tribunal Supremo de Justicia.

Año 2000	Sin consideraciones
Año 2001	Sin consideraciones mayores
Año 2002	Sin consideraciones
Año 2003	“Artículo 117 (N° 2.641 del 01.10.2003 - Regulación de Precios)

570 Pierre Tapia, Oscar, *Jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*. 2007, p. 15 y ss.

Los Poderes Públicos pueden regular el ejercicio de la libertad económica para la atención de cualquiera de las causas de interés social que nombra la Constitución, entre las cuales se encuentra la protección del consumidor y el usuario. En efecto, en concordancia con el sistema de economía social que asumió el texto fundamental, el constituyente admitió que la libertad económica podía ser limitada para la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, que reconoce el artículo 117 de la Constitución, según el cual (omissis)...

Una de las causas que, según la Constitución de 1999, justifica la imposición de limitaciones a la libertad económica, es precisamente lo que se relaciona con el precio de ciertos bienes y servicios que califican esenciales para los consumidores y usuarios. Se considera así que la indebida elevación del precio de ciertos bienes y servicios fundamentales puede restringir el acceso a éstos por parte de los consumidores, en detrimento del derecho que reconoce el artículo 117 constitucional, con relación a la disposición "de bienes y servicios de calidad". Frente a tal eventualidad, la regulación de precios-junto a otras medidas económicas- encuentra plena justificación dentro del marco de la Constitución económica. (omissis)⁵⁷¹.

Del parecer de esta Decisión en cuanto al contenido del artículo 117 Constitucional se desprende una yuxtaposición entre "bienes y servicios de calidad" con regulación de precios, en otras palabras de la redacción de la sentencia se infiere que entienden un bien y un servicio de calidad en tanto y en cuanto el precio este regulado, en cuanto a la oferta de aquellos, tal solución no la compartimos dado que de las nociones de capítulos anteriores la noción de calidad implica diversos elementos que trascienden al control de costes.

571 Moros Puentes, Carlos. *La Constitución según la Sala Constitucional*. Tomo II, (2006), Librería J. Rincón, Caracas, p. 1479.

Simultáneamente, debemos destacar de la sentencia unas ideas de esa data 2003 que la Sala Constitucional de manera expresa indicó y que al día de hoy Calendas 2011 vienen a confirmar que la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios de conformidad a los artículos que desarrollamos en el Capítulo III y otras disposiciones constitucionales que por exceder a nuestro estudio hemos obviado constituyen un conjunto que atomiza el principio de la libre empresa, el Derecho de Propiedad y otros Institutos Constitucionalmente consagrados.

Detraemos en consecuencia la otra parte de la Sentencia de marras N° 2.641 del 01-10-2003 cuya elocuencia no amerita abundamientos:

“Ahora bien, observa esta Sala que, en criterio de los recurrentes, la sola regulación del precio de los servicios de estacionamientos, guarda y custodia de vehículos automotores constituye, per se, una violación a la libertad económica, argumento que debe desestimarse, por cuanto, en el marco de una economía social de mercado, la regulación de precios es una técnica de limitación que encuentra suficiente basamento jurídico. “Evidentemente, en la implantación de esa regulación, los Poderes Públicos deben respetar las exigencias que derivan del artículo 112 constitucional, por lo que dicha regulación sólo podrá acordarse en los términos que expresamente establezca el legislador nacional, porque tal materia es de la reserva legal.

Además de esa exigencia formal, la Constitucional de 1999 impone otros requisitos que deben respetarse. De esa manera, la regulación de precios no puede violar el contenido esencial de la libertad económica, lo que implicaría su desnaturalización en tanto derecho fundamental como estableció ya esta Sala Constitucional:

“... el fin del derecho a la libertad de empresa constituye una garantía institucional frente a la cual los poderes constituidos deben abstenerse de dictar normas que priven de todo sentido a la

posibilidad de iniciar y mantener una actividad económica sujeta al cumplimiento de determinados requisitos. Así, pues, su mínimo constitucional viene referido al ejercicio de aquella actividad de su preferencia en las condiciones o bajo las exigencias que el propio ordenamiento jurídico tenga establecidas. No significa, por tanto, que toda infracción a las normas que regulan el ejercicio de una determinada actividad económica, entraña una violación al orden constitucional o amerite la tutela reforzada prodigada por el amparo constitucional..." (Sentencia de 06.04.01, caso Manuel Quevedo Fernández).

Se desnaturalizaría la libertad económica, por ejemplo, si la regulación de precios se efectuara por debajo de los costos de producción. Como entiende la doctrina española, el Estado no puede, siquiera mediante Ley, fijar el precio de un producto final "...al margen y por debajo de los costes reales y totales que son necesarios para su producción. Hacerlo de otro modo supondría imponer a un sector determinado una carga singular en relación con los demás..." (Ariño Ortiz, Gaspar, *Principios constitucionales de la Libertad de Empresa. Libertad de Comercio e Intervencionismo Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 121).

Resulta entonces concluyente que, a diferencia de lo que argumentó la parte recurrente, la regulación de precios de servicios no representa, per se, una violación a la libertad económica. Tal violación sólo se consumará si esa regulación no es establecida en la Ley, o resulta contraria al contenido esencial de la libertad económica, sin perjuicio, por supuesto, de las salvaguardas adicionales que la Administración deberá respetar cuando implante la regulación de precios que acordó el Legislador, para el respeto de los derechos de los particulares que se viesen afectados por esa medida de limitación".

Del 2004 se revisaron algunas decisiones en torno al artículo 117 Constitucional, que al compendiar tantos elementos ofrece un prisma variopinto sin embargo, centramos la búsqueda en lo que nos ocupa de él a saber "bienes y servicios de calidad", y para ello arribamos al 2005, en Sentencia N° 1.798 de 19.07.2005 sobre Libertad Económica. Limitaciones Por Causa De Interés Social Como Los Derechos De Los Consumidores y Usuarios:

“Ver Ordinal 2° del Artículo 179 el texto completo de Sentencia N° 1798 de 19-07-2005 sobre Libertad Económica, Limitaciones por Causa de Interés Social como los Derechos de los Consumidores y Usuarios: Los Poderes Públicos pueden regular el ejercicio de la libertad económica para la atención de cualquiera de las causas de interés social que nombra la Constitución, entre las cuales se encuentra la protección del consumidor y el usuario. En efecto, en concordancia con el sistema de economía social que asumió el “texto fundamental, el constituyente admitió que la libertad económica podía ser limitada para la protección de los derechos de los consumidores y usuarios, que reconoce el artículo 177 de la Constitución, según la cual:

‘...todas las personas tendrán derecho a disponer de bienes y servicios de calidad, así como a una información adecuada y no engañosa sobre el contenido y característica de los productos y servicios que consumen, a la libertad de elección y a un trato equitativo y digno. La ley establece los mecanismos necesarios para garantizar esos derechos, las normas de control de calidad y cantidad de bienes y servicios, los procedimientos de defensa del público consumidor, el resarcimiento de los daños ocasionados y las sanciones correspondientes por la violación de los derechos...’

Una de las causas que, según la Constitución de 1999, justifica la imposición de limitaciones a la libertad económica, es precisamente lo que se relaciona con el precio de ciertos bienes y servicios que califican esenciales para los consumidores y usuarios. Se considera así que la indebida elevación del precio de ciertos bienes y servicios fundamentales puede restringir el acceso a éstos por parte de los consumidores, en detrimento del derecho que reconoce el artículo 117 constitucional, con relación a la disposición 'de bienes y servicios de calidad'. Frente a tal eventualidad, la regulación de precios -junto a otras medidas económicas- encuentra plena justificación dentro del marco de la Constitución económica”⁵⁷².

En esta otra sentencia la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia incide nuevamente en la superposición “de bienes y servicios de calidad” con el bajo costo de los

572 Moros Puentes, Carlos. *La Constitución según la Sala Constitucional*. Tomo II (2006). Librería J. Rincón, Caracas, p. 1485.

mismos o más aún la regulación de precios que se haga de los bienes y servicios es lo que en la exégesis del sentenciador va a definir el carácter de calidad, criterio que a nuestro entender, no es exacto.

Una cosa es la actividad reguladora de los gobiernos (algunos hablan de calidad reguladora), lo cual es importante en la actividad económica para alcanzar una mejor calidad de vida de los ciudadanos; y otro, determinar que jurídicamente un bien o un servicio son de calidad como producto de la regulación gubernamental.

Auxiliémonos con alguna aproximación a esa calidad reguladora “La calidad reguladora [se entiende por calidad reguladora la medida en que el sistema regulador persigue sus objetivos. Las herramientas reguladoras deben medir la consecución de estos objetivos políticos y la eficacia con la que se logran, así como el desarrollo de la rendición de cuentas por parte de los Estados] es esencial en la actividad económica y en la eficacia de los gobiernos para mejorar la calidad de vida de los ciudadanos y su importancia está aumentando porque las reglas se internacionalizan y las regulaciones nacionales afectan el sistema de comercio mundial”⁵⁷³.

Efectuada la distinción anterior y al margen de la sucinta aproximación al concepto de calidad ¿que entender jurídicamente por Bienes y Servicios de Calidad ante la escueta e inexacta concepción de la doctrina de la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia?

573 Bachiller, Patricia, *Hacia una mayor calidad de la regulación. La reforma reguladora*. Revista del CLAD Reforma y Democracia, N° 45, oct. 2009, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), Caracas, Venezuela, p. 131.

La primera respuesta es la ausencia en la Ley especial de alguna definición, a saber salvo lo relativo a Bienes y Servicios de Primera necesidad estipulados en el artículo 5, no existe una previsión expresa sobre las prestaciones propias de cada producto o servicio tal y como si se constata las prestaciones propias de cada producto o servicio tal por ejemplo en el ordenamiento español y chileno.

La omisión exhorta a mirar por ejemplo "el principio general de la buena fe, en su función integradora, el que completa el cuadro de prestaciones expresamente pactadas en el contrato, imponiendo otros deberes accesorios (al igual que la obligación de seguridad). Entre estos deberes accesorios, que integran la prestación debida, es lógico pensar que el consumidor o usuario tiene una legítima expectativa respecto a que el bien o servicio reúna todas las características propias de su naturaleza. En otras palabras, que satisfaga las prestaciones de cada producto.

Es derivado de la buena fe que si determinado producto o servicio no cumple con las condiciones o características propias que son de esperar de un bien de esa clase o categoría, ello debe ser expresa y claramente informado al usuario o consumidor. Caso contrario, el consumidor o usuario podrá exigir que se cumpla con esas prestaciones propias del producto o servicio"⁵⁷⁴.

El producto que se adquiera o el servicio que se contrate debe tener una aptitud que le es propia de su naturaleza y eso canaliza su calidad, a nuestro entender, aunque el punto

574 Vázquez Ferreyra, Roberto. *Las obligaciones emergentes del Contrato y la Tutela del Consumidor: las Prestaciones propias de cada producto o servicio*. Instituciones de Derecho Privado. Contratación Contemporánea. Contratos Modernos Derecho del Consumidor 2, (2001), Dirección Atilio Anibal Alterini – José Luis De Los Mozos – Carlos Alberto Soto, Palestra Editores. Lima – Perú, Editorial Temis. Bogotá, Colombia, p. 487.

puede prestarse a consideraciones subjetivas dependiendo del caso concreto de allí que transcribimos de Santiago Cavanillas Múgica unos módulos que permiten determinar cuáles son las prestaciones propias de cada producto, detraídos de referencia de Vázquez Ferreyra:

“La lex artis, de los Reglamentos y de la mera normalidad. En cuanto a la Lex artis, toda prestación debe cumplir con las pautas de una buena práctica profesional.

Los productos también deben cumplir con los requisitos que le vienen impuestos por los Reglamentos que los regulan.

Por último, el consumidor tiene derecho a que los productos o servicios contratados le ofrezcan una prestación normal, entendida la normalidad, más que como usual media, como usual, regular, habitual”⁵⁷⁵.

De las decisiones jurisprudenciales en Sala Constitucional que abarcan el lustro 2000-2005 no hemos encontrado una meridiana claridad del concepto “bienes y Servicios de calidad”. Durante el lustro siguiente no encontramos decisiones jurisprudenciales idóneas a la ilustración perseguida.

Al revisar el lustro 2000-2005 en los repertorios jurisprudenciales encontramos un trazo tal vez baladí pero que amerita, ser aludido, especifiquemos:

La Sala Constitucional a propósito del artículo 117 Constitucional en comento arroja una expresión que configura un atisbo en entender que la poca calidad de un bien o un

575 Vázquez Ferreyra, Roberto, ob. Cit., p. 484.

servicio coexiste con la naturaleza estructural de aquellos y no con la regulación que el Estado haya efectuado de los mismos.

Así en Sentencia N° 85 del 24-01-2001 (Caso Asodeviprilara). Exp. N° 01-1274 se expuso: “El Estado Social... está obligado a proteger a los débiles, ... frente a los fuertes, tiene el deber de vigilar que su libertad no sea una carga para todos... no es que el Estado Social de Derecho propenda un Estado socialista, no respete la libertad, sino que es un Estado que protege a los habitantes del país de la explotación desproporcionada, lo que se logra impidiendo o mitigando prácticas que atentan contra la justa distribución de la riqueza, y que conforme a las metas contenidas en el Preámbulo de la Constitución, tiende en toda forma a evitar... la adquisición de bienes y servicios de baja calidad, o que se ofrezcan sin la información adecuada o engañosa sobre el contenido y características de los servicios y productos de consumo, así como que se atente contra la libertad de elección de los mismos (artículo 117 de la Constitución).” (Subrayado nuestro)

V. 4. La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de fecha 4 de mayo 2004 y la Ley PADEPABIS

V. 4. 1. La Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de fecha 4 de mayo 2004

Lo primero que hay que acotar es que esta Ley es producto del Decreto de la Asamblea Nacional de la República Bolivariana de Venezuela.

Otro detalle no intrascendente son las definiciones de los sujetos de la Ley, a saber:
Consumidor: Toda persona natural que adquiriera, utilice o disfrute bienes de cualquier naturaleza como destinatario final.

Usuario: Toda persona natural o jurídica, que utilice o disfrute servicios de cualquier naturaleza como destinatario final.

Como se verá en la Ley sucesiva a esta, desaparecen sendos términos que son sustituidos por el vocablo **personas** como otrora mencionamos.

En cuanto a los derechos de los consumidores y usuarios, el artículo 6 los consagraba en trece numerales nos interesa el segundo numeral cuyo tenor literal era: ... la adquisición de bienes o servicios en las mejores condiciones de calidad y precio que permita el mercado, tomando en cuenta las previsiones legales que rigen el acceso de bienes y servicios nacionales y extranjeros. (Subrayado nuestro)

En lo atinente a nuestro tema se debe plasmar que en el Título III De la Protección Contractual se reflejaban las opciones del Consumidor ante un bien o Servicio objeto del Contrato con defectos o vicios ocultos transcribimos el tenor literal de dicho artículo:

Artículo 85.- El consumidor o usuario podrá optar por pedir la rescisión del contrato de adhesión o la reducción del precio, sin perjuicio de exigir la indemnización por daños y perjuicios, cuando el bien o servicio objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que le hagan inservible o que disminuyan de tal modo su calidad, que el consumidor o usuario no la habría adquirido o hubiera dado un menor precio por ella.

Se desprende de la norma que el consumidor o usuario puede optar por los siguientes remedios:

- a) Rescisión del contrato de adhesión o
- b) Reducción del precio.

En ambos casos la posibilidad de exigir la indemnización por daños y perjuicios cuando el bien o servicio objeto del contrato tenga defectos o vicios ocultos que le hacen inservible o que disminuyen de tal modo su calidad que el consumidor o usuario no la habría adquirido o hubiera dado un menor precio por ella.

Mutatis mutandis encontramos un calco de la solución del Código Civil en sus artículos 1.518 y siguientes que contemplan la figura del saneamiento por vicios ocultos y que vienen a significar esa larga tradición que cristalizó en los Códigos decimonónicos con la solución de las clásicas acciones redhibitoria y quanti minoris heredadas del Derecho Romano ya analizadas.

Por supuesto esta norma no puede evaluarse de manera aislada sino que su lectura debe estar adminiculada al resto del articulado, trascender los intersticios de la Ley en comento de 2004, y en ese norte detener la mirada en los artículos 96 y 99 cuya transcripción es la siguiente:

Artículo 96.- El consumidor o usuario de un bien o servicio de naturaleza duradera tendrá derecho como mínimo a la reparación completamente gratuita de los vicios o defectos y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados, o en los supuestos en que la reparación efectuada no fuere satisfactoria y el objeto de la garantía no revistiese las

condiciones óptimas para cumplir el uso al cual estuviere destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del bien o servicio por otro similar, o a la devolución del precio pagado.

