



TRABAJO FIN DE GRADO

GRADO EN DERECHO

CURSO ACADÉMICO 2018-2019

LA GARANTÍA EN LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO

WARRANTY IN CONSUMER GOODS PURCHASES

AUTOR: ISRAEL MANTECÓN DIEGO

DIRECTOR/A: EUGENIA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Febrero 2019

RESUMEN:

El presente trabajo analiza los remedios jurídicos que posee un consumidor cuando adquiere un bien de consumo que no es conforme con el contrato de compraventa (sustitución, reparación, rebaja del precio y resolución del contrato). Además, hemos realizado un rápido repaso a la evolución histórica de la garantía en la venta de bienes de consumo partiendo de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

ABSTRACT:

The present work analyzes the legal remedies that a consumer has when he acquires a consumer good that is not in accordance with the purchase contract.(repair, substitution, price reduction and resolution of the contract). In addition, we have made a quick review of the historical evolution of the guarantee in the sale of consumer goods based on Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.

ÍNDICE

	Página
1. INTRODUCCIÓN.....	1
2. ANTECEDENTES DE LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL.....	3
2.1.LA REGULACIÓN DE LOS VICIOS DE LA COSA EN EL CÓDIGO CIVIL.....	3
2.2.RÉGIMEN DEL SANEAMIENTO POR DEFECTOS OCULTOS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.....	5
2.2.1. Vicios aparentes o manifiestos.....	5
2.2.2. Vicios ocultos o internos.....	7
2.3.LA CONVENCIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS HECHA EN VIENA EL 11 DE ABRIL DE 1980.....	7
2.3.1. Consideración general.....	7
2.3.2. Ámbito de aplicación.....	9
2.3.3. Objeto del contrato.....	9
2.3.4. Obligación del vendedor.....	10
2.4.LA DIRECTIVA 1999/44/CE, DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 25 DE MAYO DE 1999 SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS DE LA VENTA Y GARANTÍAS DE LOS BIENES DE CONSUMO.....	11
2.4.1. Consideración inicial.....	11
2.4.2. Un nuevo concepto: la conformidad del bien con el contrato.....	14
2.5.LA LEY 23/2003, DE 10 DE JULIO, DE GARANTÍAS EN LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO.....	15
3. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DE LA GARANTÍA EN LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO.....	17
A. ÁMBITO DE APLICACIÓN EN LA COMPRAVENTA DE BIENES DE CONSUMO.....	17
1. Ámbito subjetivo de aplicación.....	17
1.1.El concepto de consumidor en el TRLGDCU.....	18
1.1.1. <i>El problema de los actos mixtos</i>	19
1.1.2. <i>El consumidor persona jurídica</i>	20
1.1.3. <i>Las entidades sin personalidad jurídica como consumidoras</i>	21
1.1.4. <i>La protección de los ulteriores adquirentes del bien</i>	21
1.2. El concepto de empresario en el TRLGDCU.....	22
2. Ámbito objetivo de aplicación.....	23
3. Ámbito negocial de aplicación.....	24
B. EL CONCEPTO DE FALTA DE CONFORMIDAD	24
1. Determinación de la conformidad.....	26
2. La instalación del bien y la falta de conformidad.....	28
3. La conducta del comprador.....	29
C. DERECHOS DEL CONSUMIDOR ANTE LA EXISTENCIA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD.....	29

