



De la descodificación de los remedios de que dispone el consumidor y adquirente ordinario cuando se le entrega una vivienda con vicios o defectos constructivos a la unificación del concepto de incumplimiento de contrato: materiales para una reflexión



Inmaculada Sánchez Ruiz de Valdivia
Profesora Titular. Departamento Derecho Civil.
Universidad de Granada

SUMARIO

- I. Planteamiento.
- II. Los remedios de que dispone el comprador de viviendas con defectos con el Código Civil, la Ley de Ordenación de la Edificación y el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios.
 1. Remedios de que dispone el comprador (ordinario), en la venta de viviendas de segunda mano.
 2. Remedios de que dispone el comprador (consumidor) en las ventas de viviendas de primera mano con defectos.
- III. El moderno derecho de la contratación.
- IV. Algunas precisiones terminológicas que modernizan nuestro lenguaje.
- V. Conclusiones. Bibliografía

I. Planteamiento

Adquirir una vivienda con defectos sigue siendo una de las cuestiones que más preocupan a los consumidores y particulares, a pesar del importante *mosaico* de *remedios generales* y *especiales* contenidos en el Código Civil, antes y después de la Ley 38/1999, de Ordenación de la Edificación (en lo sucesivo, LOE) y del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en lo sucesivo, TRLCU)

En efecto, hoy por hoy, el adquirente de una vivienda con defectos (en la venta de consumo -venta de primera mano, cuando quien vende es el promotor o promotor-constructor y quien le compra es, por tanto, un consumidor), u ordinaria (la realizada entre particulares -venta de segunda mano-) con el Código civil en la mano dispone de un mosaico de remedios que siguen anclados en la distinción propia de los *sistemas continentales* como el nuestro del que participa, sin duda, el Código Civil y al que, en su día, se sumó, por inercia, la LOE (ex art 17.9 LOE) que distinguen entre «remedios especiales y generales»; lo que supone concebir como *incumplimiento de contrato* la primera venta (la entrega de la vivienda con defectos realizada por el vendedor profesional, siendo el comprador un consumidor) y como *cumplimiento defectuoso*, la segunda venta, por ser el vendedor de la vivienda con defectos un vendedor ordinario -venta en la que, sin duda, en su día pensó el legislador-. Una distinción que proyecta, inevitablemente, sus efectos sobre los remedios que se le ofrece al comprador insatisfecho por haber adquirido una vivienda con defectos, en el sistema tradicional desconocedor de la unificación del concepto de incumplimiento de contrato.

Con la normativa legal vigente y salvo que estemos dispuestos a realizar una interpretación moderna de nuestro sistema de responsabilidad contractual por vicios o defectos constructivos, la compraventa de bienes inmuebles con defectos, de primera mano (venta de consumo, en las que el promotor es vendedor profesional y el comprador es un consumidor) o de segunda adquisición (venta ordinaria, en las que el vendedor no es profesional y el comprador no es consumidor) y los remedios que se le ofrecen al comprador (consumidor o no) continúan «dialogando» con unas normas codificadas desconocedoras, por completo, de la moderna acepción del concepto de incumplimiento y del de responsabilidad contractual que son, actualiza-

dos interpretando las relaciones *secantes* que existen entre el régimen de responsabilidad civil por vicios o defectos constructivos contenido en el artículo 17 LOE, en el nuevo régimen de responsabilidad objetivo exigible al promotor y al constructor en materia de vicios o defectos de la vivienda, contenido en el art. 149 TRLCU y en los regímenes de responsabilidad codificados (contenidas en un Código Civil de 1889 en los acciones que derivan del régimen especial de responsabilidad contractual propio del contrato de compraventa (art. 1484 y ss CC) y de obra (art. 1591 CC), y del régimen general (arts. 1101, 1124, 1258, 1300 CC) y del régimen de responsabilidad extracontractual (arts. 1902, 1907, 1909 CC). Y viceversa. En ocasiones son los regímenes de responsabilidad descodificados los que confieren una interpretación adecuada a los remedios contenidos en el Código Civil.

En nuestra opinión se produce un complemento a «doble banda» que deriva, insistimos, de las relaciones «secantes» que guardan los remedios existentes en nuestro Ordenamiento jurídico; conclusión a la que hemos llegado desde la «distinción» y subsistencia parcial del art. 1591.1 y 2 CC con el art. 17 LOE, del art. 149 TRLCU y de los arts. 1484 CC, 1101, 1124, 1258, 1399 y 1902, 1907 y 1090 CC y no desde la proclamación, sin más, de su compatibilidad -pues en nuestra opinión, esta técnica (la de la compatibilidad) corre el peligro de emborronar o desnaturalizar el juego de las acciones como las que derivan del saneamiento por vicios y las que deriva del incumplimiento contractual-; remedios que quizás se conviertan en recursos estrella a la vista del recorte de los plazos de garantía y prescripción previsto en el art. 17 LOE y a la vista del hecho, actual, de que existen una gran mayoría de viviendas en stock que han visto pasar, ya los perentorios plazos de garantía previstos por el legislador.

II. Los remedios de que dispone el comprador de viviendas con defectos con el Código Civil, la Ley de Ordenación de la Edificación y el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios.