Artículo 99.- Los fabricantes e importadores de bienes de naturaleza duradera y prestadora de servicios deberán ofrecer al consumidor y al usuario garantías suficientes por escrito contra los desperfectos y mal funcionamiento, vicios ocultos o cualquier otro riesgo de acuerdo a la naturaleza del bien o servicio. Los proveedores o expendedores serán solidariamente responsables de dar cumplimiento a tales garantías.

Dichas garantías deberán ser emitidas y tomarán la forma de certificados, los cuales incluirán, por lo menos, los siguientes datos:

1. El producto o servicio garantizado.
2. La identidad del garante y de la persona beneficiaria de la garantía.
3. Las obligaciones del garante en relación con lo previsto en el encabezamiento de este artículo.
4. Los derechos del beneficiario, con indicación de las personas que puedan cumplir por el garante.
5. La fecha de expedición y la duración de la garantía, sus condiciones, el tiempo dentro del cual fue recibido el reclamo; debe el garante reparar o sustituir el producto o servicio garantizado o rembolsar el precio al consumidor o usuario.

El proveedor y el fabricante están obligados a hacer efectiva la garantía ante el consumidor en el plazo establecido.

Los consumidores y usuarios tendrán derecho cuando adquieran bienes y servicios de naturaleza duradera a un servicio técnico y a la existencia de repuestos durante un lapso determinado.

La regulación de las garantías será objeto del Reglamento de esta Ley y la inexistencia del certificado de garantía será suplida por la factura o comprobante que demuestra la adquisición del bien o pago del servicio.

En torno a sendas normas el profesor Enrique Urdaneta Fontiveros, coterráneo y hoy Miembro de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales de la República Bolivariana de Venezuela ha elaborado algunas consideraciones de carácter general que proceden ser vertidas, a saber:

“Las precitadas disposiciones regulan el régimen de la garantía de los productos y servicios de bienes de naturaleza duradera, que se presta al consumidor a fin de no defraudar las expectativas esperadas con el uso del producto.

Respecto de los bienes de naturaleza duradera, el fabricante o importador debe ofrecer una garantía por escrito que exprese necesariamente el objeto sobre el que recae la garantía, el garante, el titular de la garantía, sus derechos, así como las obligaciones del garante y el plazo de duración de la garantía (tres meses como mínimo, según dispone el artículo 6° del R.L.P.C).

La LPCU regula la garantía otorgada para la compra-venta en la que interviene un consumidor y cuyo objeto sea un bien de naturaleza duradera. La garantía se otorga a favor del consumidor ante una anomalía existente en el producto sin que proceda distinguir si la causa de la anomalía procede de un vicio redhibitorio o no. Así pues, es el tipo de objeto (bien de naturaleza duradera) y el carácter de los adquirentes (consumidores) lo que da lugar a la aplicación de un régimen de garantía distinto al estipulado en los artículos 1518 y siguientes del Código Civil cuando se está en presencia de un bien adquirido con anomalías cualitativas.

La peculiaridad que presenta esta garantía es que se trata de una *garantía contractual o convencional, pero con carácter imperativo e inderogable*, según se desprende del tenor literal del artículo 96 de la LPCU. Esta garantía es pues de carácter obligatorio y está sujeta a unas determinadas condiciones legales (LPCU, artículos 96 y 99). Esto difiere totalmente de la disciplina del saneamiento por vicios ocultos que trae el Código Civil cuyas disposiciones, como se dijo, son supletorias de la voluntad de las partes. Por lo cual, resultaría absolutamente nula cualquier renuncia a la garantía de saneamiento establecida en la LPCU o a alguno de los derechos mínimos contemplados a favor del consumidor en dicha Ley (LPCU, artículo, artículo 2° y Código Civil, artículo 6°).

La garantía contemplada en la LPCU resulta siempre más beneficiosa para el comprador que el régimen del saneamiento por vicios ocultos previstos en el Código Civil; y ello, por varias razones: en primer lugar, porque le permite pedir la sustitución o reparación de la cosa defectuosa; en segundo término, porque le permite dirigirse contra el fabricante, que es quien normalmente presta la garantía y se encuentra en mejores condiciones de proveer a la sustitución o reparación de la cosa defectuosa; y, por último, porque el plazo de la garantía ofrecida suele ser superior a los tres meses.

En razón de la regulación especial de esta garantía contenida en la LPCU, el régimen de la obligación de saneamiento consagrado en los artículos 1518 y siguientes del Código Civil está hoy en día bastante superado, puesto que sólo se aplica, en la actualidad, a las relaciones que no se someten a la LPCU, conservando en dichas relaciones su carácter supletorio y la atribución de responsabilidad por los daños y perjuicios causados únicamente en los casos en que el vendedor haya actuado de mala fe (Código Civil, artículos 1522 y 1523). La garantía consagrada en la LPCU sirve para adaptar la tradicional obligación de

saneamiento a la realidad del tráfico contemporáneo y se aplica a la inmensa mayoría de los intercambios que en nuestra sociedad de consumo se producen”⁵⁷⁶.

Sobre esa idea de superación de la tradicional obligación de saneamiento se volverá por cuanto son varios los Institutos en juego y cada uno amerita su tratamiento específico.

Por otra parte cabe preguntarse sobre el fundamento de la responsabilidad del fabricante, para ello detraemos la opinión de James Otis Rodner “En los casos de responsabilidad del fabricante encontramos como denominador común que el daño origina directamente de un defecto, desperfecto o vicio en el diseño, fabricación o introducción del producto al comercio, el cual ha podido prevenir el fabricante. El defecto o vicio puede afectar el producto mismo, haciéndolo impropio para el uso al cual ha sido derivado”⁵⁷⁷.

Finalmente, en comentarios a esta Ley del 2004 hacemos el comentario de Urdaneta Fontiveros, “En definitiva, la tendencia que se observa en la legislación especial de Protección al Consumidor es a evolucionar de un sistema en el cual la obligación de saneamiento por vicios ocultos se configuran como una obligación legal cuyo incumplimiento hace surgir la responsabilidad del vendedor en los términos expuestos en la primera parte de este trabajo (Código Civil, artículos 1518 y siguientes) hacia un sistema en que el garante responde por la entrega de una cosa conforme a las especificaciones del contrato ante cualquier infracción de las expectativas legítimas del consumidor relativas a

⁵⁷⁶ Urdaneta Fontiveros, Enrique. *Vicios Redhibitorios y Saneamiento*. (2008). Academia de Ciencias Políticas y Sociales. Serie Estudios, 73, Caracas, Venezuela, p. 205-206.

⁵⁷⁷ Rodner, James Otis. *La Responsabilidad Civil del Fabricante en el Derecho venezolano*. Estudios de Derecho Civil. Vol. II, Libro Homenaje a José Luís Aguilar Gorrondona. (2002). Fernando Parra Aranguren, Editorial Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenaje, N° 5, Caracas, Venezuela, p. 419.

su naturaleza, condiciones, calidad, utilidad o finalidad de los bienes, constituyendo dicha infracción un verdadero incumplimiento contractual que faculta al comprador-consumidor a exigir el cumplimiento en especie de las obligaciones derivadas del contrato, tal y como las mismas fueron contraídas, a través de la reparación o sustitución de los bienes defectuosos o, en su caso, a solicitar la resolución del contrato y la devolución del precio (LPCU, artículo 96)⁵⁷⁸.

Este último aspecto en cuanto a constituir un verdadero incumplimiento contractual la no conformidad con la cosa, es un aspecto discutido porque equivaldría a colocar en un mismo plano y con igual ponderación jurídica a aquel que cumplió de manera inexacta por la existencia de un vicio oculto pero cumplió, con el que sencillamente incumplió su prestación, sobre esto se insistirá por ser medular al estudio y por constituir un eje en el que inciden institutos fundamentales del Derecho Civil; por lo pronto apelamos al juicio, del profesor De Los Mozos “El problema principal, a mí juicio, se encuentra en la idea de ‘conformidad’, la cual se habría abierto paso en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías de 11 de abril de 1980. El art. 35,1 del Convenio establece que: “El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasados o embaladas en la forma fijada por el contrato”. El art. 36,1 hace responsable al vendedor de toda falta de conformidad, que se configura así como un incumplimiento, y da derecho a los remedios especiales de sustitución, reparación, resolución y rebaja del precio (art. 45,1 en rel. con los arts. 46 a 52), así como a la indemnización de los daños y perjuicios (art. 45,2, en rel. con los arts. 74 a 77). De acuerdo con esta regulación, viene a resultar que la aparición de vicios ocultos es tratada como un supuesto de falta de conformidad y por tanto, como un

⁵⁷⁸ Urdaneta Fontiveros, Enrique, ob. cit., p. 248-249.

incumplimiento del contrato que da lugar a un deber de indemnización a cargo del vendedor”⁵⁷⁹.

Así pues, y haciendo un balance de la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 1 de abril de 2004 trata de subsanar las deficiencias detectadas en versiones anteriores (1974, 1992, 1995) y su importancia radica en que muchas de sus previsiones trascienden el ámbito específico del objeto de la Ley, de por sí ya muy amplio a tenor de su artículo 3, y van calando en el campo contractual tanto civil como mercantil⁵⁸⁰.

En primer lugar, es muy importante destacar el carácter de orden público de las normas de la Ley, lo cual las hace irrenunciables por las partes al tratarse de normas de Derecho necesario –artículo 2⁵⁸¹.

Por otro lado, la Ley enumera de forma detallada y muy exhaustiva los derechos de los consumidores y usuarios⁵⁸², como por ejemplo, y entre los que destacan la protección de la salud y seguridad; adquisición de bienes y servicios en las mejores condiciones de calidad

⁵⁷⁹ De Los Mozos Touyi, José Javier. (2006), *En Torno* a la idea de incumplimiento en el derecho civil español. Estrato da “Roma E America Diritto Romano Comune 22/2006, Mucchi Editore, p. 159-160.

⁵⁸⁰ Concretamente, el mencionado artículo establece que quedan sujetos a las disposiciones de la presente Ley “... *todos los actos jurídicos celebrados entre proveedores de bienes y servicios y consumidores y usuarios, relativos a la adquisición y arrendamiento de bienes, a la contratación de servicios públicos o privados y cualquier otro negocio jurídico de interés económico para las partes*”.

⁵⁸¹ Ver en este sentido, aunque referido a la Ley anterior sobre la materia, la Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, de 20 de agosto de 2002 (Ramírez y Garay. Tomo 191, 1477), así como el carácter de interés difuso de los derechos de los consumidores por atender a un interés supraindividual (Sentencia del Tribunal Supremo de Justicia, Sala Constitucional, de 5 de agosto de 2005 (Voto salvado). Pierre Tapia, agosto de 2005).

⁵⁸² Artículo 6 de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario.

y precio; información suficiente, oportuna, clara y veraz de los bienes y servicios; promoción y protección jurídica en atención a su calidad de débil jurídico; educación e instrucción sobre sus derechos como consumidor; indemnización efectiva por daños; protección de sus intereses individuales y colectivos; protección contra publicidad subliminal, falsa o engañosa; derecho de asociación; trato no discriminatorio; defensa de sus intereses; disfrute de bienes y servicios, sin olvidar los demás que establecen la Constitución y las leyes, lo que confiere, a nuestro entender, a esta relación una enumeración totalmente abierta, y no cerrada ni taxativa.

El Título V de la Ley se ocupa de regular específicamente la responsabilidad del proveedor, civil y administrativa, incluso por mora, y refuerza la posición jurídica del consumidor al reconocer la responsabilidad solidaria que alcanza a productores, fabricantes, ensambladores, importadores, comerciantes con marca propia, distribuidores y expendedores –artículos 92 y 93 de la Ley.

Muy interesante en esta línea protectora de los derechos de los consumidores y usuarios el derecho concedido a la indemnización por daños y perjuicios en una serie de casos⁵⁸³, entre los que se encuentran los siguientes: el incumplimiento de las especificaciones correspondientes para los productos sujetos a normas de calidad de cumplimiento obligatorio; cuando los materiales, elementos, sustancias o ingredientes que constituyen o integrantes de los productos no se corresponden con las especificaciones previstas; cuando la ley de los metales de los artículos de joyería u orfebrería sea inferior a la indicada; cuando el producto garantizado dentro de su lapso fuera de deficiente calidad o propiedad garantizada siempre que hubiera sido destinado al uso o consumo normal; cuando el producto adquirido no fuera apto para el uso destinado; o bien cuando pactadas

⁵⁸³ Ver al respecto los artículos 92, 93, 94 y 98 de la Ley de Consumidores.

especificaciones entre proveedor y consumidor sobre los productos objeto del contrato, éstas no se cumplen.

También se regula el derecho a la reposición del producto o a la devolución de la suma pagada en exceso cuando el contenido neto de un producto sea inferior al debido o la cantidad sea menor a la indicada en el envase o empaque considerados los límites de tolerancia permitidos, o bien cuando el instrumento empleado en la medición haya sido utilizado en perjuicio del consumidor o fuera de los límites de tolerancia permitidos – artículo 95 de la Ley.

El consumidor de un bien o servicio de naturaleza duradera tendrá derecho como mínimo a la reparación completamente gratuita de los vicios o defectos y de los daños o perjuicios por ellos ocasionados⁵⁸⁴. Cuando la reparación no fuera satisfactoria y el objeto de la garantía no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso al que está destinado, el titular contará con el derecho a la sustitución del bien o servicio por otro similar, o a la devolución del precio pagado⁵⁸⁵.

Vemos pues que la legislación especial aborda algunos de los supuestos de las acciones edilicias del Código civil, en cuyo caso, por el principio de ley especial y posterior, se aplicaría la normativa de consumidores, si bien ello que quiere decir que supondría una derogación de las disposiciones del Código civil, puesto que el ámbito de aplicación de la Ley de Consumidores no es tan amplio como el de las acciones edilicias, toda vez que como ya

⁵⁸⁴ En materia de reparación perfila con detalle los casos de reparación gratuita, con repuestos nuevos y con piezas reconstruidas –artículos 96 y 101-104 de la Ley de Consumidores.

⁵⁸⁵ Al respecto se detalla la garantía por escrito que deben presentar los fabricantes e importadores de naturaleza duradera, así como lo relativo al certificado de calidad –artículos 96, 99 y 100 de la Ley de Consumidores.

hemos visto en el artículo 3 sólo se registrarán por ella los actos jurídicos celebrados entre proveedores de bienes y servicios y consumidores y usuarios, con lo cual no acoge en su seno las relaciones jurídicas entabladas entre consumidores, que permanecerían bajo la normativa y tutela de las acciones edilicias del Código civil.

Quedan muchos interrogantes en cuanto al encaje de ambas legislaciones y, sobre todo, el plazo para ejercer las acciones al amparo de la nueva Ley de 2004, toda vez que en ella no se menciona ninguno, con lo cual se suscita la duda de si, supletoriamente, regiría el régimen edilicio, plazos excesivamente breves, o bien, a nuestro entender, tendría que aplicarse la lógica de los plazos razonables atendiendo a las circunstancias del caso.

V. 4. 2. Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios 2008 (PADEPABIS) y sus reformas posteriores

Lo primero que se señala es que su naturaleza emana de un "Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley"⁵⁸⁶ que cambia el título anterior de Ley de Protección al Consumidor y al Usuario por el de este intitulado.

Así como acotamos en el Capítulo III a propósito de la Ley vigente de ausencia de los términos Consumidor y Usuario, en este apartado puntualizamos que dicha poda partió del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de 2008 aquí en alusión, no obstante resulta llamativa la Exposición de Motivos que le procedió, por cuanto en ella se menciona la expresión consumidores, consumidoras, usuarias y usuarios, así como una narrativa que

⁵⁸⁶ República Bolivariana de Venezuela. Gaceta Oficial N° 5.889 del 31 de julio de 2008.

transcribimos porque compendia algunos elementos de la Ley que ellos contrastaron con la precedente del 2004 a la que derogó.

“La actual Ley de Protección al Consumidor y al Usuario, fue promulgado en Gaceta Oficial N° 37.930 de fecha cuatro de mayo del año 2.400, derogando la antigua Ley de Protección al Consumidor del 17 de mayo de 1995, siendo resultado de la discusión parlamentaria y ciudadana que en aquel entonces se planteo con el objeto de adaptarla a las nuevas circunstancias que se requerían”.

Lo que hoy se propone, tiene como fundamento esencial los profundos cambios históricos, que en lo social, en lo económico, en lo político y en lo cultural, se desarrollan de manera dinámica y progresiva en el país y en atención a los derechos de las personas en el acceso a los bienes y servicios están considerados como un derecho humano en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, razón por la cual se hizo imperioso luego de un complejo y largo período de discusión multidisciplinario, esta propuesta de reforma.