1. Remedios jurídicos primarios: Derecho a la reparación y sustitución del producto.....	31
1.1. <i>La elección del consumidor</i>	31
1.2. <i>Reglas para la reparación y sustitución</i>	32
1.2.1. <i>Gratuidad</i>	32
1.2.2. <i>Plazo</i>	32
1.2.3. <i>Efecto suspensivo</i>	33
2. Remedios jurídicos secundarios: La rebaja del precio y la resolución del contrato.....	34
2.1. <i>La elección del consumidor</i>	34
2.2. <i>El régimen jurídico de la rebaja</i>	35
3. La indemnización por daños y perjuicios.....	35
D. SISTEMA DE PLAZOS EN EL TRLGDCU.....	35
1. Plazo de manifestación de la falta de conformidad.....	36
2. Plazo para la comunicación al vendedor de la falta de conformidad del producto.....	36
3. Plazo para el ejercicio de las acciones de saneamiento de la falta de conformidad.....	37
E. LA ACCIÓN CONTRA EL PRODUCTOR.....	27
4.1 Condiciones de ejercicio de la acción.....	38
4.2 La acción de regreso.....	39
F. LA GARANTÍA COMERCIAL ADICIONAL.....	39
1. Delimitación.....	39
2. Régimen jurídico.....	40
G. PRODUCTOS DE NATURALEZA DURADERA.....	41
4. LÍNEAS DE FUTURO	42
4.1 BREVE REFERENCIA A LA PROPUESTA MODIFICADA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE BIENES, POR LA QUE SE MODIFICAN EL REGLAMENTO (CE) n.º 2006/2004 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO Y LA DIRECTIVA 2009/22/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO Y SE DEROGA LA DIRECTIVA 1999/44/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO.....	42
5. CONCLUSIONES	46
6. BIBLIOGRAFÍA	48

1. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de consumo no hay una decisión voluntaria, el consumidor tiene una serie de necesidades que le resulta indispensable satisfacer (necesita comer, vestir...). El consumidor no es un experto, actúa intuitivamente, aplica su renta disponible con la finalidad de satisfacer sus necesidades sin un cálculo científico. Sin embargo, el empresario analiza el riesgo, no puede eliminarlo pero puede acotarlo, y para ello se vale de todos los conocimientos científicos y herramientas que la teoría de la empresa le proporciona ocasionando que el consumidor sea la parte débil en la contratación lo que convierte en determinante la intervención del legislador para evitar su desprotección.

Constantemente millones de consumidores adquieren productos pero desafortunadamente es frecuente que el producto adquirido no sea conforme con el contrato y, por tanto, no satisfaga las necesidades y expectativas que le llevaron a adquirirlo. Una de las principales fuentes de conflicto entre consumidores y vendedores se refiere a la falta de conformidad del bien con el contrato. Por tanto, es necesario garantizar un conjunto mínimo uniforme de normas que regulen la compra y venta de bienes de consumo y protejan al consumidor cuando el bien adquirido es disconforme con el contrato. Resulta indispensable garantizar que al consumidor se le entregue un bien que este en perfecto estado, carente de vicios y defectos ocultos, y que cumpla con la finalidad para la cual se fabricó. En caso contrario, surgirá la responsabilidad del vendedor.

En el presente trabajo analizaremos los diferentes derechos que el TRLGDCU otorga al consumidor cuando el bien sea disconforme con el contrato de compraventa (reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato).

Con la instauración del nuevo concepto de la falta de conformidad proveniente del derecho anglosajón se unifica bajo un mismo régimen el tratamiento muy diferente que los códigos daban a cada una de las patologías que podía presentar el bien adquirido. Con ello se gana en claridad, en sencillez y, por ende, en protección al consumidor. Asimismo, frente a los únicos remedios que existían hasta la fecha, que eran los remedios de carácter extintivo del código (rebaja del precio y resolución del contrato) que no satisfacían los intereses del consumidor que seguía teniendo una necesidad de consumo insatisfecha y no podía optar por “corregir” la prestación ya realizada, se amplía el conjunto de remedios jurídicos a disposición del consumidor afectado por la falta de conformidad como son la

reparación y sustitución resultando más sencillo e igualmente satisfactorio para ambas partes que la resolución o la rebaja del precio.

2. ANTECEDENTES DE LA ACTUAL REGULACIÓN LEGAL

2.1 LA REGULACIÓN DE LOS VICIOS DE LA COSA EN EL CÓDIGO CIVIL.

No podemos comenzar el estudio de esta materia sin hacer una referencia a la regulación establecida en el código civil en relación con el saneamiento por defectos ocultos de la cosa vendida.

El código civil en su libro IV “ De las obligaciones y contratos” contiene una serie de preceptos (artículos 1484 a 1499 CC) que se dedican a la regulación del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida.