A día de hoy, y con el Código Civil, la LOE y el TRLCU, los remedios de que dispone el adquirente de una vivienda con defectos en primera y segunda transmisión son muchos. Veamos cuáles son las acciones que le ofrece nuestro código civil al comprador, insatisfecho, para, a continuación, ver qué añade el nuevo régimen de responsabilidad y comprobar que a pesar de la novedad que supone dicha alternativa legal el protagonismo de las acciones de saneamiento

(a pesar de lo restrictivas que en tiempo resultan) hará que se conviertan en un *remedio estretella*, a la vista del recorte del tiempo durante el cual se puede ejercitar la acción del art 17 LOE.

1. Remedios de que dispone el comprador (ordinario), en la venta de viviendas de segunda mano.

Con el Código civil en la mano, el comprador ordinario, aquel en el que pensó el legislador decimonónico, puede ejercitar:

1.1. O bien, las acciones de saneamiento por vicios ocultos mediante *la acción estimatoria o quanti minoris* pidiendo una rebaja en el precio (como modo de reestablecer así el equilibrio de las prestaciones entre las partes) —hipótesis en la que se justificaría que el vendedor se dirigiera en virtud del artículo 17 LOE contra la persona responsable en su cadena contractual por vía del artículo 17 LOE en la medida en que demuestra un interés legítimo o por vía del artículo 11 LGDCU—. O mediante *la acción redhibitoria* solicitando la resolución del contrato (como alternativa al restablecimiento de la situación previa a la celebración del contrato). Incluso podría obtener del vendedor una indemnización de «daños y perjuicios» si lograra demostrar que quien le vendió actuó con mala fe porque conocía antes de la venta del vicio de que adolecía la vivienda —porque lo había sufrido él, o porque era un vendedor técnico, perito o cualificado por razón de su arte y oficio (ex art. 1286.II CC)—. Hipótesis en cuyo caso estaría obligado el vendedor no sólo a sanear el vicio sino a indemnizarle los daños y perjuicios ocasionados por el vicio (esto es, por el defecto constructivo) en su persona o en su patrimonio. De lo que no dispondría el comprador de nuestra hipótesis es de las acciones generales de responsabilidad por incumplimiento contractual, esto es, ni de la acción de cumplimiento en forma específica, ni de la acción de indemnización de daños y perjuicios (sin necesidad de justificar la actitud dolosa del vendedor) ni de la acción resolutoria (ex arts. 1101, 1258 y ss. y 1124 CC). Concebida la entrega de una vivienda con defectos en la compraventa ordinaria (considerada de cosa específica) como un cumplimiento defectuoso del contrato y no como un incumplimiento ya que el vendedor cumple con la entrega de la vivienda en el estado en el que se encuentre, únicamente estaría obligado a sanear el vicio durante el plazo de seis meses a contar desde la entrega de la vivienda.

1.2. O bien, la acción de responsabilidad civil por vicios o defectos de construcción (ex

art. 17 LOE), a través de la cual puede dirigirse contra el promotor (probablemente se dirigirá contra su Compañía de seguros si el vicio o defecto constructivo afecta a la estructura del edificio) o contra los agentes intervinientes en el proceso edificatorio; a través de la cual únicamente logrará la reparación o indemnización de los daños materiales en el edificio siempre y cuando éstos se hayan manifestado durante los tiempos legales: diez años (para vicios o defectos de estructura), tres años (para vicios o defectos de habitabilidad) y un año (para vicios o defectos de terminación y acabado) y siempre y cuando no haya prescrito la acción (bianual). Como resulta fácil apreciar, para este tipo de compraventas el recurso edilicio estaría llamado a ocupar un papel protagonista en la medida en que es el único remedio posible en las hipótesis, más que probables, en que los daños —aun tratándose del tipo de daños cubiertos por el artículo 17.1 a), b) y c) LOE— se hayan manifestado una vez pasados los plazos legales de garantía. Hipótesis más que probable para los casos de responsabilidad trienal y anual (a la vista de la brevedad de los plazos) o en los casos en que haya prescrito la acción bianual cuyo *dies a quo* comienza a contarse según dice el artículo 18.1 LOE «desde que se produzcan dichos daños» —opción legal con la que continúa el legislador con la tradición extranjera (francesa, suiza, alemana)—. Y es que, el *dies a quo* marcado por el art. 1490 CC («desde la entrega de la vivienda») puede en algunos casos constituir una puerta abierta para el comprador que haya visto pasar los plazos de garantía contados desde la recepción de la obra sin reservas o desde la subsanación de éstas o el breve plazo de prescripción (de dos años) a que está sometida la acción ex artículo 17 LOE.

Pero además, hoy los compradores en las segundas transmisiones gozan de mayor información a través del «Libro del Edificio» (lo que se traduce en mayores garantías). Y es que, hasta este momento, no habían gozado de la protección que ofrecía el adquirente en la primera transmisión el RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores e información de la compraventa y arrendamiento de viviendas (que vino a desarrollar el contenido de los arts. 4-8 LGDCU); lo que supone una compensación del déficit de protección de que disponían estos usuarios. A través del libro del Edificio se le ofrece al consumidor y usuario una información de una serie de extremos importantísimos (fecha del *dies a quo* en el cómputo de los plazos de garantía, identificación de los sujetos legitimados pasivos, medida de conservación del edificio, etc.). Datos, todos



ellos, que constituyen una prueba preconcebida (procesal y extraprocésal) invirtiendo la carga de la prueba a la hora de determinar las causas de exoneración de la responsabilidad por los daños derivados del desconocimiento de las pautas y reglas concretas de uso del edificio. De esta forma, el libro del edificio constituye un criterio esencial respecto de a quien se pueden dirigir el demandante y en qué casos el demandado va a quedar exonerado de responsabilidad en la medida en que a partir de ahora la información ofrecida en este Libro produce importantísimas consecuencias ante el incumplimiento de las previsiones de conservación que contenga el libro del edificio.