Se busca corresponder de manera ágil y expedita a los derechos de las consumidoras, los consumidores, las usuarias y los usuarios, modificándose e incorporándose disposiciones sustanciales y simplificándose los procedimientos administrativos existentes, los de la oralidad como medio de subsanación procedimental, rompiéndose de tal manera con la rigidez y el convencionalismo, dogmatismo legal tradicional del procedimiento actual.

Se amplía el ámbito de su competencia, incluyéndose como sujetos de la Ley a toda persona natural o jurídica que interviene en la cadena de distribución, producción y consumo, tales como importadoras e importadores, productoras y productores, fabricantes, distribuidores y comercializadores, haciéndolos responsables directa y solidariamente cuando sus conductas o actos afecten o vulneren los derechos de las personas.

Se incorporan a los Consejos Comunales a través de los Comités de Contraloría Social para el Abastecimiento y demás organizaciones, como nuevos actores del proceso en la defensa, educación, información, vigilancia y control de los derechos e intereses de las personas en el acceso a los bienes y servicios, en cumplimiento de la disposición constitucional de la participación protagónica del pueblo en los asuntos de la vida nacional y para la defensa integral de la nación en materia de bienes y servicios, declarados o no de primera necesidad.

Se sanciona un cúmulo de actuaciones que la Ley vigente solo contenía de manera enunciativa, es decir, no estaba prevista pena alguna para estas conductas irregulares, por lo que en tal sentido, ahora se precisa su carácter ilícito, previendo sanciones que permitan el cumplimiento oportuno de la Ley, así como, imposición de otros ilícitos y delitos, penas, a los fines de prevenir las conductas y actos contrarios a los derechos de las personas.

De tal forma, se consagraron las denominadas medidas correctivas y preventivas, en el ejercicio de la aplicación del presente de Decreto-Ley, a fines de asegurar y garantizar que no queden ilusorias las decisiones, así como la de afrontar las conductas de acaparamiento, especulación, boicot y extracción de bienes, permitiéndole al Estado garantizar la seguridad alimentaria de la Nación.”.

En lo particular pensamos que aducir que los derechos de las personas en el acceso a los bienes y servicios están considerados como un derecho humano en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999 es aceptable sin embargo, señalar que por ello se hizo imperiosa la reforma, luego de un complejo y largo período de discusión multidisciplinario no es exacto, por cuanto la Ley de 2004 reproducía el espíritu razón y propósito de la Constitución de 1999.

Antes de entrar a la parte que nos interesa de los bienes y servicios destacar la incorporación de un artículo nuevo que regula lo relativo a Bienes y Servicios de primera necesidad (recordemos que la Ley de Propaganda Comercial, del año 1944 ya aludida

incorporaba el término de 'Primera Necesidad' aplicado no a Bienes y Servicios, pero si artículos), cuyo tenor literal es el siguiente:

Artículo 5.- Se considera bienes y servicios de primera necesidad aquellos que por esenciales e indispensables para la población, atienden al derecho a la vida y a la seguridad del Estado, determinados expresamente mediante Decreto por la Presidenta o Presidente de la República en Consejo de Ministros.

El Ejecutivo Nacional, cuando las circunstancias así lo requieran para garantizar el bienestar de la población podrá dictar las medidas necesarias de carácter excepcional, en todo o en parte del Territorio Nacional, destinadas a evitar el alza indebida de precios, acaparamiento y boicot de productos o servicios declarados de primera necesidad o establecer reducciones en los precios de bienes y tarifas de servicios declarados de primera necesidad.

Se declaran, y por lo tanto son de utilidad pública e interés social, todos los bienes necesarios para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de alimentos, bienes y servicios declarados de primera necesidad.

El Ejecutivo Nacional podrá iniciar la expropiación de los bienes pertenecientes a los sujetos sometidos a la aplicación de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, sin que medie para ello declaratoria previa de utilidad pública e interés social por parte de la Asamblea Nacional.

Remitimos los comentarios formulados en el anterior Capítulo a propósito del artículo 6 de la vigente Ley que viene a reproducir con acritud constatable parte de este artículo 5 de marras y aprovechamos para señalar el calco que significó este Decreto con Fuerza de Ley aquí en comentarios del 2008 al carbón en la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios salvo en cuanto a la fuente, a saber Asamblea Nacional de la

República Bolivariana de Venezuela y el cambio de numeración, en cuanto a la certificación de calidad el artículo 82 prescribe:

“Los fabricantes de bienes y las prestadoras o prestadores de servicios, sobre los cuales existe una reglamentación técnica aprobada por el organismo competente de normalización y certificación de calidad, tendrán que garantizar el cumplimiento de la reglamentación correspondiente, durante la existencia del bien, aún, posterior a la venta del mismo. El Reglamento de este Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, establecerá la forma de cumplimiento en los casos de los productos artesanales”.

A la fecha no conocemos la existencia del reglamento de este Decreto, no obstante a los fines de la contextualidad de dicha norma vale la remisión a la Ley del Sistema Venezolano para la Calidad que aludimos supra y cuyo contenido y técnica legislativa es parecida al de un reglamento.

En cuanto a las opciones que se dan a los consumidores y usuarios ante la no conformidad del bien debemos acotar que la Ley de 2004 y la de 1995 eran más específicas y con claridad meridiana en cambio la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios aquí en comento limita a lo que ella misma denomina Reparación Gratuita y Restitución del Valor del Bien en sendas normas que a renglón seguido transcribimos:

Artículo 83.- Cuando un bien sea objeto de reparación y presente defectos relacionados con el servicio realizado e importable a la prestadora o prestador del mismo, dentro del lapso de la garantía otorgada por el servicio prestado, la persona tendrá derecho a que se le repare el bien, en el plazo que no podrá ser mayor de quince (15) días y sin costos adicional, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar. Al plazo de garantía original se le adicionaran los días que haya durado la reparación o las reparaciones efectuadas dentro de la mencionada garantía.

Artículo 84.- Cuando el bien u objeto de un servicio de acondicionamiento, reparación, limpieza u otro similar, sufriera tal menoscabo o deterioro que disminuya su valor o lo torne total o parcialmente inapropiado para el uso normal a que está destinado, la prestadora o el prestador del servicio deberá restituirle a la persona por la pérdida ocasionada, el monto equivalente al previo actual del bien u objeto del servicio.

Esas tres normas, 82-83 y 84 se reproducen en la Ley de 2010 con el mismo texto, cambio únicamente en cuanto a la numeración, es decir, 83-84-85 respectivamente.

Con relación a la reforma de esta Ley en el año 2010, hemos de decir que los artículos 112 y 117 de la Carta Magna dentro de la pirámide jurídica se encuentran en la cúspide y la legislación correlativa debe acatar el espíritu razón y propósito de aquella. No obstante de la revisión del contenido de la Ley en ciernes se observan una serie de peculiaridades que van desde la técnica legislativa poco cuidada hasta lo sustancial, puede inclusive tildarse de inconstitucional.

Desaparece del texto de la ley el término consumidor que estuvo hasta la ley de protección al consumidor y al usuario del 4 de mayo de 2004, Gaceta Oficial N° 37.930 ya en el texto de la ley de 2008 que cambia de nombre y pasa a denominarse Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios, Gaceta Oficial N° 5.889 Extraordinario del 31 de julio de ese año, se extirpó la mencionada expresión, al efecto el artículo 4 de la vigente ley define los sujetos y se evidencia una sustitución del término consumidor por el de personas que dicha ley consideran como toda persona natural o jurídica, de carácter público o privado, organizada o no, que adquiera, utilice o disfrute bienes y servicios de cualquier naturaleza como destinatario final”.

Una recomendación de la gramática sugiere excluir de la definición lo definido, la técnica legislativa omitió tal regla al señalar: Persona: Toda persona natural o jurídica. Como entender el cambio? ya que en la tradición legislativa había estado presente; sabemos que el lenguaje es el brazo del pensamiento y la voz consumidores alude a una terminología propia de todo Estado liberal, o de toda economía mixta como es la nuestra, inclusive se insistió en incorporar la palabra prosumidor que de una simple revisión electrónica connota: en la economía del conocimiento es una forma evolucionada de la división productor-consumidor que los sintetiza en una sola persona.

No obstante, de la consulta cuyo compás va desde el Diccionario de la Lengua Española hasta Diccionarios especializados en áreas verbigracia del Derecho Empresarial, Diccionario General de Economía, Comercio y Derecho, Diccionario Razonado de Economía, Diccionario de las Ciencias Sociales, Diccionario de Sociología, Diccionario Político-Social, Diccionario Jurídico Venezolano, Enciclopedia Jurídica OPUS, Diccionario Jurídico Venelex, Enciclopedia Jurídica Omeba, Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas, Sociales y de Economía y otros tantos Diccionarios jurídicos en los que no se encontró el término en ciernes, tampoco en la pequeña Enciclopedia del Socialismo del Comunismo de Giulio Trevisani, se consultó también Diccionarios de Términos legales Inglés-Español-Español-Inglés infructuosamente y en esa búsqueda decidimos colocar un punto y aparte.

Finalmente, el texto no incorporó la expresión prosumidor de farragosa prosapia, pero tampoco la de consumidor. Sin embargo, debemos acotar que, dentro de los numerosos proyectos de ley de la actual Asamblea Nacional, el término prosumidor aparecía en el Proyecto de Ley Orgánica de las Comunas que en fecha 22 de junio de 2010 se aprobó en primera discusión a propósito de la promoción y ejecución del intercambio solidario y la moneda comunal, actividad que será función del Banco comunal. En el proyecto de marras se aprecia que cuando hay diferencias de valor entre productos y servicios es cuando entra en función la moneda comunal "cuando una persona (prosumidor o prosumidora) ingresa a un sistema, recibe determinada cantidad de moneda, participa en un taller de formación y

asiste a por lo menos a tres mercados de trueque para probarse a sí misma". Abundarían los comentarios, no obstante nos limitamos a nuestra búsqueda. En seguimiento a dicho proyecto, fue aprobada con carácter de Ley Orgánica, juntamente con otras, en un procedimiento raudo, efectuado entre el 17 de diciembre de 2010 y el 21 de dicho mes y año en las postrimerías del período parlamentario de dicha Asamblea Nacional. Disertar en cuanto a la validez de estas leyes es entrar en el denominado Estado constitucional, lo cual excede a nuestra pretensión. Hemos querido destacar que, finalmente, la voz prosumidor no cristalizó en la Ley Orgánica de las Comunas, cuyo texto es un galimatías aparte de su espúrea naturaleza jurídica.

Si bien es cierto que la Protección al Consumidor y al Usuario puede vincularse al Derecho Mercantil, al Derecho Económico, al Derecho de la Competencia, al Derecho Civil y al Derecho del Ambiente no podemos olvidar su incorporación a "La Constitución Económica venezolana, el texto constitucional de 1999 no define el régimen socioeconómico en forma rígida y consagra los principios de justicia social, eficiencia, libre competencia e iniciativa, defensa del ambiente, productividad y solidaridad. De esa forma, y así aparece recogido en la Exposición de Motivos, el constituyente de 1999 evitó dogmatismos ideológicos en relación con los papeles que deben jugar el Estado y el mercado en la economía y evitando una visión extrema y excluyente de los contenidos sociales de todo sistema económico, estableció las bases para la formación de una economía de respeto a la acción individual"⁵⁸⁷.

Pero en ilación a la alusión constitucional anterior debemos puntualizar que "la regulación constitucional de la protección al consumidor ha evolucionado en el sentido de que el texto de 1961 no contenía una norma expresa sobre la materia, en tanto que la

⁵⁸⁷ Badell Madrid, Rafael – De Grazia Suárez Carmelo y otros (2004) *Comentarios a la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario*. Cuadernos Jurídicos Badell, Grau y De Grazia, Nº 9, p. 12.

Constitución de 1999 la regula como derecho constitucional, al darle esta significación a la protección y defensa del consumidor”⁵⁸⁸.

En consecuencia no se entiende la extirpación de los términos consumidores y usuarios; que en modo alguno pueden considerarse tributarios del Derecho Privado porque se trata de una interaplicación del Derecho Público y el Derecho Privado, su regulación implica una suerte de Derecho especial, detraemos en ese sentido lo expuesto por José Ignacio Hernández, “La protección de los consumidores y usuarios, a través de un Derecho especial, parte del postulado conforme al cual no hay, entre ellos y los proveedores, igualdad real. En condiciones ordinarias, el tráfico mercantil se procura a través de contratos basados en el principio de la libre e igual autonomía de la voluntad de las partes. Se entiende, sin embargo, que existe un fallo de mercado que impide que tal igualdad contractual pueda discurrir fácilmente: la desigual posición jurídica en la que se encuentran los consumidores y usuarios frente al empresario. Esa desigualdad hace inaplicable el régimen general de garantías que, a favor de esa categoría de sujetos, contiene ya el ordenamiento jurídico privado: instituciones como la nulidad del contrato por error o la garantía de saneamiento y evicción han sido establecidas, precisamente a favor de los consumidores y usuarios. Sólo que el fallo de mercado constatado hace insuficiente ese régimen ordinario, siendo preciso acudir a un régimen exorbitante del Derecho común”⁵⁸⁹.

Es cierto y se ha constatado de estudios en capítulos precedentes a este del Derecho venezolano, como las instituciones clásicas constituyen un régimen aparte a esta tutela tuitiva de los consumidores, pero una cosa es proteger al denominado “débil jurídico” y otra muy distinta extinguir toda ganancia de los productores, exterminar los derechos que

⁵⁸⁸ Badell Madrid, Rafael – De Grazia Suárez Carmelo y otros. Ob. cit, p. 19.

⁵⁸⁹ Hernández, José Ignacio. *La responsabilidad civil administrativa del proveedor en la nueva Ley de Protección al Consumidor y al Usuario. Ley de Protección al Consumidor y al Usuario Estudios*. (2005), Colección Textos Legislativos N| 33, 1ª ed., Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, p. 10.

constitucionalmente tienen y que legalmente deben seguir siendo reconocidos, reducir su margen de contratación a elementos subjetivos y declarar cualquier actividad de los medios de producción de "utilidad pública", coloquialmente se dice y se oye que los extremos son malos y lo mejor es el punto medio.

Lo anterior encuentra encaje en la intención del texto legal en comento y del mismo extraeremos elementos verdaderamente atípicos que ofrecen soluciones que en su aplicación generan distorsión de los procesos económicos ya decían los romanos, saber leyes no es aprender sus palabras sino entender sus efectos y consecuencias, un aspecto significativo es contar con un Estado tendiente a velar porque su población disponga de bienes y servicios de calidad y otro muy distinto es expropiar esos bienes y peor aún aniquilar los medios de producción.

Transcribimos a título de ejemplo y por la vinculación al tema de investigación científica algunas de esas normas incorporadas a la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios...

Artículo 6.- "Se declaran, y por lo tanto son de utilidad pública e interés social. Todos los bienes para desarrollar las actividades de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de bienes y servicios.

El ejecutivo podrá iniciar la expropiación de los bienes pertenecientes a los sujetos sometidos a la aplicación de la presente Ley, sin que medie para ello declaratoria previa de utilidad pública e interés social por parte de la Asamblea Nacional". (omissis)

En todo caso, el Estado podrá adoptar la medida de ocupación, operatividad temporal e incautación, mientras dure el procedimiento expropiatorio, la cual se materializa mediante

la posesión inmediata, puesta en operatividad, administración y el aprovechamiento del establecimiento, local, bienes e instalaciones, transporte, distribución y servicios por parte del órgano o ente competente del Ejecutivo Nacional, a objeto de garantizar la disposición de dichos bienes y servicios por parte de la colectividad. El órgano o ente ocupante procederá a realizar el inventario del activo, y ejecutará las acciones necesarias a objeto de procurar la continuidad de la prestación del servicio o de las fases de la cadena de producción y distribución del consumo que corresponda.

Parágrafo Único: En los casos de expropiación de acuerdo a lo previsto en este artículo se podrá compensar y disminuir del monto de la indemnización lo correspondiente a multas, sanciones y daños causados, sin perjuicio de lo que establezca otras leyes”.

Lo primero que destaca es el procedimiento de declaratoria de utilidad pública e interés social, de todos los bienes de la cadena de producción. Lo que aunado a lo primero es extremadamente llamativo es la denominada por el legislador de marras expropiación concedida al Ejecutivo sobre los bienes en general, el mecanismo allí programado dista de lo que en la tradición legal y doctrinal se conoce como expropiación por causa de utilidad pública e interés social.