Los artículos 1484 a 1490 se dedican a establecer el régimen jurídico aplicable a cualquier compraventa mientras que los artículos 1490 a 1499 se dedican a regular el régimen jurídico especial aplicable a la venta de ganado que tenía una gran trascendencia en la época en la que se redactó el código civil pero que no responde a las necesidades de nuestra economía actual al tratarse la ganadería de una actividad puramente testimonial, claramente residual. Tenemos que tener en cuenta que desde la aprobación del código civil en el año 1889 la economía y la sociedad han experimentado cambios muy considerables.¹

Según establece el artículo 1484 del código civil *“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 disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero 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.”*

El vendedor responde frente al comprador del saneamiento aunque ignorase la existencia de estos vicios. En cambio, el vendedor está exento de responsabilidad cuando así se hubiera estipulado e ignorara los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida.

¹ Numerosos autores como ORTI VALLEJO, A. *La protección del comprador por el defecto de la cosa vendida* Ediciones Tat 1987 Granada, Pág 19 y ss ponen de manifiesto *“ lo inadecuada que resulta esta reglamentación para dar respuestas a las exigencias económicas y sociales del tráfico de bienes moderno, y sobre todo, por la insuficiente protección que dispensa al comprador adquirente.”*

De darse los presupuestos que originan la responsabilidad del vendedor, al comprador se le conceden una serie de mecanismos recogidos en el artículo 1486 CC ya que puede optar entre:

- 1- Desistir del contrato abonándosele los gastos que pagó
- 2- Rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos.

Nos encontramos con un supuesto de responsabilidad agravada en el caso de que el vendedor sea conocedor de los vicios de la cosa vendida ya que en este caso el comprador tendrá además derecho a una indemnización por los daños y perjuicios si optare por la rescisión.

El código civil contempla en el artículo 1487 CC el supuesto en el cual la cosa vendida se perdiere por efecto de los vicios ocultos y establece una regulación distinta en función del conocimiento o no del vicio por parte del vendedor:

- 1- Si lo conocía: el vendedor sufrirá la pérdida y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato con los daños y perjuicios.
- 2- Si lo desconocía: debe restituir el precio y abonar los gastos del contrato que hubiese pagado al comprador.

El artículo 1488 CC se encarga de regular el supuesto en el que la cosa vendida tenía algún vicio oculto al tiempo de la venta y se pierde después por caso fortuito o por culpa del comprador y en dicho caso podrá este:

- 1- Reclamar del vendedor el precio que pagó con la rebaja del valor que la cosa tenía al tiempo de perderse.
- 2- Si además el vendedor obró de mala fe deberá abonar al comprador los daños e intereses.

El código establece en el artículo 1489 CC “ *en las ventas judiciales nunca habrá lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios; pero sí a todo lo demás dispuesto en los artículos anteriores*”

Las acciones de que dispone el comprador se extinguirán a los seis meses contados desde la entrega de la cosa vendida de conformidad con el artículo 1490 CC.

Por tanto, los principales problemas de la regulación del código civil en esta materia son los siguientes:

- 1- Los artículos 1484 y 1490 del Código civil, como reguladores de las acciones *redhibitoria* y *quantum minoris*, integradas en el artículo 1486, resultan inaplicables en aquellos supuestos en los que la demanda no se dirige a obtener las reparaciones provenientes de los vicios ocultos sino las derivadas por defectuoso cumplimiento al haber sido hecha la entrega de cosa distinta o con vicios que hagan impropio el objeto de la compraventa para el fin a que se destina.²
- 2- El plazo de ejercicio de las acciones de que dispone el comprador es muy breve, seis meses, y además se computa desde la entrega y no desde la aparición del vicio contraviniéndose el criterio general de que el plazo para la prescripción comienza a computarse desde el momento en que la acción puede ejercerse lo que, a su vez, requiere de la aparición del vicio.

2.2 RÉGIMEN DEL SANEAMIENTO POR DEFECTOS OCULTOS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO.

El código de comercio se ocupa únicamente de señalar las especialidades derivadas de la mercantilidad del contrato de compraventa.

La obligación de saneamiento por parte del vendedor se regula de forma dispersa en los artículos 336, 342 y 345 del Código de Comercio.

- Los artículos 336 y 342 regulan los vicios manifiestos y ocultos.
- El artículo 345 regula la obligación genérica de saneamiento.