2. Remedios de que dispone el comprador (consumidor) en las ventas de viviendas de primera mano con defectos.

El vendedor-profesional que entrega una vivienda con vicios o defectos constructivos incumple, inequívocamente, el contrato; lo que significa que los remedios ya existentes antes de la entrada en vigor del artículo 17 LOE amplían las pretensiones indemnizatorias dando respuestas a determinadas categorías de daños desatendidas, por decisión legal, por el nuevo régimen legal. Y viceversa, el nuevo régimen de responsabilidad viene a complementar la dicción literal del inacabado artículo 11.3 a) LGDCU relativo a *la garantía legal por prestación inidónea*. Un precepto legal que,

junto al art. 25 y ss LGDCU resulta de aplicación para los vicios constructivos en viviendas entregadas con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del TRLCU a partir del cual el precepto aplicable para dar cobertura a esos otros daños y perjuicios distintos de los materiales en el edificio sería el art. 149 TRLCU¹. Pero además, y por tratarse de un incumplimiento del contrato, el adquirente dispondría, también, de las acciones generales derivadas del incumplimiento contractual contenidas en el Código Civil (ex arts. 1101, 1258, 1091, 1096, 1101, 1256, 1258 y 1124 CC). Tengamos en cuenta que en la entrega de viviendas con defectos en el tráfico jurídico de consumo (concebida como una compraventa de cosa genérica), el defecto constituye, inequívocamente, un incumplimiento del contrato como ha advertido reiteradamente la jurisprudencia; lo que justifica que en tales ocasiones se hayan estimado compatibles y acumulables los remedios especiales con las *acciones generales derivadas del incumplimiento contractual* —basta recordar la doctrina jurisprudencial que apostó por la teoría del «aliud pro alio» en aquellas hipótesis en que lo entregado era distinto de lo pactado—.

III. El moderno derecho de la contratación.

¹ Nos remitimos al interesante comentario que sobre dicho precepto realiza ROSA MILÁ RAFEL: “El art. 149 del TRLCU: responsabilidad del contractura y el promotor por daños causados por la vivienda”, Rev. Indret, 1/2009, pps. 1-23.



En el “moderno derecho de la contratación”, la unificación del concepto de incumplimiento apareció formulada, por vez primera, en el Convenio de Viena de 19 de junio de 1980 (en lo sucesivo, CISG). Se repitió en los Principios Internacionales Unidroit de 1994 (en lo sucesivo, UNIDROIT) a los que sirvió de modelo la Convención de Viena y de los que, también, han bebido los Principios de derecho contractual europeo de la Comisión Lando (en lo sucesivo, Principios LANDO), el Código de Pavía, los Principios Acquis, y el Draft Common Frame of Reference (en lo sucesivo, DCFR), en su doble versión de 2008 y 2009 y en idéntico sentido al que deriva de la Convención de Viena –aunque no lo defina–.

Tres son, hasta el momento, las propuestas formuladas por la Comisión General de Codificación en sus secciones civil y mercantil que optan por dicho modelo unificador.

1ª. *La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre Contratos mercantiles y sobre prescripción y caducidad (Propuesta mercantil o PM en lo sucesivo)*. Publicada en el año 2006 y obra de la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación².

2ª. *La Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos (en lo sucesivo, PMCC³)*. Publicada en el año 2009 y obra de la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación⁴.

3ª. *La Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación de Código civil en materia de contrato de compraventa (o Propuesta sobre compraventa o PCV en lo sucesivo)*. Publicada en el Ministerio de Justicia, en su Boletín, en el año 2005, por la Sección de Derecho civil.

La reforma de la compraventa responde a la exigencia ineludible de modernizar el Código civil: se «[t]rata de incorporar al Código esos nuevos principios en los que se sustenta la Convención de Viena, la Directiva [1999/44] y la Ley 23/2003 de incorporación a la misma al Derecho español 29 [hoy en el TRLGDCU 2007]» (núm. 1). Por ello, la *Propuesta sobre compraventa* sigue las directrices que indico a continuación (núms. 1, 6, 10, primer núm. 25 de la EM) 30:

- a) Los vicios ocultos se sustituyen por la falta de conformidad, considerada ésta un incumplimiento del vendedor (entre otros, arts. 1474 a 1489 PCV).
- b) La entrega de un inmueble con cabida distinta de la señalada en el contrato no se califica de falta de conformidad, «*si no resulta otra cosa del contrato o de la utilidad de la cosa en él presupuesta*», pudiendo pedirse, en este último caso, el reajuste del precio o, superándose ciertos valores, desistir de la compraventa (arts. 1477, primera regla, PCV, 1448 PCV) 31. Por otro lado, hay falta de conformidad si el vendedor no entrega «*todo lo que se comprenda dentro de los linderos señalados en el contrato, aun cuando exceda de la cabida expresada*» (art. 1477, segunda regla, PCV) 32.
- c) La evicción y las cargas o gravámenes ocultos se sustituyen por una regulación de los vicios jurídicos considerados, asimismo, como un incumplimiento del vendedor (arts. 1490 a 1496 PCV).

sición y funcionamiento de la Comisión General de Codificación: Jerez Delgado/Pérez García, RJUAM (2009), pp. 156-165.