La Constitución en torno al instituto de líneas precedentes consagra... el derecho de propiedad y el procedimiento de expropiación; dejemos que de la lectura del artículo 115 sea evidente la Constitucional regulación:

“Se garantiza el derecho de propiedad. Toda persona tiene derecho al uso, goce, disfrute y disposición de sus bienes. La propiedad estará sometida a las contribuciones, restricciones y obligaciones que establezca la ley con fines de utilidad pública o de interés general. Sólo por causa de utilidad pública o interés social,

mediante sentencia firme y pago oportuno de justa indemnización, podrá ser declarada la expropiación de cualquier clase de bienes.” (Subrayado nuestro)

Realmente lo que se incorpora en lugar de expropiación es la ocupación que nosotros no dudamos en apostillar de “sui generis” por emplear algún calificativo decoroso, porque sabemos que la ocupación como mecanismo de adquisición de la propiedad debe recaer sobre cosas sin dueño y abandonadas y estos dos últimos elementos nos se compadecen con lo que el legislador en ciernes incrusta cuando establece... **el Estado podrá adoptar la medida de ocupación...y continúa con la enumeración establecimiento local, bienes, instalaciones, etc.**

Tomemos de alguna connotada doctrina el concepto que se enseña y aprende desde las primeras aulas en la carrera de Derecho “La ocupación puede conceptuarse como la adquisición del dominio por la aprehensión material o por la sujeción al señorío de la voluntad del ocupante de las cosas que el ordenamiento jurídico considera susceptible de ella. Es, pues, un modo de adquirir basado en la toma de posesión, en el que se debe detectar siempre una voluntad de sujetar la cosa en nuestro poder. Caso contrario, no hay toma de posesión, ni por tanto ocupación La ocupación puede recaer sobre cosas abandonadas”⁵⁹⁰.

Una cosa no puede ser y no ser a la vez, en el tercer párrafo transcrito del artículo 6 se mencionan establecimientos, locales, bienes, instalaciones, transporte, distribución y servicios como objetos susceptibles de ocupación, la identidad de los mismos de cuyo representa una titularidad no una res nullius ni una res derelictae.

⁵⁹⁰ Díez-Picazo, Luis- Gullón, Antonio. *Instituciones de Derecho Civil*, vol. II/1, (1998), Tecnos, Madrid, p. 130.

Adicionalmente el Código Civil venezolano vigente de 1982 prescribe de la ocupación lo siguiente:

Artículo 797.- Las cosas que no son de la propiedad de nadie, pero que pueden llegar a serlo de alguien, se adquieren por la ocupación; tales son los animales que son objeto de la caza o de la pesca, el tesoro y las cosas muebles abandonadas”.

En comentario a este artículo vemos los requisitos enumerados por Calvo Baca, Emilio; “1. Con relación al sujeto, que el ocupante ha de poseer la intención de adquirir la propiedad y la capacidad necesaria para ello.

2. Con relación a los bienes, son apropiables por ocupación las cosas que carezcan de dueño, porque no han tenido nunca o porque dejaron de pertenecer a un titular que abdicó al dominio (abandono).

3. Con relación al acto constitutivo de la ocupación es la aprehensión material (toma de posesión) de la cosa, o efectiva disponibilidad con intención de apropiarse del bien, indubitadamente manifestada”⁵⁹¹.

De la lectura de los tres requisitos se infiere fácilmente que son concomitantes, que ese “animo sibi habendi” del sujeto debe ser una intención de adquirir no cualquier propiedad sino aquella que se circunscribe a la segunda exigencia, a saber bienes que carezcan de dueño, porque no han tenido nunca o porque dejaron de pertenecer a un titular que abandonó su dominio y finalmente la toma de posesión o aprehensión material

⁵⁹¹ Calvo Baca, Emilio, *Código civil venezolano comentado y concordado*. (2007) Ediciones Libra. Caracas, p. 462.

es consustancial con el carácter legítimo, pacífico, de buena fe pues lo contrario entraría en el campo del Derecho Penal, el tema implica tópicos de los más conceptuados del Derecho Civil, nuestro interés es destacar el uso de términos sin una visión técnica de los mismos y este comentario es aplicable al artículo 6 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios en estudio.

Lo anterior viene a confirmar que no estamos ante institutos ni de expropiación, ni de ocupación, se trata a decir verdad con sentido jurídico de una expoliación igual a un despojo violento.

Debemos acotar con meridiana claridad que las leyes que han regulado la materia de protección al consumo han incorporado medidas adecuadas para equilibrar las situaciones de desprotección o indefensión de los consumidores y usuarios, que la defensa de sus derechos pueden ser ejercidas a título individual como colectivo, que ante circunstancias económicas y sociales que así lo requieran se pueden dictar medidas necesarias de carácter excepcional destinadas a evitar un alza indebida de los precios, verbigracia decretos de regulación de estos últimos sobre bienes determinados, igualmente encontramos que en los antecedentes legislativos a saber la ley del 4 de mayo de 2004 en Gaceta supra identificada encontrábamos un título de los ilícitos con una gama que iba desde los de carácter administrativo con sus sanciones traducidas en multas hasta nulidades contractuales, así como tipos penales identificados como delitos con sus sanciones también tributarias conjuntamente con pena de prisión ejemplo en caso de usura, acaparamiento, especulación, etc., lo que no encontramos es esta regulación de ocupación sui generis que establece la disposición y la sustracción del dominio real de los establecimientos, locales, bienes, instalaciones, transporte distribución y servicios de los diversos entes que operan en la cadena productiva, la Ley anterior a la del 2010, léase la del 2008, ya había introducido elementos cáusticos, también tenemos que acotar que ciertamente encontramos casos contemplados en leyes de ocupación o inmovilización de otras mercancías el cual "es un medio para que la autoridad ordene su venta inmediata a los precios regulados o vigentes

en el mercado”⁵⁹², pero esta figura jurídica es ajena completamente a esa expropiación sin declaratoria previa de utilidad pública.

No podemos olvidar que nuestro Código ha tenido la impronta del Código Civil francés de 1804 y no sólo la nuestra sino en las diversas codificaciones civiles del siglo XIX, en estos momentos de tantas modificaciones, mutaciones normativas, hipertrofia legislativa no excede recordar que “el proceso de codificación en que se traduce el Código Napoleón, reconoce la necesidad de establecer unas reglas del juego claras. La exigencia de seguridad y estabilidad, entendida como la posibilidad de prever la conducta de los demás individuos en una sociedad determinada, es una de las ideas centrales del Código Napoleón y de las codificaciones del siglo XIX. El mundo de la estabilidad, un mundo que traduce los valores del liberalismo del siglo XIX, es el mundo de estos Códigos”⁵⁹³.

La Constitución venezolana vigente invoca la doctrina de Simón Bolívar, entonces es oportuno citar lo que él expuso de la importancia de la obra codificadora que recoge Luciano Lupini del Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales, julio 1979 – junio 1980, Caracas, Año XXXVIII, p. 135, a propósito del discurso del doctor Luís Felipe Urbaneja Blanco pronunciado en el acto de la Promoción de Abogados de 1943, ello con relación al pensamiento de Bolívar en cuanto al Code de 1804 “Cabe reportar el testimonio de su Secretario, José D. Espinal, dado en carta que dirigió el 31 de julio de 1824 al Ministro del Interior de la Gran Colombia: “El Libertador Presidente está altamente penetrado de la sabiduría con que fue redactado el Código de Napoleón. Cree que pudiera plantearse en

⁵⁹² Hung Vaillant, Francisco. *Comentarios al Proyecto de Ley Reglamentaria de la Libertad Económica y de la Protección al Consumidor*. (1980), Lic. y Tip. Croma, Caracas, p. 77.

⁵⁹³ Lupini, Bianchi Luciano. *La influencia del Código Napoleón en la Codificación Civil y en la Doctrina venezolana. El Código Civil venezolano en los inicios del siglo XXI: en Conmemoración del Bicentenario del Código Civil Francés de 1804*. (2005), Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Embajada de Francia en Venezuela, p.

[Gran] Colombia con algunas modificaciones relativas a las circunstancias y a la moral del país”⁵⁹⁴.

En consecuencia “no escapó a nuestro Libertador, Simón Bolívar, la importancia de este aspecto de la obra codificadora emprendida por los franceses, cuando afirmó: “la verdadera constitución liberal está en nuestros Códigos civiles y criminales... El Poder Judicial contiene la medida del bien o del mal de los ciudadanos y si hay libertad, si hay justicia en la República, son distribuidas por ese Poder. Poco importa a veces la organización política, con tal de que la civil sea perfecta; que las leyes se cumplan religiosamente y se tengan por inexorables como el destino”⁵⁹⁵.

Es mucho lo que se puede abordar del tópico de la codificación, lo hemos hecho en capítulos precedentes, en esta instancia no huelgan dos comentarios; uno del jurista chileno Alejandro Guzmán Brito, quien ha escrito dilatados trabajos del fenómeno y el otro el jurista colombiano Fernando Hinojosa en su reflexión sobre Codificación, descodificación y recodificación porque nuestra vocación histórica nos sitúa en la necesidad de recordar y celebrar lo importante de la codificación civil “la codificación, considerada como fenómeno en sí, más se acerca a cualesquiera de las fijaciones de derecho anterior”, incluido el Corpus Iuris mirado en el momento de su formación, es decir, en tiempos de Justiniano. Las fijaciones del derecho, en efecto, tienden a ser fenómenos epigonales, que en lo más recogen un derecho anterior y en lo menos lo reforman en cuanto al fondo; es decir, representan momentos de concentración de un esparcido derecho anterior”⁵⁹⁶.

594 Lupini Bianchi, Luciano. ob.cit., p. 51.

⁵⁹⁵ Lupini Bianchi, Luciano. ob.cit., p. 51.

596 Guzmán Brito, Alejandro. *El Código Civil de Chile y sus Primeros Intérpretes*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad de Chile, vol. 19 N° 1 (enero-abril), 1992. Santiago, Chile, p. 82.

Aprovechamos estas consideraciones para destacar ciertas posturas que lamentablemente vienen de futuros profesionales del Derecho de Universidades Nacionales y Centros de Estudios Superiores en las cuales se pretende execrar la tradición jurídica que ha tenido un largo proceso de formación, irradiación y recepción hasta condensarse en códigos decimonónicos cuya impronta está reflejada en nuestra codificación americana de la que nuestro Código Civil venezolano es reflejo. Con ánimo de compartir nuestra perplejidad vertemos artículo hemerográfico en su integridad de cuya lectura se evidencia una aspiración de ruptura de las instituciones jurídicas que irrigan nuestra civilización y nutren nuestra civilidad:

El nuevo Abogado "Nosotros, los abogados firmantes, en nuestro carácter de miembros de la Asociación de Defensa de los Derechos Humanos y como estudiantes del décimo semestre del Programa de Formación de Grado Estudios Jurídicos de la Universidad Bolivariana de Venezuela y la Misión Sucre (UBV-MS), en vísperas de la culminación de los estudios de pregrado, nos dirigimos al pueblo venezolano a fin de informarle sobre las verdades que encierra el ejercicio profesional del nuevo abogado del siglo XXI. El Programa de Formación de Grado Estudios Jurídicos, está basado en el estudio del Derecho desde una visión amplia, partiendo de la sociedad, es decir, de la realidad socio-jurídica del pueblo venezolano; en la mayoría de las Escuelas de Derecho tradicionales, positivistas del país, se quedan sólo en el estudio del Derecho; en cambio, nuestros estudios, además del Derecho, abarcan aspectos sociales, políticos, económicos, culturales, disciplinas como la estadística, antropología, sociología, psicología, filosofía, historia, idiomas entre otras. Todo esto esta enmarcado dentro de la idea de realizar cambios trascendentales en la sociedad venezolana y preparar un profesional integral cuyos conocimientos no se limiten al estudio de las leyes, sino también al estudio de los procesos sociales que dan origen al Derecho. Nuestro programa de estudio persigue la investigación acción participativa (aprender haciendo) para estudiar desde las comunidades, su gente, su sentir, su problemas, necesidades y expectativas de vida; esto contribuye a la formación de un nuevo jurista, capaz de ejercer su profesión conforme a los valores y prácticas sociales que exige la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de todo ciudadano en pro de la construcción del Estado democrático y social de derecho y de justicia. El nuevo profesional del Derecho está capacitado para desarrollarse tanto en las actividades del ejercicio profesional del ámbito público y privado nacional como internacional que conocemos a cabalidad.

Este profesional no sólo esta preparado para estudiar y aplicar la diversidad de derechos existentes, sino que también puede desempeñarse en el campo de la investigación socio-jurídica, que contribuya a la construcción de un nuevo y moderno Derecho que sustituya al viejo, el cual tiene su origen en la decadencia del

Imperio Romano con Justiniano, y el que aún está vigente en las escuelas tradicionales de Derecho. Pues resulta inexplicable que en pleno siglo XXI, con grandes avances técnico-científico, nuestras primeras universidades continúen ancladas en el pasado aplicando métodos, programas, pensadas que son copia fiel y exacta de las antiguas doctrinas que sólo sirven para conocer el surgimiento del Derecho y la cultura general, pero que no han contribuido a generar progreso, justicia, igualdad y paz social en nuestro país; en conclusión, queremos dejar claro que la Constitución Nacional nos garantiza el derecho a colegiarnos de una forma u otra y ejercer la profesión; en este sentido, estamos tranquilos y seguros”⁵⁹⁷.

Las observaciones al artículo implicarían cuantiosas líneas que desviarían el objetivo de este estudio, no obstante, nos limitaremos a plasmar alguna acotación que por completa y contextual traduce nuestro pensamiento:

“Los pueblos de América afrontan el desafío de abrirse e integrarse en una dimensión cosmopolita y, junto con sus orígenes y creencias, es quizá el derecho el lenguaje común más consistente para dialogar en defensa de sus intereses regionales. Decían los antiguos que Grecia cautiva, introduce las artes y las creencias en la agreste Roma; Roma a su vez, como dijera Ihering, tres veces ha dictado leyes al mundo y tres veces ha servido de nexo entre los pueblos: por la unidad del Estado, por la Unidad de la Iglesia y por la Unidad del Derecho”⁵⁹⁸.

La otra cita pendiente aborda el aspecto de la Codificación desde un aspecto objetivo cuyos fenómenos derivados no van en detrimento de la esencia de ella, así con maestría habitual Fernando Hinestrosa enseña: “de con que frecuencia se escucha y lee la tesis de que el tiempo de la codificación quedó atrás y que la obsolescencia a más de los Códigos, golpea a la propia idea de codificación; en una época en que las necesidades se multiplican y

⁵⁹⁷ Cartas al Director, En: Diario Ultimas Noticias, 19 marzo de 2010.

⁵⁹⁸ Maggio, Luis Anibal. *El porvenir de la enseñanza del Derecho Romano*. Boletín N° 4, 1997-1998. Asociación Venezolana para el Estudio y Difusión del Derecho Romano. Universidad de Los Andes, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Edición conjunta Vicerrectorado Administrativo y la Facultad de Ciencias Económicas y Sociales. Mérida-Venezuela, p. 54.

agremian con mayor intensidad, las gentes son más exigentes del Estado, y por ello se tiende a legislar contingente y céleramente para la regulación de materias específicas. Sin embargo, aparte de la importancia sempiterna de los principios generales, que yacen y viven en los Códigos, se anota que en el presente son numerosos e importantes los ejemplos de nuevos códigos y de reformas amplias y profundas de códigos tradicionales, lo cual mueve a pensar en que los códigos de por sí tienen aún una función que cumplir en cuanto a la disciplina de instituciones y figuras, y que su vigencia paralela a los estatutos especializados tienen un significado propio. El hecho es que frente al fenómeno generalizado de la descodificación, se sigue codificando y recodificando, y que los códigos se mantienen, así como sea con modificación de su función frente a aquellos estatutos”⁵⁹⁹.

La cita anterior que tal vez sea clasificada como extensa guarda una reflexión de profundidad inobjetable. Ciertamente la elefantiasis legislativa imperante no nos deja ver con claridad las instituciones y los principios modelados en el código –para nuestro caso- el civil que sigue ofreciendo soluciones y cuyo auxilio es de vital consulta porque muchas veces las leyes especiales olvidan la acepción técnica-jurídica de las palabras que deben emplear y adolecen de una incorporación carente de conexión con la fuente codicística fundamental que si bien nadie duda se ha visto a la saga de los hechos, tampoco se puede negar que los fenómenos de codificación, descodificación y recodificación no es más que otra perspectiva del fenómeno de la codificación que tanto aporte ha brindado a la humanidad civilizada.

Elaboradas estas consideraciones lo idóneo es ubicar como la ley en estudio regula los bienes de calidad porque la naturaleza de estos alcanzan tal carácter cuando están exentos de defectos.

⁵⁹⁹ Hinestrosa, Fernando. *Codificación, descodificación y recodificación. El Derecho Público a comienzos del Siglo XXI. Estudio en Homenaje al profesor Allan R. Brewer-Carias*, Tomo I, Coord. Alfredo Arismendi A; Jesús Caballero Ortiz, (2003). Civitas Ediciones, Madrid, p. 63-64.