2.2.1 Vicios aparentes o manifiestos:

- 1- Se establece un concepto de vicio aparente: en el artículo 336.2 CCom “*El comprador tendrá el derecho de repetir contra el vendedor, por defecto en la cantidad o calidad de las mercaderías recibidas enfardadas o embaladas, siempre que ejercite su acción dentro de los cuatro días siguientes al de su recibo y no proceda la avería de caso fortuito, vicio propio de la cosa o fraude.*” Se

² STS 1 de marzo de 1991 FJº 5 (RJ/1991/1708)

establece por tanto, un tratamiento unificado tanto a los vicios *strictu sensu* como a los defectos de cantidad y calidad de modo que las acciones pueden ejercitarse ante las dos posibilidades.

2- Régimen de comprobación y denuncia (artículo 336.1 CCom) *“El comprador que al tiempo de recibir las mercaderías las examinare a su contento, no tendrá acción para repetir contra el vendedor alegando vicio o defecto de cantidad o calidad en las mercaderías.”* El examen de la cosa por el comprador tiene efectos liberatorios para el vendedor ya que si examina la mercancía cuando la recibe ya no puede accionar contra el vendedor. Por tanto, el examen se configura como una medida de protección al comprador. La comprobación requiere la posesión del bien y se realizará en el momento de la aprehensión material. El artículo 336.2 CCom contempla la posibilidad de que ese examen se realice en un momento ulterior a la entrega: *“El comprador tendrá el derecho de repetir contra el vendedor, por defecto en la cantidad o calidad de las mercaderías recibidas enfundadas o embaladas, siempre que ejercite su acción dentro de los cuatro días siguientes al de su recibo y no proceda la avería de caso fortuito, vicio propio de la cosa o fraude.”* Realizado el examen por parte del comprador el código de comercio establece unos plazos bastante breves para accionar contra el vendedor:

- a. Denuncia inmediata en caso de examen de las mercancías en el momento de su recepción.
- b. 4 días para los casos en los que el examen sea posterior.

Si el comprador no ejercita la pretensión correspondiente en ese plazo perderá toda acción contra el vendedor responsable del vicio.

3- Acciones ante vicios aparentes o manifiestos: el comprador podrá optar entre la rescisión del contrato o su cumplimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 336.3 CCom *“En estos casos podrá el comprador optar por la rescisión del contrato o por su cumplimiento con arreglo a lo convenido, pero siempre con la indemnización de los perjuicios que se le hubieren causado por los defectos o faltas.”* Nada se dice sobre el plazo, por lo que cabe acudir supletoriamente al artículo 1490 CCivil (6 meses desde la entrega.)

2.2.2 Vicios ocultos o internos

El artículo 342 CComercio establece que “*El comprador que no haya hecho reclamación alguna fundada en los vicios internos de la cosa vendida, dentro de los treinta días siguientes a su entrega, perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa contra el vendedor.*”

Características de los vicios ocultos:

- 1- Han de tener entidad mínima como para hacer la cosa impropia para el uso que el comprador tenía intención de satisfacer con la adquisición.
- 2- O al menos tiene que disminuir de forma notable su uso.
- 3- El vicio ha de tener carácter oculto:
 - a. No debe ser aparente o susceptible de ser percibido a simple vista.
 - b. Ni ser reconocible fácilmente por aquellos compradores con especiales conocimientos en la materia.
- 4- Preexistentes a la venta.

En lo que respecta al plazo tenemos que destacar el brevísimo plazo de que dispone el comprador para la interposición de las acciones. En el caso de vicios ocultos es de 30 días desde la entrega de la cosa.

Aquí nos encontramos con otro problema debido a la falta de referencia acerca de cuáles son las acciones que proceden cuando la cosa adquirida presenta vicios ocultos y tendríamos que acudir a la regulación supletoria establecida en el artículo 1486 CC (*Acción redhibitoria y quanti minoris*).

2.3 LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA INTERNACIONAL DE MERCADERIAS HECHA EN VIENA EL 11 DE ABRIL DE 1980.

2.3.1 Consideración general

La convención de Viena, de 11 de abril de 1980 sobre la venta internacional de mercaderías, en adelante CVCIM, entró en vigor el 1 de enero de 1988³ y ha sido adoptada por países de diferentes tradiciones jurídicas.