³ Las líneas maestras de la PMCC en materia de incumplimiento del contrato quedan, perfectamente reflejadas en su EM.

⁴ Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009, Suplemento.

² Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LX, 1 de febrero de 2006, núm. 2006, pp. 605-618. Sobre la compo-

d) Finalmente, la disposición adicional de la *Propuesta sobre compraventa* dispone: «Las referencias contenidas en cualquier disposición al régimen del Código Civil sobre el saneamiento por evicción o por vicios ocultos se entenderán hechas, en lo pertinente, al régimen que establecen las Secciones Segunda [arts. 1474 a 1489] y Tercera [1490 a 1499] del Capítulo 111 [sic] del Título IV del Libro IV del Código civil». Esto es, las referencias han de entenderse hechas a la regulación de la entrega de cosa conforme y, a la de entrega de cosa libre de derechos de tercero 33.

Entre las materias tratadas, las *Propuestas mercantil y civil* regulan, con carácter general, el *incumplimiento del contrato y sus remedios*. Apuestan, decididamente, por unificar el concepto de incumplimiento del contrato concibiéndolo como un concepto amplio, unificado y neutro; lo que significa, en definitiva, modernizar nuestros planteamientos; lo que supone, a su vez, alejarnos de la distinción tradicional contenida en nuestro Código Civil entre compraventa de bienes de consumo y ordinaria; entre incumplimiento, propiamente dicho (en la primera venta) e incumplimiento defectuoso (en el segunda transmisión).

IV. Algunas precisiones terminológicas que modernizan nuestro lenguaje.

En España, a nivel doctrinal, se está llevando a cabo una reflexión seria y profunda sobre la modernización del Derecho de las obligaciones contractuales. El empeño y futuro éxito, estamos convencidos, de la apuesta decidida a favor de la modernización de de nuestro Derecho de obligaciones y contratos se debe, en gran medida, al convencimiento y al impulso incansable de ilustres civilistas a quienes le debemos nuestra más sincera gratitud y reconocimiento. Quienes constituyen, sin lugar a dudas, los grandes baluartes del impulso, estudio y profundización de tales propuestas son, en nuestra doctrina, Luis Díez-Picazo⁵, Antonio Ma-

nuel Morales Moreno⁶, Fernando Pantaleón Prieto⁷ y Encarna Roca Trías⁸ -quien, en su día, junto a Díez Picazo y Morales Moreno elaboraron unos comentarios sobre los PECL e impartieron un curso en la UIMP, al que tuvimos el honor de asistir, que constituyen una consulta imprescindible para todo aquel que desea acercarse a este materia- constituyen, sin duda, los grandes baluartes sobre los que se asienta la futura reforma y modernización del nuestro Derecho de Obligaciones y contratos. A todos ellos, nuestro más sincero reconocimiento y agradecimiento por su visión futurista. Y es que, como dice el refrán... “de bien nacidos es ser agradecidos”.

1. La unificación del concepto de incumplimiento de contrato.

Todas las propuestas de modificación pivotan sobre un concepto unificado de incumplimiento. Y es que, frente al incumplimiento de contrato, el acreedor insatisfecho puede ejercitar junto a la indemnización de daños y perjuicios el resto de remedios indemnizatorios por ser compatibles entre sí. Un acierto, sin duda, que moderniza nuestros esquemas anclados a nuestro CC. Un concepto de incumplimiento, unificado, que como sabemos, se encuentra en los PECL (1:103), en idéntico sentido al que deriva de la Convención de Viena -aunque no lo defina-. La doctrina más autorizada en la materia, Panta-

⁵ Sin duda, Luis Díez Picazo, en calidad de Presidente de la Sección Civil de la Comisión General de Codificación, ha impulsado los trabajos preparatorios de modernización del libro IV del Código civil español, dedicado a las «obligaciones y contratos», en sus títulos primero («De las obligaciones») y segundo («De los contratos»); y, asimismo, otros trabajos orientados a la modificación del régimen de algunos contratos en el CC, como el de compraventa». Sobre el particular, vid., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. II, 6.ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2008). Cit. *Fundamentos II*, 6.ª ed. (2008), «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», ADC (2003), pp. 1565-1574 (también, en <http://civil.udg.edu/tossa/2002/textos/pon/2/ldp.htm>). «¿Una nueva doctrina general del contrato?», ADC (1993-II), pp. 1705-1717.

⁶ Muchas han sido las aportaciones, hasta la fecha, en la materia. Entre las más recientes, cabría destacar las siguientes: «Indemnización del lucro cesante en caso de incumplimiento del contrato», *Incumplimiento contractual: nuevas perspectivas*, coord. Íñigo de la Maza Gazmuri, Cuadernos de análisis jurídico, Colección Derecho privado, VII, ed. Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho (2011) pp. 263-293; «¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la Propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos en el marco del Derecho europeo», *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*, ed. Atelier, Barcelona (2011) pp. 400-422; *Incumplimiento del contrato y lucro cesante*, Editorial Aranzadi, S.A., Thomson/Civitas, Navarra, 2010.