Ubicados en el Título II De los Derechos de las Personas, Capítulo I De los Derechos el artículo 8 numeral 2 y 5 de la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios 2010, contempla:

“Son derechos de las personas en relación a los bienes y servicios declarados o no de primera necesidad.

2.- La adquisición en las mejores condiciones de calidad y precio, sin condicionamientos, tomando en cuenta las previsiones legales que rigen el acceso a los bienes y servicios nacionales y extranjeros.

5.- El conocimiento de los aspectos políticos, económicos, sociales y culturales de los procesos de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de esos bienes y la generación y prestación de los servicios para ejercer eficazmente la contraloría social, así como los mecanismos de defensa y organización popular para actuar ante los órganos y entes públicos”.

Resulta ostensible la eliminación de la palabra mercado, además de consumidor y usuario como ya indicamos, pues la Ley derogada del 2004 puntualizaba en el artículo 6 son derechos de los consumidores y usuarios:

2. La adquisición de bienes o servicios en las mejores condiciones de calidad y precio que permita el mercado, tomando en cuenta las previsiones legales que rigen el acceso de bienes y servicios nacionales y extranjeros.” (Subrayado nuestro)

El numeral 5 ut supra transcrito es novedoso es una creación autóctona que amerita abundantes comentarios.

Intentemos desentrañar en primer lugar el numeral segundo del artículo 8 cit supra transcrito cuando se menciona la adquisición en las mejores condiciones de calidad de que los bienes sean estos nacionales o extranjeros; recordemos que en una definición liminarmente señalada en el Capítulo II se acotó que para el logro de la calidad era necesario tener en cuenta diversas características como: 1) El aspecto exterior del producto; 2) la aptitud del producto para satisfacer al consumidor y 3) el control de costes, para que exista el mejor precio y produzca el mayor rendimiento.

Igualmente puntualizamos que en la calidad del producto, el control de costes para que exista el mejor precio es una arista, en modo alguno la única. No se debe confundir que un bajo precio se traduce en buena calidad, son elementos diferenciados que en ocasiones pueden converger y otras no coincidir.

Parece evidente que un producto defectuoso o con vicios escapa al concepto de calidad, no encontramos una interpretación auténtica del término y entonces ante un desperfecto o vicio que hace la cosa inútil para su fin acudimos a la figura del saneamiento por vicios ocultos que se encuentra regulado en los artículos 1518 y siguientes del Código civil y detraemos la acepción codicística de vicios o defectos ocultos:

1. Por el vicio o defecto oculto la cosa se hace impropia para el uso a que está destinada o disminuye el uso de ella, lo que se traduce que de haber sido conocidos por el comprador este no habría adquirido la cosa o hubiera ofrecido un precio menor.
2. Se exceptúan de este carácter los vicios aparentes.

“Aunque el vicio sea aparente, si el comprador no puede saber que influya sobre el uso de la cosa, así como en aquellos casos donde el comprador requiere conocimientos técnicos especiales para comprobarlos, el vicio es oculto”⁶⁰⁰.

También debemos afinar que la doctrina diferencia el concepto de Vicio y el concepto de Defecto de fabricación “El segundo problema con las normas en materia de saneamiento en la venta, es que el concepto de vicio oculto no coincide necesariamente con el de defecto de fabricación. Vicio oculto en el sentido de nuestro Código Civil, es un vicio que haga la cosa impropia para ‘el uso’ a que está destinada, o que disminuya el ‘uso’ de ella (CC. Artículo 1518). El defecto de fabricación es un concepto más amplio que incluye defectuosidad y peligrosidad. Es peligroso para un niño, un juguete eléctrico complejo, que si lo opera un adulto experto con artefactos eléctricos, puede funcionar o ser usado para el uso al cual esta destinado”⁶⁰¹.

Es notorio que este régimen tradicional por vicios ocultos ha sido ampliado por las leyes tuitivas de los consumidores por cuanto “la protección de los consumidores y usuarios a través de un Derecho especial, parte del postulado conforme al cual no hay entre ellos y los proveedores, igualdad real. Esa desigualdad hace inaplicable el régimen general de garantías que, a favor de esa categoría de sujetos contiene ya el ordenamiento jurídico privado: instituciones como la nulidad del contrato por error o la garantía de saneamiento y evicción han sido establecidas, precisamente, a favor de los consumidores y usuarios. Sólo que el fallo del mercado constatado hace insuficiente ese régimen ordinario, siendo preciso

⁶⁰⁰ Aguilar Gorrondona, Luis, *Contratos y garantías*, 9ª ed., Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 1993.

⁶⁰¹ Rodner, James-Otis. *La Responsabilidad Civil del fabricante en el Derecho Venezolano. Estudios de Derecho Civil. Vol. I, Libro Homenaje a José Luis Aguilar Gorrondona*, (2002), Tribunal Supremo de Justicia. Colección Libros Homenajes N° 5, Caracas, p. 424.

acudir a un régimen exorbitante del Derecho común”⁶⁰², tal y como invocamos ut supra y que aquí reiteramos por la ubicuidad de la cita transcrita.

El tratamiento del Código Civil en materia de vicios ocultos ha quedado reducido a compraventas entre particulares por cuanto la mayoría de los bienes son adquiridos de fabricantes y proveedores a los que aplica la ley especial contentiva de una diversidad de remedios que exceden a la clásica acción redhibitoria a la y *quantiminoris* consagradas en dicho código y que son el fruto de una larga recepción que parte del Derecho romano como hubo ocasión de constatar.

Lo anterior no obsta para hacer uso de la terminología clásica que auxilia en el despeje de conceptos que aunque aplicados a nuevas realidades portan un contenido constante. Propicio este apartado para remitir el concepto de bien al consagrado en el Libro Segundo del Código Civil con particular referencia al Título I, Capítulo I y II De los Bienes Inmuebles y Bienes Muebles respectivamente, aunque sin duda la última categoría es la mas empleada en esta área del consumo masivo.

En reseña ya no legal sino doctrinaria procede verter en este inciso la diferenciación entre bien y cosa, de tal manera que transferimos con intención de simple ilustraciones una consideración, tomada del autor compatriota José Luis Aguilar Gorrondona anteriormente citado “un grupo de autores considera que los términos ‘cosas’ y ‘bienes’ aluden al mismo ente desde puntos de vista diversos: cosa aludiría a una entidad objetiva, separada e independiente del sujeto que es jurídicamente relevante, mientras que ‘bien’ aludiría a la idea del interés, ventaja o utilidad para un sujeto. De este modo, ‘cosa’ tendría una referencia objetiva y ‘bien’ una referencia subjetiva; pero las mismas entidades que en

⁶⁰² Hernández, José Ignacio. ob cit., p. 10.

Derecho son cosas serían igualmente, bienes, ya que las entidades objetivas, separadas e independientes del sujeto jurídicamente relevantes (cosas), necesariamente representan un interés para un sujeto ya que una entidad no llega a tener relevancia jurídica si no presenta ese interés, y, a la inversa; los bienes son necesariamente cosas ya que lo que puede representar ese interés es una entidad objetiva que produce el interés a la cual éste se refiere”⁶⁰³.

Ciertamente nos interesa es el aspecto de calidad de los bienes (que en lenguaje de consumidores comúnmente se traduce en producto) del concepto de servicios incorporamos alguna referencia sobre todo porque hay quienes equiparan el término bienes al de servicios, pero ambos permean un tratamiento jurídicamente diferenciado.

Detraemos de Madrid Claudia unas nociones de la utilización de Servicios en el Derecho venezolano a su vez soportadas en García-Pita y Lastres, J. L.; Grelon, Bernard y otros.

“La doctrina inicia su análisis con una contraposición entre el servicio y el producto, asumiendo que, a semejanza de lo que ocurre en el terreno económico, en el mundo jurídico el servicio está revestido de cierto carácter residual.

Así, desde la óptica jurídica, la noción de servicio puede ser definida a través de dos acepciones. La primera, calificada como estática, concibe al servicio como una categoría de bienes, entendidos estos, en sentido global, como todas las cosas que pueden ser objeto de Derecho.

⁶⁰³ Aguilar Gorrondona, Luis, Cosas, bienes y derechos reales. Derecho Civil II, 6ª ed. revisada, (2001). Universidad Católica Andrés Bello, Caracas. p. 9.

La segunda acepción tiene más bien un carácter dinámico y pone énfasis en la actividad. Se define ahora al servicio con un cierto tinte negativo, al contraponer la obligación de hacer que supone la prestación del servicio, con la de dar generada en el intercambio de bienes. Esto no excluye que en la prestación del servicio pueda producirse la transferencia de propiedad de un bien, pero el elemento esencial ha de ser la prestación positiva de hacer” 604.

Las consideraciones jurídicas sobre los servicios escapan a nuestra investigación.

Del tenor literal del artículo 8 de la Ley en comento se desprende un uso diferenciado por una parte del concepto de bien y por la otra de servicio; aunque debemos subrayar la conjunción copulativa y que induciría a una equiparación por contraposición a la norma de la Ley de Protección al Consumidor y el Usuario del 2004 que delimitaba claramente la adquisición de bienes o servicios. (Subrayado nuestro)

Argüimos que en la actual Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios la técnica legislativa ha sido poco cuidada.

En torno a la segunda porción del numeral 2 del artículo 8 que establece... tomando en cuenta las previsiones legales que rigen el acceso de bienes y servicios nacionales y extranjeros...

604 Madrid Martínez, Claudia. *Breves consideraciones sobre la Responsabilidad Civil derivada de la utilización de servicios en el Derecho venezolano*. Derecho de las Obligaciones en el nuevo milenio. (2007), Irene de Valera (Coord.). Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Asociación Venezolana de Derecho Privado, Caracas, p. 494.

Es menester plasmar las siguientes precisiones: Las previsiones legales aluden al ordenamiento jurídico, a saber conjunto de normas relativas a la adquisición de bienes y servicios que conjugan Derecho Constitucional, Civil, Mercantil, Administrativo, Penal, etc.

Esta parte in fine del artículo es copia de la Ley de Protección al Consumidor y al Usuario de 2004.

Y centrados en el numeral 5 de dicho artículo 8 ut supra copiado lo primero que se asoma a nuestro pensamiento es un consumidor o usuario que en palabras de la nueva Ley se denomina persona, que debe estar gran parte de su tiempo en el estudio, en la búsqueda de información de aspectos que escapan a su simple vida de interrelación, pues del enunciado del quinto numeral se desprende que para la adquisición de bienes y contratación de servicios hay que tener experticia, profesionalización, en tal tesitura un lego no podría actuar ante los órganos y entes públicos en reclamo de sus derechos, antes tiene que erigirse en un homo sapiens altamente conocedor de política, de economía, de sociología, de manifestaciones culturales y luego de acumular ese acervo que le sirve para captar los procesos de producción, fabricación, importación, acopio, transporte, distribución y comercialización de esos bienes y la generación y prestación de los servicios acometer el siguiente paso como es ejercer eficazmente la contraloría social, así como los mecanismos de defensa y organización popular para actuar ante los órganos y entes públicos.

Ilustremos con un ejemplo cercano: los profesores e investigadores universitarios en el ejercicio de su labor docente han previamente demostrado sus estudios universitarios en una especialidad determinada verbigracia un galeno especialista en genética que en su área ha efectuado investigaciones propias de una ciencia que amerita una alta especialización y dedicación, pues para la labor propia de su desempeño científico decide comprar un

ordenador de fabricación reciente, ya que el suyo esta obsoleto y resulta que de acuerdo al tenor del numeral 5 del artículo 8 debe dedicar su tiempo a ese complejo número de aspectos que obviamente lo distraerían física e intelectualmente de su trabajo científico y de su labor docente, y volverse un miembro de un conjunto mayor, que lejos de adquirir bienes para la satisfacción de sus necesidades debe erigirse en un conducto sociológicamente ideologizado que conjuntamente con otros conformen esa denominada contraloría social, eso subyace en el artículo con la pretensión de sustituir las asociaciones tradicionales de consumidores que ejercen sus derechos sin la imperiosa carga de destinar su tiempo a tareas ajenas a su profesión, arte u oficio.

V. 4. 3. Datos ónticos de una praxis constitucional diacronica vs sincronica

Otrora incorporamos una breve noción de praxis, que en relación Enciclopédica aludía a la práctica humana como origen del pensamiento y, aunque a veces se define como lo contrario a la teoría, es la unión dialéctica entre teoría y acción.

“Los ordenamientos jurídicos modernos se nos ofrecen como sistemas cerrados, coherentes en sí, donde, por obra del legislador, se han comprendido todas las situaciones sociales reales o posibles, en tal concepción, el hecho, dato óntico, el concreto existencial, no tiene cabida sino mediante la valoración normativa, esto es, por su inserción en la norma

jurídica bajo la forma de supuestos de hecho, única vía para que puedan originar consecuencias jurídicas”⁶⁰⁵.

Lo anterior es el fruto de conquistas sufragáneas del racionalismo jurídico y del positivismo en estos días tan criticados y es que la certeza del Derecho es un valor imprescindible, recordemos la celebre expresión de López de Oñate “La certeza es la ética del Derecho”.

Si ello es así a nivel de legislación, el aserto se hace superlativo cuando se trata de la Constitución como texto fundamental. En nuestro ordenamiento el Artículo 7 de la Carta Magna reza:

“La Constitución es la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico. Todas las personas y los órganos que ejercen el Poder Público están sujetos a esta Constitución”.

Elaborar consideraciones sobre la naturaleza jurídica de la norma así como discurrir en la teoría constitucional escapa a nuestra intención, pues la denominada praxis constitucional que nos ocupa debería seguir los causes del pensamiento contemplado en el texto y entrar así a la fuerza normativa de la Constitución “Respecto de origen del tópico relativo a la fuerza normativa de la Constitución es importante anotar que con esta idea, en sus inicios no se alude tanto a la consideración de la aplicación de la Constitución como norma vinculante – cuestión que, si se quiere, parece darse por supuesta- sino más bien a una pregunta clave de la ciencia del Derecho Constitucional. Conocida es la referencia a la

⁶⁰⁵ Ramos Sojo, Cesar. *Dialéctica entre Derecho, Ley y Hecho: consideraciones sobre la creación y aplicación de la normativa jurídica y la especialidad del Derecho del Trabajo*. Estudios Laborales, Tomo 2, Ensayos sobre Derecho del Trabajo y disciplinas afines en homenaje al profesor Rafael Alfonso Guzmán. (1986). Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas. Instituto de Derecho Privado. Caracas, p. 287.

Conferencia pronunciada por Lasalle el 16 de abril de 1862, en que sostenía que la Constitución escrita es sólo un trozo de papel, mientras que lo que determina realmente las cuestiones constitucionales son las relaciones efectivas de poder: poder militar (el ejército) poder social (los terratenientes): poder económico (la gran industria y el gran capital), y, aunque no equiparable a los anteriores, el poder espiritual”⁶⁰⁶.

En nuestro caso abría que incorporar otros factores de poder realmente intervinientes cuyo juego de fuerzas en los hechos nos conduce a la reflexión de un trozo de papel como fórmula exacta de la Constitución, y daremos ejemplos concretos del universo existente, por supuesto detraídos del tema que nos ocupa en torno al artículo 117 Constitucional.

Es recurrente entre nosotros aquí incorporamos el término coterráneos, así como extranjeros residentes en la República Bolivariana de Venezuela, el constatar una Constitución con ‘C’ mayúscula y una constitución con ‘c’ minúscula que huyen por cauces distintos y entonces la última que termina siendo la Constitución real está en completa diacronía con la que debería tener fuerza normativa “Constitución con ‘C’ mayúscula de la que se hace apología y es centro de una verbosidad y una retórica sólo en el universo de las palabras cobra existencia pero en la fuerza de los hechos está su evanescencia, propicia en ese norte la cita de Aldunate Lizana, “A partir de la Constitución real de un país, surge entonces la pregunta relativa a en qué medida es posible que los instrumentos o cartas constitucionales lleguen a ser un efectivo factor para regular la Constitución del país, o sea para que frente a dichos poderes la Constitución escrita pueda llegar a desplegar una fuerza

⁶⁰⁶ Aldunate Lizana, Eduardo. *La fuerza normativa de la Constitución y el Sistema de Fuentes del Derecho*. (2009). Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, vol. XXXII, Valparaíso-Chile, I Semestre. p. 461.

normativa, tomando en cuenta en especial la idea de que las fuerzas políticas reales se mueven según sus propias leyes, con independencia de cualesquiera formas jurídicas⁶⁰⁷.

Esto último cobra aquí total veracidad vasta observar la multiplicidad de leyes, decretos, reglamentos emanados bajo la égida del denominado "socialismo del siglo XXI" (Nomenclatura por cierto ausente en el texto Constitucional) que están sin asidero o mejor expresado, contrarios que son al texto constitucional, muestra notoria la Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios que soslaya el derecho de Propiedad constitucionalmente consagrado.

Podemos acotar a modo de colofón de esta idea que existe una praxis constitucional diametralmente opuesta a la Constitución, así como el alejamiento de la praxis institucional de una verdadera fuerza normativa de la Constitución en diversos casos, el repertorio de estos casos es abundante, nos circunscribimos al tema en ciernes, los ejemplos, la vida cotidiana la fuente empleada es la hemerografía que además por los controles que tiene cuida la veracidad de la información.

Expongamos pues algunas ilustraciones detraídas del acontecer que al ser vividas trascienden del plano académico y se insertan en la cotidianidad:

Gobierno arrecia fiscalización a empresas privadas de alimentos⁶⁰⁸

⁶⁰⁷ Aldunate Lizana, Eduardo. *Ob.cit.*, p. 461.

⁶⁰⁸ Gómez, Carmen Rosa. *Gobierno arrecia fiscalización a empresas privadas de alimentos*. Diario El Universal, 23.05.2010, C-1, p. 11, Economía y www.eluniversal.com

"El mensaje del jefe de Estado fue claro y directo en su programa *Aló Presidente* del pasado domingo, y las acciones de sus funcionarios en respuesta no se hicieron esperar a lo largo de la semana.

Uno no puede permitir que un Mercal cierre porque no llegaron los abastecimientos y los mercados capitalistas están ahí llenos y acaparando además.

No, compadre; no, señor; ahí es válida la intervención para equilibrar. Mire, usted tiene aquí esto acaparado, tiene este tremendo depósito, y bueno, vamos a firmar aquí. Cuéntenme aquí cuántas latas de sardina hay, a cuánto usted las vende, no, no, esto está regulado, tal y tal, firmo yo, gobernador". Y firma. Vienen tres camiones para allá a llenar el Mercal. Para eso somos gobierno. Y todo eso, compadre, es en el marco de la Constitución, que la tengo por aquí, se me hundió por aquí en el bolsillo".

Se desprende que los Derechos Económicos consagrados en la Constitución quedan en un trozo de papel y empleamos las palabras de Lasalle copiadas de Aldunate Lizana.

Entre otros Derechos consagrados, en los artículos 112 el 115 así como el 117 ya invocados mutan no a un trozo de papel sino a trizas de papel, así como el artículo 116 que nos permitimos verter por no estar en el catálogo anterior, de alguna manera trabajado:

No se decretarán ni ejecutaran confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos, por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de Sustancias Psicotrópicas y Estupefacientes".

Se actuó sobre empresas medianas y grandes tales como Empresas Polar y Friosa a las que se les captó ingente cantidad de bienes sin un debido proceso. Continúa la nota de prensa reseñando:

“En total se trató de 120 mil toneladas de alimentos de Polar y de 1.370 toneladas de productos alimenticios de Friosa. Pero adicionalmente están a la disposición de las autoridades 173 mil litros de aceite Vatel y 13 toneladas de pasta marca Mi Mesa, de Cargill, que fueron decomisados este viernes.

Los argumentos oficiales para actuar giran en torno a irregularidades detectadas en sus inspecciones a las empresas, por lo cual la mercancía de propiedad privada se canalizó hacia el sistema público de venta de alimentos.”

Es curioso porque hemos escogido el tópico “Bienes y Servicios de Calidad” contemplado en el artículo 117 cuya intención es propender a un idóneo consumo de la población y resulta que las medidas adoptadas han generado ausencia de oferta y así en los anaqueles ya ni siquiera se objeta la calidad porque tal condición pasa a ser exquisita ante el desabastecimiento, producto de las severas e inexplicables medidas que extinguen la enfermedad pero acaban con el paciente.

En orden a lo anterior transcribimos otra información hemerográfica que refleja el dato óptico tan distante a la fuerza normativa de la Constitución:

Temen que las nacionalizaciones limiten más la oferta de bienes⁶⁰⁹

La de Molinos Nacionales (Monaca) es la más reciente de las expropiaciones decretadas por el Gobierno nacional y un paso más en la estatización de los medios de producción.

Aunque el Ejecutivo explica que esta política permitirá construir un sistema socialista de producción y distribución de productos, especialistas y gremios advierten que en el corto plazo ese tipo de resoluciones puede disminuir aun más la presencia de bienes en los anaqueles.

Finalmente es un hecho notorio las expropiaciones que se están practicando sobre los bienes de producción de manera avasallante y reiterada, sin la observancia del procedimiento jurídico que constitucionalmente está previsto, se corrobora en los hechos la reflexión transcrita de Aldunate, a saber: "Las fuerzas políticas reales se mueven según sus propias leyes, con independencia de cualesquiera formas jurídicas", allí la forma jurídica es la del texto Constitucional y sus propias leyes, un conjunto de las sancionadas y promulgadas en detrimento de aquel, claro y vivo ejemplo la muy nombrada anteriormente Ley para la Defensa de las Personas en el Acceso a los Bienes y Servicios cuyo artículo 6 fue objeto de perplejidad científica, y que aquí nos sirve para cotejar en una praxis cada vez más abrumadora que adicionalmente por las dimensiones alcanzadas nos transforma la perplejidad de científica a existencial.

Entrevista Antonio Canova, profesor de la UCV y la UCAB por Roberto Giusti

Las expropiaciones violan seis normas constitucionales⁶¹⁰

⁶⁰⁹Deniz, Roberto. *Temen que las nacionalizaciones limiten más la oferta de bienes*, Diario El Universal, 15.05.2010, C-1, p. 8, Economía y www.eluniversal.com

Con la expropiación de la empresa Monaca el Gobierno no ha hecho sino reiterar una violación sistemática de por lo menos seis garantías constitucionales que norman ese tipo de procedimiento, sostiene el abogado administrativista Antonio Canova, profesor de las universidades Central de Venezuela y Católica, quien advierte cómo la expropiación no es un poder en manos del Estado para quitarle los bienes a las personas, sino la garantía constitucional del derecho a la propiedad.

Canova señala que la primera de esas garantías violentadas es el pago de una cantidad equivalente al valor del bien que se está expropiando.

La segunda, la existencia de una ley que declare la utilidad pública y el interés social de determinadas obras, como la construcción de carreteras. Para lograr esas obras de utilidad pública o fines de interés social, el Gobierno dispone de varios medios, entre ellos el de la expropiación y en ese sentido debe fijar cuáles bienes va a expropiar para lograr esa obra de utilidad pública o de interés social. Explica que ese decreto de afectación sería sobre un bien concreto que, a través de una transformación, dará lugar a una obra que tenga utilidad pública.

Una tercera garantía es que la expropiación debe ser "racional, adecuada, idónea, proporcional. No se trata de una decisión abusiva sino que debe estar justificada en la declaratoria de utilidad pública".

-¿No se justifica la utilidad pública en el caso de la empresa Monaca?

- Para nada. Esa racionalidad de la utilidad pública no se persigue en ese caso. Para que eso ocurra debe haber una transformación que mejore a la empresa y su utilidad pública como fruto de la iniciativa del Estado. La expropiación no está pensada para tomar una zona industrial que produce bienes, servicios, empleo, riqueza e impuestos y convertirla en algo con mucha menos utilidad

⁶¹⁰ Giusti, Roberto. *Temen que las nacionalizaciones limiten más la oferta de bienes*, Diario El Universal, 16.05.2010, C-1, p. 8, Economía y www.eluniversal.com

pública. En Monaca el Gobierno dice expropiar, pero no hay una transformación de la propiedad para darle mayor valor, sino que, en el mejor de los casos, se cambia la propiedad privada por la propiedad pública.

-¿No se trata de mejorar y aumentar la producción de alimentos básicos?.

-Sí, pero en ese caso no se justifica el gasto que hace el Gobierno para que todo siga igual porque (y aquí entran otras dos garantías) el Estado debería pagar una cantidad de dinero a la empresa expropiada que le permita montar una empresa idéntica. La Ley de Expropiación dice que los gastos de desinstalación y de reinstalación de los equipos de la industria, en otro lugar, además de la pérdida del tiempo en que no opere la industria, deben ser sufragados por el Estado. Pero si cumple con el mandato constitucional, saldría más barato crear una empresa igual que proceder a la expropiación.

Advierte Canova que cuando el Gobierno dicta un auto administrativo normal tiene el poder de que esos actos se ejecuten de manera inmediata e incluso forzosa.

"Pero hay casos excepcionales donde no puede llevar las cosas a la fuerza sin pasar antes por un tribunal. El Ejecutivo tiene el poder de hacer valer su decisión sin pasar por el tribunal, pero hay excepciones. Uno de esos casos es la expropiación y por eso el Estado no puede ocupar una propiedad para hacer determinada obra ni tampoco desposeer a la persona o empresa afectada porque la Constitución establece que esto solo puede ocurrir cuando hay sentencia judicial previa y definitiva. Una vez que el tribunal ha declarado que la afectación es legal, se procede a determinar el precio del bien y proceder a su pago. Solo en dos casos el Gobierno ha procedido a la demanda y aunque todavía no existe sentencia firme ha tomado posesión de esas y de otras propiedades, para cuya afectación no se requirió la actuación de un tribunal".

CAPITULO VI. CONCLUSIONES

1. Las formas diversas de expresión de una comunidad siempre están relacionadas a conceptos como industria, comercio, propiedad, etc. e instrumento jurídico fundamental para la circulación de los bienes sin duda lo es el contrato; de este el de compra-venta resulta de particular interés así en Roma como en la actualidad.

2. Los fenómenos sociales, políticos, económicos son de evidente movilidad, de allí que resulta necesario distinguir lo mutable de lo inmutable, si algo enseña la experiencia jurídica romana es esa constante adaptabilidad a los cambios, como de las rígidas formas del *ius civile* se adoptaron nuevos mecanismos para regular la cambiante realidad y es allí donde la labor de pretores y jurisprudentes se hace evidente y ejemplar, así como el equilibrio entre lo antiguo y lo moderno o esa tensión armoniosa entre el Derecho civil y el *Ius Gentium*.

3. En consideración a lo anterior analizamos distintos períodos históricos y sus respectivas soluciones por cuanto lo idóneo, lo normal es adquirir bienes conforme a nuestras expectativas pero el Derecho regula los mecanismos o vías ante la presencia de vicios, defectos o falta de cualidades en las cosas adquiridas, el sistema civil romano consagraba un primer supuesto de responsabilidad por vicios materiales en caso de venta mancipatoria de un fundo cuya declaración de la medida resultaba inexacta, y su respectiva acción, a saber *actio de modo agri*.

Ciertamente ni el rito mancipatorio ni dicha acción han pasado al derecho actual, y su reducida tutela impuso el principio *caveat emptor* (comprador cuidado) que si bien este rige la venta de los bienes en todos los primeros sistemas legales, podemos decir, que es un principio que consagra la diligencia propia de esa figura consagra la diligencia propia de esa figura del *Bonipatres familias* que es atemporal.

Ni las estipulaciones pactadas, ni la *actio empti* encuentran recepción posterior al Derecho romano de los romanos, sucesivas reinterpretaciones de este, sin embargo esto hay que tomarlo *cum granis salis* porque el ejercicio de la *actio empti* se concedía sólo en caso de mala fe del vendedor quien de resultar condenado, no sólo debía devolver el precio, sino también a indemnizar al comprador y ello se refleja en el artículo 1.522 del Código Civil venezolano vigente que prescribe: “Si el vendedor conocía los vicios de la cosa vendida, está obligado a pagar daños y perjuicios al comprador, además de restituir el precio”.

Lo cual nos permite captar que aunque un instituto determinado, al caso la *actio empti* no haya pasado en su nomenclatura, si en su contenido y encontramos con Justiniano el germen del Derecho moderno, ya que se permite reclamar por medio de la *actio empti* en todos los casos en que se hubieran silenciado vicios de la cosa o éstas no tuviera las cualidades que hubiera prometido el vendedor.

4. Dentro de las obligaciones del vendedor se encuentra esta de los vicios ocultos y el componente de la buena fe es determinante en la compraventa, estimamos vital su inserción, pues los ordenamientos jurídicos modernos consagran el Instituto con variado sentido, de la rica y variada doctrina adoptamos el compendio de Franz Wieacker en su imprescindible obra el “Principio General de la Buena Fe” en la que se enumera:

a) La buena fe es considerada en primer lugar como una causa de exclusión de la culpabilidad en un acto fundamentalmente ilícito y por consiguiente como una causa de exoneración de la sanción por lo menos de atenuación de la misma.

b) La buena fe es tenida en cuenta en segundo lugar como una causa o una fuente de creación de especiales deberes de conducta exigibles en cada caso, de

acuerdo con la naturaleza de la relación jurídica y con la finalidad perseguida por las partes a través de ella. Las partes no deben sólo a aquello que ellas mismas han estipulado o escuetamente a aquello que determina el texto legal, sino a todo aquello que en cada situación impone la buena fe.

c) La buena fe es finalmente una causa de limitación del ejercicio de un derecho subjetivo o de cualquier otro poder jurídico.

La acepción del literal b debe irrigar las actuaciones del vendedor en su relación contractual (obviamente al ser interdependiente, también del comprador).

En el Derecho Romano “la fides sirve de base a toda una serie de relaciones jurídicas en las que aquella, además de facilitar la formación misma del acuerdo interpartes, es, sobre todo, punto de referencia inexcusable en el cumplimiento de las obligaciones correspondientes. Esta fides se manifiesta con toda su fuerza en los llamados contratos de buena fe y en sus correspondientes iudicia bonae fidei”. (Castresana Amelia)

La compraventa es un contrato de buena fe, ello se traduce en unos deberes concretos que emanan de esta en dirección a los contratantes a saber: Deber de información; Deber de revelar vicios ocultos de la cosa; Deber de responder por los vicios de evicción, Deber de lealtad (Neme Villareal Martha).

Otrora lo señalamos y en estas conclusiones lo resaltamos, esa connotación de la buena fe que la experiencia jurídica romana captó y en la que encontramos un acervo jurisprudencia destacable ha tenido un proceso de irradiación y recepción que para el Derecho venezolano encuentra ubicación en el Código Civil vigente en su artículo 1160 cuyo tenor literal reza: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no solamente a

cumplir lo expresado en ellos, sino a todas las consecuencias que se derivan de los mismos contratos, según la equidad, el uso a la ley”.

5. En torno al Edicto de los Ediles Curules, sus soluciones en materia de vicios ocultos de las cosas vendidas en los mercados ofrecidas inicialmente para la venta de siervos y posteriormente de caballerías a lo que se agregó el término «demás ganado»

Dentro de la categoría de *iumentum* se cuenta la clasificación de animales cuadrúpedos idóneos para el transporte o el trabajo del arado como caballos, asnos, mulas y camellos.

Un campo de actuación abonado para la venta con vicios ocultos siempre lo ha sido el de la venta de animales y bestias, por ser una práctica habitual, tanto en Roma, como en la Edad Media, de ahí que la Ley 65 de las Siete Partidas —como sabemos famosa y colosal obra del Rey Alfonso X el Sabio se pronuncie sobre el particular a propósito de la venta de un caballo, mulo o cualquier otra bestia que padeciesen alguna mala enfermedad o defecto que los hicieran desmerecer.

Retomando la idea de las cosas posibles de las soluciones edilicias, debemos acotar que se extendieron con Justiniano, a toda clase de cosas y de ventas, constituyeron con su *actio redhibitoria* y *actio quantiminoris* o *estimatoria* legales recibido en la mayor parte de los Códigos modernos.

Ciertamente ya no se enajenan siervos eso sería una objeción micro para criticar su trascendencia porque lo medular de la tutela edilicia ha tenido recepción como se ha evidenciado a lo largo de las líneas de este trabajo y hacemos nuestro el comentario aprendido de nuestro tutor: “Las dos soluciones edilicias han pasado a la mayor parte de los códigos modernos, tales como el francés, los códigos italianos de 1865 y 1942, el español, el código suizo de las obligaciones, el código civil alemán (artículos 459 y ss., por más que cuando se discutía éste un gran número de presentes

se pronunciaron por la aplicación, en esta materia de las reglas del Derecho común) y el Código venezolano, el cual ha reproducido sobre el tema las disposiciones correspondientes del derogado Código Civil italiano de 1865”. (Enrique Lagrange).