⁷ Sin ánimo exhaustivo, pueden consultarse, entre otros, los siguientes trabajos: «Comentario del artículo 78 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas (1998), pp. 628-634; - «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación objetiva», *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho civil, II, 1990, págs. 1561 y ss; «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», ADC (1993), pp. 1719-1745; «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», ADC (1991), pp. 1019-1091.

⁸ Vid., sobre el particular, «El incumplimiento de los contratos en la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos», *Boletín del Ministerio de Justicia (BMJ)*, año LXV, núm. 2132 (junio de 2011) 23 pp.

león Prieto⁹ y Morales Moreno¹⁰, se ha ocupado de clarificar en qué consiste la unificación del concepto de incumplimiento de contrato y qué efectos produce. Recordemos aquí, tan sólo, que dicho término, el incumplimiento, parte de un amplio y neutro que centra su atención, o lo que es lo mismo, pone su acento en la “insatisfacción del acreedor” (el acreedor del resarcimiento indemnizatorio).

Las líneas maestras de la PMCC en materia de incumplimiento del contrato quedan, perfectamente reflejadas en su EM. Se abandona el llamado favor debitoris, un tópico que, como acertadamente advirtió, en su día, DIEZ PICAZO resulta antieconómico¹¹, en la medida en que «no es el mejor medio para hacer dinámica una economía».

2. El concepto moderno de Responsabilidad Contractual.

Comparto la precisión terminológica que realiza Morales Moreno¹² al advertir que, “aunque tradicionalmente cuando utilizamos la expresión responsabilidad contractual nos referimos a la indemnización de daños y perjuicios causados por el deudor al acreedor, en el caso de incumplimiento de contrato; no es esta, sin embargo, la acepción moderna que le atribuye un sentido más amplio referido no sólo al remedio indemnizatorio sino a todos los remedios con que cuenta el acreedor en caso de incumplimiento”. En este trabajo me voy a referir a la responsabilidad contractual en su acepción moderna, no en la acepción tradicional referida sólo al remedio indemnizatorio.

IV. Algunas Conclusiones.

Seguir, en la actualidad, distinguiendo entre la obligación de entregar y la de sanear (lo que sucede en el tráfico jurídico ordinario) resulta des-

fasado. O lo que es lo mismo: ¡poco moderno!. Supone desatender las propuestas de unificación del concepto de incumplimiento planteadas desde las normas Internacionales, desde las propuestas de Derecho privado europeo y desde la nuestra propia Comisión General de Codificación que se suma a la modernización de nuestro derecho como así también han hecho los alemanes y vienen haciendo los franceses. ¡Es cierto! Si interpretamos modernamente las reglas codificadas y descodificadas en línea a las propuestas formuladas por la Comisión General de Codificación y el DFCR, daremos cabida al concepto de «cumplimiento defectuoso» propio de la venta de vivienda con defectos realizada entre particulares dentro del amplio concepto de incumplimiento de contrato; lo que supondría concebirla de manera idéntica a la primera venta -la realizada por un vendedor profesional-. Una equiparación (insistimos, la realizada entre venta de primera y segunda mano, o lo que es lo mismo, entre venta de consumo u ordinaria) que viene de la mano de concebir como incumplimiento el cumplimiento defectuoso del contrato; lo que activaría para el “acreedor insatisfecho” (en nuestro caso, el comprador, consumidor u ordinario) todo un haz de remedios entre los que se encuentra: 1) la pretensión de cumplimiento o, satisfacción “in natura”, 2) la resolución del contrato, 3) la reducción del precio, 4) la suspensión del cumplimiento por el acreedor y, 5) la indemnización de daños (remedio indemnizatorio que es compatible al resto de remedios lo que delimita y limita el alcance y extensión de los daños y perjuicios a resarcir) porque si para modernizar nuestro lenguaje y los términos (de incumplimiento y Responsabilidad Contractual) hemos de otorgar un mismo tratamiento jurídico y concederle los mismos remedios al “acreedor insatisfecho”, en nuestro caso, al comprador de la vivienda con defectos con indiferencia del carácter o no profesional de su vendedor¹³.

Que se modernice, nuestro Código Civil, (por vía interpretativa de las normas del art. 3.1 CC) adaptándose a los nuevos tiempos de forma similar a lo que ya viene haciendo nuestra propia jurisprudencia¹⁴ constituye, sin duda, un

⁹ «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», ADC (1993), pp. 1719-1745 y «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», ADC (1991), pp. 1019-1091.