6. Que entender por vicio oculto, amerita la explicación de sus características, ya en el Derecho Romano al tratarse de venta de siervos y de iumentis encontramos en fuente literaria (Aulo Gelio) la distinción entre vicio y morbus en el valor de sendos vocablos en el Edicto de los Ediles, con invocación de antiguos jurisconsultos como Celio Sabino luego en fuente jurídica el Libro Vigésimo Primero Título Uno del Digesto de Justiniano ofrece un repertorio de casos alusivos de los que escogimos una muestra significativa dentro de la cual es resaltante la separación de vicio y enfermedad, siendo esta de carácter transitorio fundamentalmente y aquel permanente, importante que no sea aparente, ciertamente la clasificación de los vicios en cuanto a los siervos no nos ofrece aportes, pues la institución de la servitud ha sido superada, no obstante, que el edicto regulase la tipología, la forma de declararse los vicios representa un avance para la época, verbigracia cuando los magistrados menores obligan a los vendedores a expresar los vicios claramente y con verdad y que la venta sea conforme a lo dicho o prometido encontramos una tutela sobre adquisición de cosas —importantes para la época— conforme a la expectativa de los compradores pues lo contrario implica una merma en la utilidad y en su valor y ello mutatis mutandi se compeadece con definiciones actuales indicadoras del “vicio como imperfección material que incide sobre el valor o sobre la posibilidad de utilización de la cosa y depende de anomalías del proceso de fabricación, de producción, de conservación”. (Gazzoni Francesco).

La responsabilidad consagrada en el edicto de los ediles es objetiva, prescinde del dolo y la culpa y en compensación se exige diligencia a los compradores porque también está en valoración de certeza del tráfico jurídico, como puntualizan De Malafasse – Pual Ourliac con sustrato en el Digesto de Justiniano: “El vendedor no debe responder de los vicios aparentes (D; 21, 1, 14, 10); el Derecho Romano

prescinde de los tontos y de los pusilánimes; prevaleciendo la seguridad del tráfico. No se tiene en cuenta, ni los vicios posteriores a la venta, ni los que sean conocidos por el comprador (D; 21, 1, 10 pr); (D; 21, 1, 14, 10); la responsabilidad del vendedor por el contrario se aprecia objetivamente prescindiendo si ha conocido o no el vicio oculto (D; 21, 1, 9).

La doctrina actual no ha sido pacífica en cuanto al carácter del vicio oculto, según algunos “se entiende que son ocultos aquellos vicios que no pueden ser detectados por una persona experta. Solo tienen ese carácter los defectos que escapan al estudio hecho por un perito o experto puesto que el comprador diligente tiene el deber de hacerse asesorar. Según otros, el vicio es oculto cuando una persona razonablemente sensata y diligente no lo habría descubierto mediante una verificación elemental. El vicio es aparente cuando se revela a simple vista o por un examen alentó que lleve a cabo un comprador serio, si no es reconocible por un comprador obviando con una diligencia media, tiene carácter oculto”. (Urdaneta Fontiveros Enrique).

Por su parte nuestro Código Civil venezolano a lo largo de su articulado pertinente al vicio que da lugar a las acciones, edilicias prescribe: ha de ser cualitativo, no sólo cuantitativo, y a de afectar al uso al cual esta destinado (Art. 1520 in fine); grave, en el sentido que su magnitud sea tal que, de haberla conocido el comprador, no habría adquirido el bien, o hubiera ofrecido un precio menor (art. 1518); oculto, puesto que el vendedor no se obliga por los vicios aparentes y por los que el comprador hubiera podido conocer por sí mismo (art. 1519-1520); preexistente a la venta, aún cuando no haya producido sus efectos; e ignorado por el comprador, tanto el vicio en si mismo, como su repercusión en el uso al que la cosa está destinada.

7. Consecuencia del ejercicio exitoso de la actio redhibitoria es la resolución de la venta y mediante la quanti minoris la indemnización del comprador.

En torno a la primera surge la interrogante en torno a su introducción cuando no era común en el derecho romano la resolución de los contratos por incumplimiento y la respuesta se encuentra en lo innovador de su incorporación como obra de los jurisconsultos cuya labor estaba también en su asesoría a los ediles curules, el breve término de 6 meses para ser intentada es un plazo breve producto de dicha innovación, cuya cantera rica en ejemplos viene relacionada en el Digesto de Justiniano, Libro Vigésimo Primero, Título I, que en su tenor establece: Del Edicto del Edil y De la Redhibición; De la Acción Quanti Minoris.

Verbi gratia D; 21, 1, 21 pr Ulpiano: “«reedhibir» es hacer que el vendedor tenga de nuevo lo que hubiere tenido, y como esto se hacía devolviéndolo, por esto se llamo redhibición, como devolución.”

D; 21, 1, 23, 7 Ulpiano “Dice Juliano, que el juicio de la acción redhibitoria debe restituir en cierto modo por entero a uno y otro, esto es, al vendedor y al comprador”.

Ambos fragmentos según Donadio y Cuq aludirían una restitutio in integrum.

La intervención de los ediles curules, y por consiguiente sobre todo en el ámbito de los poderes conectados con la cláusula restitutoria, del juez instado a iniciativa del comprador, va directo a obtener la necesaria colaboración del vendedor a tales fines: la redhibitio— como expone Ulpiano — y por tanto «facere, ut rursus habeat venditor quasa habuerit», tal es el efecto principal de la acción, presupuesto para la otra prestación a cargo de una y de otra parte, la cual en cambio tiende a completar el origen de la situación precedente a la conclusión del contrato.

Modernamente distingue entre saneamiento por vicios ocultos y acción resolutoria esta implica que el vendedor incumple su obligación de hacer tradición y

no entrega la cosa vendida o cumple, pero hace entrega de cosa distinta a la pactada (aliud pro alio), mientras que para el ejercicio de la acción redhibitoria se ha cumplido con la tradición y se ha entregado la cosa debida pero con un vicio o defecto oculto.

Otro elemento diferenciador reside en el plazo para intentar la acción, en la resolutoria se trata de un plazo ordinario de prescripción establecido para todas las acciones personales, la acción redhibitoria debe intentarse dentro de breves plazos de caducidad, verbigracia artículo 1525 del Código Civil Venezolano.

En cuanto a la otra acción edilicia denominada quanti minoris o estimatoria, constatamos el debate en la doctrina en cuanto ser de creación clásica o justiniana, lo indicativo es su existencia y que producto de su satisfactorio ejercicio el comprador obtenía rebaja del precio de la cosa adquirida no del todo satisfactoria.

En cuanto a la caza de las interpretaciones atendemos el llamado y la exclamación del gran romanista Max Kaser; dejar que los textos descansen en paz.

Mediante esta acción el comprador dentro del año siguiente a la conclusión del contrato, podía exigir una reducción proporcional del precio D, 21, 1, 38 p. Ulpiano... o dentro de un año provento valieran menos, cuando se vendieran.

8. En cuanto a la Evolución Unificador a producto de la labor de Justiniano, se evidencia que las acciones de garantía por vicios de la cosa en Derecho Bizantino aparece complejo ante situaciones idénticas.

Cronológicamente la magistratura de los ediles curules ha desaparecido, ya no hay limitación en cuanto a las cosas susceptibles de tutela.

Si se interponía la actio empti el medio de derecho destinado a obtener la redhibición se llama técnicamente acción redhibitoria pero en un procedimiento no

formalista no se rechazará la redhibición al comprador por el solo motivo que intente la *actio empti* más aún porque su derecho a la redhibición ha nacido de un contrato de compra-venta.

El comprador podía usar o la *actio empti* o la redhibitoria a lo *quanti minoris*, la doctrina romanista sostiene que en el Derecho Justiniano se produjo una sustancial fusión entre acciones de *ius civile* y de Derecho Edilicio.

En consecuencia las soluciones del Digesto se han irradiado y ya en la *basílicas* encontramos gran parte de los textos relativos a la garantía por los vicios de la cosa.

Las acciones edilicias han anclado en la codificación como se ha expuesto y si bien han quedado reducidas por la existencia de la legislación especial de consumidores ello no impide su uso entre particulares, de allí que haremos compendio de esta mixtura recesivamente.

BIBLIOGRAFÍA

I) BIBLIOGRAFIA DE DERECHO ROMANO

- Andrés Santos, Francisco Javier, (2003). *Recensión crítica al sistema contractual romano. Segunda Edición*, Dykinson, Madrid. *Iura (Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico)* LIV, Editore Jovene, Napoli.
- Arangio-Ruiz, Vincenzo, (1956), *La compraventita in Diritto Romano*. Casa Editrice, Dott, Eugenio Jovene, Napoli.
- Arias Ramos, J., Arias Bonet, J.A. (1984). *Derecho Romano II*. Décima Séptima edición. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid.
- Benitez López, María (1994), *La venta de vino y otras mercancías en la jurisprudencia romana*. Dykinson, Madrid.
- Burdese, Alberto, (1993), *Manuale Di Diritto Privato Romano*. Quarta Edizione. Unione Tipografico - Editrice Torinese, Torino, p. 459.
- Burdese, Alberto, (2006-2007), *Recensioni Critiche Donadio N., La Tutela del compratore «tra actiones aediliciae» e ‘acti empti*. [Univ. Degli Studi di Milano – Bicocca. Fac. di Giu. Pubbl. Del Dipartimento de i Sistemi Giuridici ed Economici] (Milano, Giuffré, 2004), p. IXX- 351. *IVRA Rivista Internazionale di Diritto Romano e Antico* LXI. Editore Jovene, Napoli, p. 243.
- Calonge, Alfredo (1968). *Evicción Historia del Concepto y análisis de su contenido en el Derecho Romano clásico*. Universidad de Salamanca. Salamanca.
- Cancelli, Filippo. (1963). *L’Origine del contratto consensual di compraventita nel Diritto romano. Appunti esegetico-critici*. Dott. A. Giuffé-Editore.
- Casado Candelas, María Jesús, *Primae lucas: una introducción al estudio del origen de la jurisprudencia romana*. Secretariado de Publicaciones. Universidad de Valladolid, Valladolid.
- Castán Pérez-Gómez, Santiago. (2007). *Trabajo, economía y esclavitud en Roma*. Fides Hymantitas IVS Studio in Onore di Luigi Labruna II. Editoriale Scientifica Napoli.
- Cicerón, (1978). Los oficios. *Tratados Morales* [trad. Menéndez y Pelayo, M. De Valbuena y Gallegos Roca Full Grolier Internacional], Editorial Cumbre, S.A. México.
- Coing, Helmut, (1977), *Las tareas del historiador del derecho (reflexiones metodológicas)*, [trad. Antonio Merchán], Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- Crifó, Giuliano, (2000). *Lezioni Di Storia del Diritto Romano*. Terza Edizione. Monduzzi Editore, Bologna.
- Cuq, Edouard, (1928). *Manuel Des Institutions Juridiques Des Romains*. Seconde Edition Revue et Complète. Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. París, p. 470-471.
- D’Amico, Pietro, (2000), *Diritto Privato Romano Comparato con il moderno*. Edizioni Giuridiche Simona, Napoli.

- De Churruca, Juan-Mentxaka, Rosa, (1987). *Introducción histórica al Derecho Romano*, 4ª edición revisada, Universidad de Deusto, Bilbao.
- De Martino, Francesco. (1974). *Storia Della Costituzioni Romana*, vol. IV, parte prima. Casa Editrice Dott Eugenio Jovene Napoli.
- De Senarclens, Arthur (1930), *La Duplex Condemnatio De L'Action Rèdhibitoire*. Studi in Onore di Pietro Bonfante, Nel XL Anno D' Insegnamento, volumen Terzo, Fratelli, Treves Editori, Milano, p. 93.
- Di Pietro, Alfredo, (1999). *Derecho privado romano*. 2ª edición. Ediciones Depalma, Buenos Aires.
- Domingo, Rafael - Cuenca, Francisco y otros. (2002). *Ley de las XII Tablas: textos de Derecho romano*, Aranzadi, Navarra,
- Donadio, Nunzia, (2004), *La tutela del compratore tra acciones aediliciae e actio empti*. Giuffrè Editore, Milano, p. 277.
- Donadio, Nunzia, (2007), *Azioni Edilizie e Interdipendenza Della Obbligazioni Nell' 'Emptio Venditio'. Il Problema Di un Giusto Equilibrio Tra le Prestazioni Delle Parti. En la compravendita e Interdependenza Delle Obbligazioni nel Diritto Romano a Cura di Luici Garafalo*, Tomo Secondo, Casa Editrice Dott Antonio Milani, Padova, p. 472
- Fernández Barreiro-Paricio Javier, *Fundamentos de Derecho Patrimonial Romano*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1991.
- Fernández de Buján, Federico. (2003), *Sistema Contractual Romano*, Dykinson, Madrid.
- Garafalo, Luigi, (1998), «Redhibitoria Actio Duplicem Habet Condemnationem ¿a propósito di Gail ad aed. Cur. D. 21, 1, 45». Atti del Convegno Sulla Problemática Contrattuale in Diritto Romano, Milano, 11=12 maggio 1995. I Onore di Aldo Dell'Oro, Edizioni Universitarie di Lettere Economia Diritto, p. 57.
- Garafalo, Luigi, (2000), *Studi Sull' Azione Redibitoria*. Casa Editrice Dott. Antonio Milani. Padova, Italia, p. 43-44.
- García Del Corral D., Ildefonso (1892), *Cuerpo del Derecho Civil Romano*. Primera Parte. Digesto, Tomo II, Jaime Molinas Editor, Barcelona, Reedición Editorial Lex Nova, Valladolid.
- Giménez Barriocanal, Fernando, (2003). *La actividad económica en el Derecho Romano: análisis contable*. Prólogo Antonio Fernández De Buján. Dykinson, Madrid.
- Gutiérrez-Alviz y Armario (1982). *Diccionario de Derecho Romano*. Tercera Edición, Reus, Madrid.
- Iglesias, Santos Juan. (2007), *Derecho romano*, 16ª ed. Ariel Derecho, p. 263.
- Impallomeni, Giambattista, (1955), *L'Editto Degli Edili Curuli*. Cedam – Padova, p. 138.
- Impallomeni, Giambattista, (1996), *Scritti Di Diritto Romano e Tradizione Romanistica*. Pubblicati a cura della Facoltà di Giurisprudenza Dell' Università di Padova, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova, p. 78.
- Kaser, Max, (2004), *Ius Gentium* [trad. Francisco Javier Andrés Santos], Editorial Comares, S.L. Granada.
- Kunkel, Wolfgang. (1994). *Historia del Derecho Romano*, [trad. Juan Miquel], 4ª ed. Alemana, Editorial Ariel, Barcelona.

- Lazo, Patricio, (2004), *El método de comparación de casos: examen de sus resultados*. Revista de Estudios Historicos – Jurídicos, XXVI. Ediciones Universitarias de Valparaiso, p. 42-43.
- Longo, Antonio. *La Mancipatio. Parte Primero*. (1887), Stabilimento Di Giuseppe Pellas. Firenze.
- Manna, Lorena, (1994). *Actio Redhibitoria e Responsabilità per I vizi Della Cosa Nell' Editto de Mancipiis Vendundis*. Milano. Dott. A. Giuffré Editore, p. 11-12.
- Miquel, Joan. (1992). *Derecho privado romano*. Marcial Pons Ediciones Jurídicas, S.A., Madrid.
- Ourliac, Paul y J. De Malafasse, (1960), *Derecho Romano y francés histórico*; [trad. Manuel Fairén], Tomo I, Derecho de Obligaciones. Barcelona. Bosch Casa Editorial, p. 440.
- Pezzana Aldo, (1951), D. 21, 1, 45, *Contributi alla dottrina romana dell Actio Redhibitoria*”, Estratto Dalla Rivista italiana per le Scienze Giuridiche, 1951, N° 1-4, Dott. Giuffré – Editore, Milano, p. 291.
- Pugliese, Giovanni, (1991). *Instituzioni di Diritto Romano* Terza Edizione. Giappichelli Editore, Torino.
- Romano, Silvio, (1999), *Vendita nel diritto romano*. Digesto delle Disciplina Privatistiche Sezione Civile. Unione Tipografico – Editrice Torinese, Torino.
- Sainz-Ezquerria Foces, José María (1976), *La regula catoniana y la imposibilidad de convalidación de los actos jurídicos nulos*. Secretariado de Publicaciones. Facultad de Derecho Departamento de Derecho Romano. Universidad de la Laguna.
- Sargenti, Manlio. *Per una Revisione della Nozione Dell' Actoritas come Effeto Della Mancipatio. Studi in Onore Di Emilio Betti*. Volume Cuarto (1962). Milano. Dott. A. Giuffré Editore, 1962.
- Schulz, Fritz, (1960), *Derecho romano clásico*, trad. José Santa Cruz Teigeiro, Bosh, Casa Editorial – Urgel, 51bis – Barcelona.
- Serrao, Feliciano, (1999), *Diritto private economia e società nella storia di Roma*, Prima Parte, Seconda Edizione Jovene Editore Napoli.
- Torrent, Armando, (1971), *Salvius Iulianus liber singularis de ambiguitatibus*. Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico. Salamanca, p. 13.
- Volterra, Eduardo, (1986), *Instituciones de Derecho Privado Romano*, [Trad. Jesús Daza Martínez], Editorial Civitas, S.A., Madrid, p. 506.
- Warwich Auckland William y Arnold D. McNair, K.C., Ll. D. *Derecho romano y common law: una comparación en esbozo*. Segunda edición, Universidad Complutense de Madrid. Facultad de Derecho. Fundación Seminario de Derecho Romano «Ursicino Álvarez». Madrid.
- Wesenberg Gerhard –Wesener, Gunter (1998), *Historia del Derecho Privado moderno en Alemania y Europa*, trad. José Javier de los Mozos Touya, Editorial Lex Nova, Valladolid.
- Wolf, Joseph Georg, (2001), *Per una 'storia della emptio venditio: l'acquisto in contati quale sfondo Della compraventa romana. Una lezione*. ICRS R Revista Internazionale di Diritto Romano e Antico) LII, Editore Jovene, Napoli.