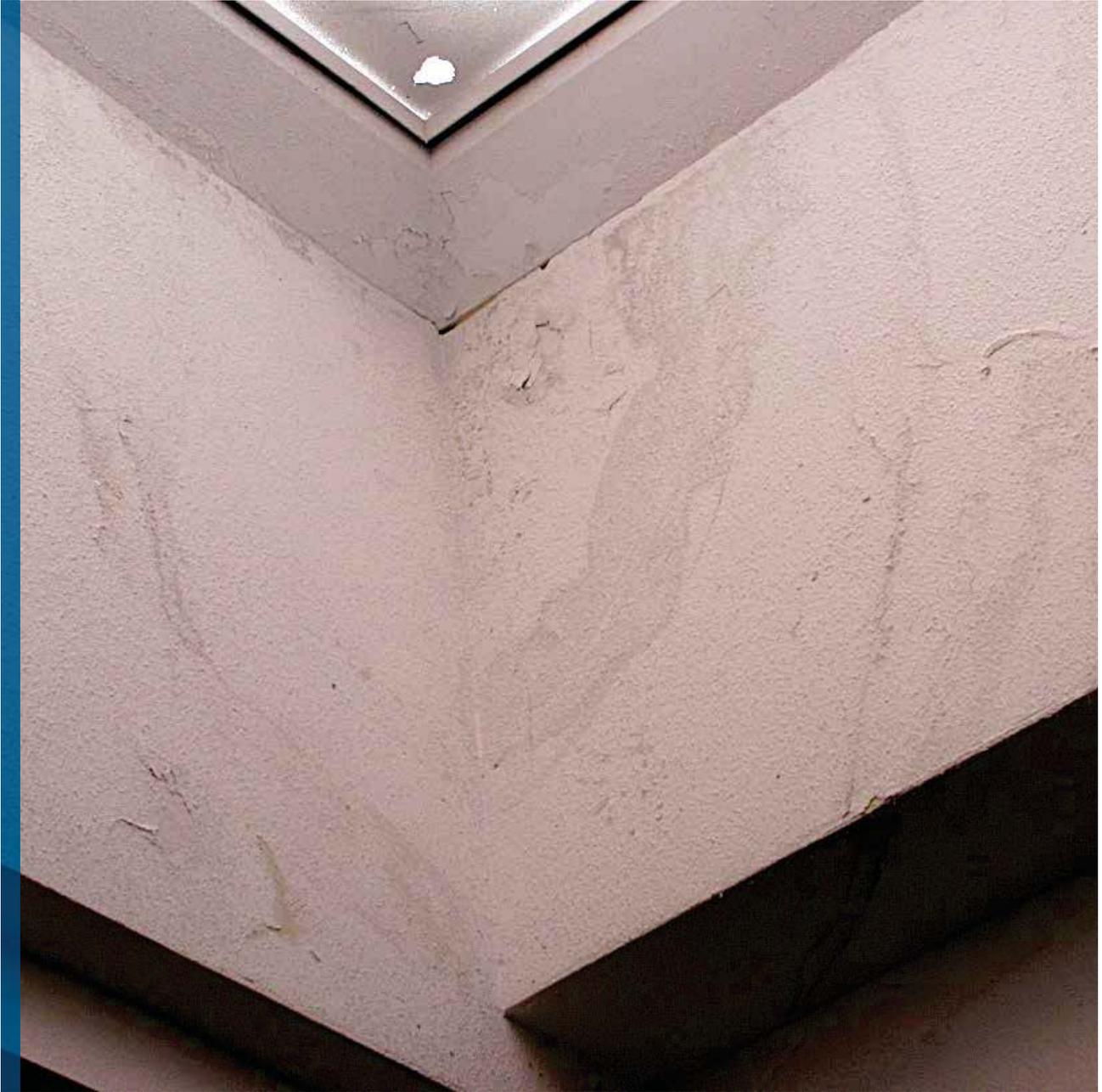
¹⁰ «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato», Derecho de daños, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid (2009), pp. 193-221; «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», La Modernización del Derecho de Obligaciones, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006-A), pp. 17-54; «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria», La Modernización del Derecho de Obligaciones, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006-B), pp. 55-92.

¹¹ En este sentido, Luis Díez-Picazo, Fundamentos (2008), 6.ª ed, p. 652.

¹² Incumplimiento del contrato y lucro cesante, Editorial Aranzadi, S.A., Thomson/Civitas, Navarra, 2010.

¹³ ¿Sería esto conveniente imponer en idéntico sentido al vendedor profesional y al ordinario el deber o carga de mitigar el daño que deriva de la modernización del remedio indemnizatorio?.

¹⁴ En nuestra doctrina, Fenoy Picón, Nieves («La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», ADC, tomo LXIII, 2010, fasc. I, pp. 55), pone algunos ejemplos de cómo el Tribunal Supremo ya ha mencionado en alguna de sus sentencias al DCFR



reto al que en su día nos ha invitado la Comisión General de Codificación.

Y es que, como sabemos, el concepto de incumplimiento es un concepto amplio porque incluye cualquier manifestación que suponga la falta de ejecución o realización de las exigencias del contrato; lo que permite integrar en un sistema único la pluralidad de sistemas de responsabilidad contractual que encontramos en el Código civil (pudiendo desaparecer los sistemas especiales de responsabilidad que implican los saneamientos). Además, la mora y la imposibilidad pasan a ser consideradas como manifestaciones del incumplimiento y la resolución como un remedio de los muchos

otros que se ofrecen al acreedor en caso de incumplimiento.

No estaría demás, sin embargo, reflexionar sobre la oportunidad o no de que se «sanee» la desagregada distinción -propia de los sistemas continentales- entre primera y segunda venta; es decir, entre incumplimiento de contrato (en la primera transmisión) y cumplimiento defectuoso (en la segunda venta) porque acaso la distinción haga quebrar el concepto unificado de incumplimiento por el que vienen apostando los modelos Internacionales, de Derecho privado Europeo y Nacionales (alemán y francés) al que, recientemente, se ha sumado nuestra propia comisión general de codificación.

BIBLIOGRAFÍA

- ABRIL CAMPOY (2003), J.M.: "La responsabilidad del promotor en la Ley de Ordenación de la Edificación (Ley 38/1999, de 5 de noviembre)", en Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ et alli (comité organizador) Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luís Díez-Picazo, Tomo II, Derecho Civil. Derecho de obligaciones, pp. 1233 a 1250.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (1992), B. "Artículo 28", en RODRIGO BERCOVITZ y JAVIER SALSAS (Coords.), Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", Civitas, pp. 713 a 727.
- CARRASCO PERERA, A. (2000), "La insistente recurrencia de un falso problema: ¿está derogado el art. 1.591 Código civil?", Actualidad Jurídica Aranzadi, núm. 454, pp. 2-6.
- (2008), "Texto refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007). Ámbito de aplicación y alcance de la refundición", Aranzadi Civil, núm. 1, pp. 2215 a 2225.
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL: Derecho de Contratos, ed., Aranzadi, S.A., 2010.
- «Reparación en forma específica y reparación a costa del deudor en la responsabilidad por ruina», InDret 1/2006 (www.indret.com).
- «Comentario del artículo 1101 CC», Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dir. Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 a 1124 del Código civil, Edersa, Madrid (1989), pp. 374-444.
- «Comentario del artículo 1105 CC», Comentarios al Código civil y Compilaciones forales, dir. Manuel Albaladejo, tomo XV, vol. 1.º, artículos 1088 a 1124 del Código civil, Edersa, Madrid (1989), pp. 630-666.
- ÁNGEL YAGÜEZ, R.d.A.: "Comentario de los artículos 1106-1107 CC" en CÁNDIDO PAZ-ARES; LUIS DIEZ-PICAZO; RODRIGO BERCOVITZ y PABLO SALVADOR (Directores), Madrid, 1993.
- Comisión General de Codificación (Sección Mercantil): «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código de Comercio en la Parte General sobre Contratos mercantiles», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LX, 1 de febrero de 2006, núm. 2006, pp. 605-618.
- Comisión General de Codificación (Sección Civil): «Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa», Boletín del Ministerio de Justicia, mayo de 2005, núm. 1988, pp. 108-124.
- Comisión General de Codificación (Sección Civil): «Propuesta de Modernización del Código Civil en materia de Obligaciones y Contratos», Boletín de Información del Ministerio de Justicia, año LXIII, enero de 2009, Suplemento.
- Comisión General de Codificación (Sección Civil): «Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos», Gobierno de España/ Ministerio de Justicia (2009) (además de la Propuesta publicada por el Ministerio de Justicia en su Boletín de enero de 2009, Suplemento, incluye la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa publicada por el Ministerio de Justicia en su Boletín de mayo de 2005).
- Commission on European Contract Law: Principles of European Contract Law, Parts I and II, Prepared by The Commission on European Contract Law, Ole Lando/Hugh Beale (eds.), The Hague, Kluwer Law International (2000). Cit. Lando/Beale (ed.) (2000). Esta obra está traducida al español en: Principios de Derecho contractual europeo (los trabajos de la «Comisión de Derecho contractual europeo»), Parte I y II, a cargo de Pilar Barres Benlloch, José Miguel Embid Irujo, Fernando Martínez Sanz, Colegios Notariales de España (2003/2007).
- DIEZ-PICAZO, LUIS: Fundamentos del Derecho civil patrimonial, vol. II, 6.ª ed., Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2008). Cit. Fundamentos II, 6.ª ed. (2008).
- «Reforma de los Códigos y Derecho Europeo», ADC (2003), pp. 1565-1574. También, en <http://civil.udg.edu/tossa/2002/textos/pon/2/ldp.htm>
- «¿Una nueva doctrina general del contrato?», ADC (1993-II), pp. 1705-1717.
- DIEZ-PICAZO, LUIS/ROCA TRÍAS, E./MORALES MORENO, A. M.: Fundamentos del Derecho patrimonial civil, II, Las relaciones obligatorias (2008).
- Los Principios del Derecho europeo de contratos, Civitas, Madrid (2002).
- FENOY PICÓN, NIEVES: «La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento», ADC, tomo LXIII, 2010, fasc. I, pp. 47-136.
- El sistema de protección del comprador, Madrid (2006).
- GÓMEZ POMAR, FERNANDO: «El incumplimiento contractual en Derecho español», InDret (3/2007), 49 pp.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL: «Los Principios Lando», Derecho contractual europeo, Problemática, propuestas y perspectivas, dir. Esteve Bosch Capdevila, coord. Decanato del Colegio de Registradores de Cataluña (2009), pp. 151-182.
- GUENTER H. TREITEL: Remedies for the Breach of Contract. A Comparative Account, Oxford University Press, Oxford, 1991.
- HONNOLD, JOHN O.: «Comentario del artículo 79 CISG», Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980), Madrid (1987 de la trad. esp.), núms. 423-435, pp. 467-485.
- «Comentario del artículo 80 CISG», Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980), Madrid (1987 de la trad. esp.), núm. 436, p. 486.
- HOWELLS, GERAINT/SCHULZE, REINER: «Overview of the Proposed Consumer Rights Directive», Modernising and Harmonising Consumer Contract Law, Geraint Howells/Reiner Schulze (eds.), Sellier, European Law Publishers (2009), pp. 3-25.
- ILLESCAS ORTIZ, RAFAEL/PERALES VISCASILLAS, PILAR: Derecho mercantil internacional.
- El Derecho uniforme, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid (2003).
- INFANTE RUIZ, FRANCISCO JOSÉ: Contrato y término esencial. Derecho español y