- Zimmermann, Reinhard, (1990). *The law of obligations Roman Foundations of the civilian tradition*, Juta & Co, Ltd Legal and Academic Publishers South Africa – C.H. Beck C. H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung München.
- Catalano, Pierangelo, (2000). *Derecho Romano y America Latina*, Gruppo Di Ricerca sulla Diffusione del Diritto Romano Sassari, p.5-6.
- Donadio, Nunzia, (2007), *Azioni Edilizie e interdependenza Delle Obbligazioni nell' 'Emptio Venditio'*, Il Problema Di un Giusto Equilibrio tra le Prestazioni Delle Parti. *La compravendita e L' Interdipendenza Delle Obbligazioni nel Diritto Romano* a cura di Luigi Garofalo, Tomo secondo, Cedam, Padova, p. 518-519.
- Lagrange, Enrique, (2006), *Historia y Actualidad del Régimen Jurídico De la Propiedad Agraria*. Serie Estudios 67, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, p. X.
- Margadant, Guillermo F., (1986), *La Segunda Vida Del Derecho Romano*, Grupo Editorial Miguel Ángel Porrúa, S.A., México, D.F., p. 23.
- Pacchioni, Juan, (1942), *Manual de Derecho romano*, [trad. Isidoro Martín Martínez y Antonio Reverte Moreno], Librería Santaren, Valladolid, p. 134.
- Pezzana, Aldo, (1984), *Syntelesia* Vincenzo Arangio Ruiz, Editore Jovene, Napoles, p.648.
- Ribas Alba, José María, (2009). *Libertad La vía Romana Hacia la Democracia*. Colección Derecho Romano y Ciencias Jurídica Europea. Editorial Comares, Granada, p. 115-116.
- Urdaneta Fontiveros, Enrique, (2008), *Vicios redhibitorios y saneamiento*. Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Caracas, p. 73.
- Wacke, Andreas, (1996), *Estudios de Derecho Romano y Moderno en Cuatro Idiomas*. Fundación Seminario de Derecho Romano «Ursino Alvarez», España, p. 295.
- Zimmermann, Reinhard, (2009), *Europa y el Derecho romano*, [trad. Ignacio Cremades Ugarte], Marcial Pons, Madrid, p. 17.
- Zweigert Konrad-Kötz Hein, (2002), *Introducción al Derecho Comparado*, Oxford University Press, México, p. 71 y ss.

II) BIBLIOGRAFIA DE DERECHO ACTUAL

- AGUILAR GORRONDONA, J. L. *Contratos y garantías*. Publicaciones U. C. A. B., Caracas, 2002.
- ALBALADEJO GARCÍA, M. *Derecho Civil*, Tomo II, Vol. 2°. Barcelona, 1994.
- ALBALADEJO GARCIA, M. *Derecho civil II. Derecho de Obligaciones. Volumen segundo*. 10ª edición. Bosch. Barcelona, 1997.
- ALVAREZ VEGA, M^a. I. *Régimen jurídico de la prestación defectuosa. Significación del principio de falta de conformidad en derecho europeo*. Bases de un Derecho contractual europeo. Espiau Espiau/Vaquero Aloy. Valencia, 2003.
- ARANGIO RUIZ, V. *La compravendita in Diritto Romano*. 1954.
- ARIAS-SALGADO ROBSY, M^a E. *La ley de Garantías en la venta de bienes de consumo. Principales novedades y valoración de la protección para el usuario y el consumidor. El principio de conformidad*. La compraventa: Ley de Garantías. Cuadernos de Derecho Judicial, XI, 2005.
- AVILÉS GARCÍA, J. *Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, en Actualidad Civil, núm. 32, 4 al 10 de septiembre de 2000, páginas 1179 y ss.
- AVILÉS GARCÍA, J. *Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas*, RCDI, 2000, núm. 661, páginas 2727 y ss.
- BADENES GASSET, R. *El contrato de compraventa. Tomo I*. Tecnos. Madrid. 1969.
- BALCELLS I CABANAS, J. M. *La responsabilidad del vendedor y la garantía de los bienes de consumo*. RJC, 2005-1.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. *La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa*, en Anuario de Derecho Civil, 1969, páginas 777 y ss.
- BERNAD MAINAR, R. *Curso de Derecho privado romano*. Publicaciones U. C. A. B. Segunda edición. Caracas, 2006.
- BERNAD MAINAR, R. *Derecho civil patrimonial. Obligaciones*. Tomos I y II. Caracas, 2006 y 2007.
- BIANCA. *La vendita e la permuta*. Torino, 1973.
- BORDA, A. *Evolución de los derechos del consumidor en la legislación argentina*. Contratación contemporánea. 2. Instituciones de Derecho privado. Temis. Bogotá. 2001.
- BOTANA, G. y RUIZ MUÑOZ, M. *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*. Mac Graw Hill. Madrid, 1999.
- CALVO CARAVACA, A. L. *Consideraciones en torno al artículo 1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías*, en Actualidad Civil, 1992, núm. 23, página 329.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARTÍNEZ ESPÍN, P. *Transposición de la Directiva Comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo*, en Revista de Estudios sobre Consumo, 2000.

- CASTILLA BAREA, M. *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*. Dykinson. Madrid. 2005.
- CABANILLAS SANCHEZ. *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil*. Madrid, 1988.
- CAVANILLAS MUGICA. *Responsabilidad civil y protección del consumidor*. Madrid, 1985.
- COMISIÓN EUROPEA. *Livre Vert sur les garanties des biens de consommation et les services après-vente*. Bruselas, 15 de noviembre de 1993 (COM [931509 final]).
- CORRAL GARCIA. *La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo ...: un nuevo régimen de saneamiento en la compraventa de bienes muebles*. RDP nº 5/2000.
- COSSIO. *Instituciones*. Volumen I. Madrid. 1975.
- COSTAS RODAL, L. *El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo*. Aranzadi Civil. 2004.
- DE ANGEL YAGÜEZ, R. *Algunas consideraciones en torno al artículo 1483 del Código civil*. RCDI, 1971.
- DE CASTRO, F. *Negocio jurídico*. 1967.
- DE LA HAZA. *Garantías de los productos*. Curso sobre el nuevo Derecho del Consumidor. Ministerio de Sanidad y Consumo. Instituto Nacional de Consumo. Madrid, 1990.
- DE LA IGLESIA MONJE, M. I. *El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, en Monografías (Centro de Estudios Registrales), 2002.
- DE LEON ARCE, A. *Derechos de los consumidores y usuarios (Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*. Valencia, 2000.
- DE VERDA Y BEAMONTE, J. R. *Algunas reflexiones sobre la incidencia de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en el Derecho Civil español*, en Noticias de la Unión Europea, 2002, núm. 211-212, páginas 135 y ss.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1996.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Civitas. Madrid, 1997.
- DÍEZ-PICAZO y GULLON BALLESTEROS. *Instituciones de Derecho civil. Volumen I/2*. Segunda edición. Tecnos. Madrid. 1998.
- DÍEZ-PICAZO, L./ROCA TRIAS, E./MORALES MORENO, A. M. *Los principios del Derecho europeo de contratos*. Madrid, 2002.
- DUQUE *La protección de los derechos económicos y sociales en la LGDCU*. EC nº 3. 1978.
- ESTRUCH ESTRUCH, J. y VERDERA SERVER, R. *La Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo*. Derecho Privado de Consumo. Tirant lo Blanch. Valencia. 2005.
- EVANGELIO LLORCA, R. *La garantía del artículo 11 LGDCU y la Directiva 99/44/CE*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 2002.

- FENOY PICON, N. *El sistema de protección del comprador*. Cuadernos de Derecho Registral. Madrid. 2006.
- FENOY PICON, N. *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*. Madrid, 1996.
- FERNANDEZ AREVALO. *Vicios redhibitorios o aliud pro alio según la forma y el momento de ejercicio de la pretensión del comprador pretendidamente frustrado. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1998*. RDP-1999, 1.
- FERNÁNDEZ DE VERA RUIZ, M. C. *Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo y su transposición al Derecho español*, en Revista de Estudios sobre Consumo, 2002, núm. 60, páginas 123 y ss.
- GARCIA CANTERO, G. *Comentarios al Código civil y las compilaciones forales*. XIX. Edersa. Madrid.
- GARCIA CRUCES, J. A. *Las garantías contractuales como protección frente a los defectos de producto*. Derecho de los Negocios. Número 132, septiembre 2001.
- GARCÍA RUBIO, M. P. y DOMÍNGUEZ LUELMO, A. *Ley 23/2003 de 10 de julio de garantía en la venta de bienes de consumo*, en Jornada de Formación en Consumo de 27 de noviembre de 2003.
- GONZALEZ BILBAO, E. *La falta de conformidad en la nueva Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*. Revista General del Derecho, 2003-3.
- GONZALEZ PACANOWSKA, I. *Comentarios al artículo 12 de la LOCM*, en Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria. Madrid. 1997.
- IGLESIA MONJE, M^a. I. *El principio de conformidad del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*. Madrid, 2002.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. y OTROS. *Elementos de Derecho civil II. Derecho de Obligaciones. Volumen Segundo*. Dykinson. Madrid. 1999.
- LALAGUNA DOMINGUEZ, E. *Estudios de Derecho civil. Obligaciones y contratos*. 3^a edición. Tirant lo Blanch. Valencia. 2003.
- LETE ACHIRICA, J. *La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, de 25 de mayo de 1999, y su transposición en el Derecho español*, en Actualidad Civil, núm. 42, 15 a 21 de noviembre de 1999, páginas 1365 y ss.
- LUNA SERRANO, A. *El alcance de los conceptos de venta de bienes de consumo y de garantía de los mismos en la Directiva 1999/44/CE*. Estudios Jurídicos en Homenaje al profesor Diez-Picazo. Tomo II. Madrid, 2003.
- LLÁCER MATA CÁS, M. R. *El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992.
- LLAMAS POMBO, E. L. G. D. C. U. *Comentarios y jurisprudencia de la Ley veinte años después*. La Ley. Madrid, 2005.
- MARCO MOLINA, J. *La garantía legal sobre los 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*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, páginas 2275 y ss.

- MARCO MOLINA, J. *La incorporación de la Directiva 99/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones*, [pendiente de publicación en el Libro Homenaje al Profesor D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, coordinado por los profesores Morales Moreno y Miquel González].
- MARTINEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, C. *Las condiciones de la protección eficaz de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas: conformidad y garantía*. EC, nº 16, 1989.
- MÉNDEZ TOMÁS, R. M. y VILALTA NICUESA, E. *El saneamiento por vicios o defectos ocultos en el contrato de compraventa*, Barcelona, 1999.
- MORALES MORENO, A. M. *Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: la compraventa*, Segunda Ponencia a las "Dotzenes Jornades de Dret catalá a Tossa", Tossa de Mar, septiembre de 2002 [pendiente de publicación en el Libro de materiales de las Jornadas].
- MORALES MORENO, A. M. *El alcance protector de las acciones edilicias*, Anuario de Derecho Civil, nº 33. 1980. Madrid, páginas 585 y ss.
- MORALES MORENO, A. M. *Comentario del Código civil. Tomo II*. Ministerio de Justicia. Madrid. 1993.
- NAVAS NAVARRO. *La Directiva sobre la venta de bienes de consumo: la garantía legal*. Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada. Tomo III. Almería, 2000.
- OLIVA BLÁZQUEZ, F. *La transmisión del riesgo en la compraventa internacional de mercaderías: el régimen jurídico del Convenio de Viena y sus primeras aplicaciones jurisprudenciales*, Valencia, 2000.
- OLIVENCIA RUIZ, M. *La Convención de la Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual*, en Revista de Derecho Mercantil, núm. 201; julio-septiembre de 1991, páginas 351 y ss.
- ORTI VALLEJO, A. *El nuevo régimen de los defectos de la cosa vendida en la Directiva 1999/44: criterios generales para su transposición*. Aranzadi Civil, 2001.
- ORTI VALLEJO, A. *Los vicios en la compraventa y su diferencia con el aliud pro alio: jurisprudencia más reciente*. Aranzadi Civil, 1996, 1.
- PANTALEON PRIETO, F. *Las nuevas bases de la responsabilidad contractual*. ADC, 2003.
- PANIAGUA ZURERA, M. *La protección del adquirente no profesional de bienes muebles defectuosos en la compraventa mercantil tras la LGDCU*. CDC, nº 9. 1991.
- PARRA LUCAN, M. A. *Comentario al artículo 12 LOCM*. Comentarios a las leyes de ordenación del comercio minorista. Madrid. 1997.
- PARRA LUCAN, M. A. *Los derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la LGDCU*. ADC. 1988-II.
- PARRA LUCAN, M. A. *Daños por productos y protección del consumidor*. Barcelona, 1990.
- PERALES VISCASILLAS, P. *Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo*. Actualidad Civil, 2003.

- POTHIER. *Tratado de los contratos*. Tomo I. Atalaya. Buenos Aires. 1948.
- REYES LOPEZ, M. J. (Coordinadora) *La Ley 23/2003, de GBC: planeamiento de presente y perspectivas de futuro*. Aranzadi. Navarra, 2005.
- RUBINO. *La compravendita*. Milano, 1971.
- RUBIO GARRIDO. *La garantía del artículo 11 LCU*. A. D. C., 1990, III.
- SANCHEZ CALERO, F. J. *Los vicios ocultos y el ejercicio de las acciones que de ellos derivan en la compraventa mercantil*. R. D. Mercantil, 1956.
- SANCHEZ CALERO, F. J. *La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*. La compraventa: Ley de Garantías. Cuadernos de Derecho Judicial, XI, 2005.
- SANZ VALENTÍN, L. A. *La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, en Actualidad Civil, núm. 35, 27 de septiembre a 13 de octubre de 1999.
- SCARPELLO-AZZARITI. *Prescrizione e decadenza* en Commentario del Codice civile a cura de A. Scialoja e G. Branca. 2ª edición. Zanichelli Editore -Bologna- Il Foro Italiano -Roma, 1977.
- TABOADA, M. *En torno a la ley de defensa del consumidor y a las observaciones formuladas por el poder ejecutivo*. La Ley. 1994 A.
- TAMAYO CARMONA, J. A. *Falta de conformidad de las mercaderías e implicaciones en materia contractual. Directiva 1999/44/CE de 25 de mayo y normas de la Convención de Viena*, en Noticias de la Unión Europea, 2002, núm. 211-212, páginas 121 y ss.
- TORRES LANA, J. A. *La garantía en las ventas al consumidor*. Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor Lacruz Berdejo. Volumen I. 1992.
- TUERO ALLER. *Dos supuestos de caducidad y prescripción en el contrato de compraventa: saneamiento por vicios ocultos y ventas al consumo*. Cuadernos de Derecho Judicial, mayo 1995.
- VAQUER ALOY, A. *Incumplimiento del contrato y remedios*. Derecho Privado Europeo (coordinación Sergio Cámara Lapuente). Madrid, 2003.
- VAZQUEZ LEPINETTE, T. *La conservación de las mercaderías en la compraventa internacional*. Valencia, 1995.
- VAZQUEZ LEPINETTE, T. *Compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*. Pamplona, 2000.
- VERDA Y BEAMONTE, J. R. *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*. Navarra, 2004.
- VERDERA SERVER, R. *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*. Bolonia, 1995.
- VERGEZ, M. *La protección del consumidor en la L. G. V. B. C*. Navarra, 2004.
- WAYAR, E. C. *Compraventa y permuta*. Astrea y De Palma. Buenos Aires, 1984.
- ZIMMERMANN, R. *Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo*. Estudios de Derecho privado (trad. Vaquer Aloy). Madrid