- Derecho comparado, La Ley, Las Rozas (Madrid) (2008).
- INFANTE RUIZ, FRANCISCO/OLIVA BLÁZQUEZ, FRANCISCO: «Los contratos ilegales en el Derecho privado europeo», *InDret*, 3/2009, 58 pp.
- JEREZ DELGADO, CARMEN - PÉREZ GARCÍA, MÁXIMO JUAN: «La Comisión General de Codificación y su labor en la Modernización del Derecho de Obligaciones», *RJUAM* (2009), I, núm. 19, pp. 155-179.
- LANDO, OLE: «Have the PECL Been a Success or a Failure?», *ERPL*, 3/2009, pp. 367-375.
- LLAMAS POMPO, E.: «Comentario ad art. 1107», en Miguel Pasquau Liaño (dirección), *Jurisprudencia Civil Comentada*, Código Civil, Tomo II, ed., Comares, Granada. 2009.
- MILÁ RAFEL, R.: El art. 149 del TRLCU: responsabilidad del contractura y el promotor por daños causados por la vivienda, *Rev. Indret*, 1/2009, pps. 1-23.
- MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL: Incumplimiento del contrato y lucro cesante, Discurso leído el día 8 de febrero de 2010 en el acto de su recepción pública como Académico de Número por el Excmo. Sr. D. Antonio Manuel Morales Moreno y contestación del Excmo. Sr. D. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Madrid (2010). También publicado: Incumplimiento del contrato y lucro cesante, Editorial Aranzadi, S.A., Thomson/Civitas, Navarra, 2010.
- «Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato», *Derecho de daños*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid (2009), pp. 193-221.
- «Evolución del concepto de obligación en Derecho español», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006-A), pp. 17-54.
- «Pretensión de cumplimiento y pretensión indemnizatoria», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006-B), pp. 55-92.
- «El “propósito práctico”, y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro (Notas en torno a la significación de la utilidad de la cosa en los negocios de tráfico)», *La Modernización del Derecho de Obligaciones*, Thomson/Civitas, Cizur Menor (Navarra) (2006-C), pp. 323-348.
- «Adaptación del Código civil al Derecho europeo: La compraventa», *ADC* (2003-A), pp. 1609-1651.
- «Validez del contrato», *Derecho Privado Europeo*, coord. Sergio Cámara Lapuente, Colex, Madrid (2003-B), pp. 371-397.
- «Comentario del artículo 38 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías Comentario a la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, Civitas, Madrid (1998), pp. 312-318.
- «Comentario del artículo 1266 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1-B, artículos 1261 a 1280 del Código Civil, dirs. Manuel Albaladejo/Silvia Díaz Alabart, Edersa (1993-A), pp. 221-340.
- «Comentarios de los artículos 1269 y 1270 CC», *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, tomo XVII, vol. 1-B, artículos 1261 a 1280 del Código Civil, dirs. MANUEL ALBALADEJO/SILVIA DÍAZ ALABART, Edersa (1993-B), pp. 378-440.
- *El error en los contratos*, Ceura, Madrid, (1988).
- PANTALEÓN PRIETO, FERNANDO: «Comentario del artículo 78 CISG», *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. LUIS DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Civitas (1998), pp. 628-634.
- «Causalidad e imputación objetiva: criterios de imputación objetiva», *Centenario del Código Civil*, Asociación de Profesores de Derecho civil, II, 1990, págs. 1561 y ss.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* (1993), pp. 1719-1745.
- «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC* (1991), pp. 1019-1091.
- ORTÍ VALLEJO, A. (2006), «La responsabilidad civil en la edificación», *Tratado de Responsabilidad Civil*, en LUIS FERNANDO REGLERO CAMPOS (Coor.), 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra, pp. 1849-1892.
- (2008), «La responsabilidad civil en la edificación», *Tratado de Responsabilidad Civil*, en LUIS FERNANDO REGLERO CAMPOS (Coor.), Tomo II, 4ª ed., Thomson Aranzadi, Navarra, pp. 1125-1187.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2001), «El verdadero debate jurídico que hoy plantea la Ley de Ordenación de la Edificación: la necesidad de clarificar el panorama legal de acciones de responsabilidad por daños de la construcción de edificios», *II Congreso Nacional de Responsabilidad Civil y Seguro*, pp. 1 a 10.
- (2003), «Responsabilidad por daños en la construcción y venta de viviendas con defectos», en ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ et alli (comité organizador) *Estudios jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Derecho Civil. Derecho de obligaciones, pp. 1201 a 1232.
- ZIMMERMANN, REINHARD: «Los medios de tutela en caso de incumplimiento, considerados desde el trasfondo de los Principios de Derecho Contractual Europeo», *El nuevo Derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, traducción al castellano de Esther Arroyo i Amayuelas (2005 del original, 2008 de la traducción), pp. 41-86.
- *The Law of Obligations, Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Oxford University Press (1996).