Tenemos que hacer varias observaciones generales en relación a la CVCIM:

1- Alcance incompleto de su texto ya que no contempla el tratamiento a cuantas vicisitudes pueden producirse en relación al contrato de compraventa internacional de mercaderías. Según establece el artículo 4 de la CVCIM *“La presente Convención regula exclusivamente la formación del contrato de compraventa y los derechos y obligaciones del vendedor y del comprador dimanantes de ese contrato. Salvo disposición expresa en contrario de la presente Convención, ésta no concierne, en particular:*

a) A la validez del contrato ni a la de ninguna de sus estipulaciones, ni tampoco a la de cualquier uso.

b) A los efectos que el contrato pueda producir sobre la propiedad de las mercaderías vendidas.”

2- Carácter dispositivo: su aplicación depende en última instancia de la voluntad de las partes que pueden llegar a excluir su aplicación.⁴

En cuanto a su contenido, la convención regula en su artículo 4.1 lo relativo a la formación del contrato de compraventa internacional de mercaderías y a las relaciones entre comprador y vendedor reconociéndoles sus respectivos derechos y obligaciones, si bien no contempla ningún efecto frente a terceros.

Es necesario destacar que la convención está inspirada en el derecho anglosajón y, de forma más concreta, en el derecho norteamericano resultando de difícil entendimiento para las partes que no pertenecen al *Common Law*. La CVCIM adopta en su articulado en repetidas ocasiones el estilo contractual americano en su redacción y *“además está*

³ Por lo que a España se refiere, el 30 de enero de 1990 fue publicado en el BOE el instrumento de adhesión de España a dicha convención.

⁴ En este sentido se manifiesta SAN JUAN CRUCELAEGUI, J. *La aplicación e interpretación de la Convención de Viena de las naciones unidas sobre compraventa internacional de mercaderías* pág. 6-8, poniendo de manifiesto *“ el carácter parcial e incompleto de la Convención, su carácter sustancialmente interpretativo y la necesidad del consiguiente recurso a los sistemas jurídicos internos, mediante la utilización del sistema conflictual, para la regulación de aspectos que la Convención no abarca”*. Estudios de Deusto Vol. 51/2 Julio-Diciembre 2003 <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/534/696> (Consultado en Octubre de 2018).

inspirada en el principio de libertad contractual a semejanza del Uniform Commercial code de los EEUU y en ella adopta mayoritariamente conceptos del Common Law⁵.”

2.3.2 Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la CVCIM se establece en su artículo 1.1 *“La presente Convención se aplicará a los contratos de compra-venta de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes:*

a) Cuando esos Estados sean Estados contratantes; o

b) Cuando las normas de derecho internacional privado prevean la aplicación de la Ley de un Estado contratante.”

Sin embargo, la CVCIM no define el concepto de contrato de compraventa ni contiene precisión jurídica para la delimitación del objeto del contrato de compraventa. Pese a ello, la CVCIM en sus artículos 30 y 53 implícitamente proporciona elementos para su configuración:

- El vendedor deberá entregar las mercancías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas.
- El comprador tendrá el deber del pago del precio de las mercaderías y de recepción en las condiciones estipuladas en el contrato.

2.3.3 Objeto del contrato

En relación con el objeto del contrato de compraventa regulado en la Convención es de destacar el término “mercadería”. La Convención ha optado por la elección de un término fundamentalmente profesional de lo que se deriva una conclusión importante y es la irrelevancia del carácter mercantil o civil de la compraventa.

Por lo demás, el artículo 2 de la Convención recoge varios bienes que no entran dentro del concepto de mercadería (los valores mobiliarios, los barcos y aeronaves, la

⁵ Así lo afirma SAN JUAN CRUCELAEGUI, JAVIER en la citada obra ejemplifica algunos de los conceptos del *common law* utilizados como por ejemplo el de persona razonable (artículo 8), confianza defraudada (*detrimental reliance*) artículo 16.2 b, principio de contraoferta (artículo 19) incumplimiento esencial o *fundamental breach* (artículo 25) o el importante concepto de *merchantability* (artículo 35 de la convención es utilizada por el artículo 2-314 del *uniform commercial code* de los EEUU. Según dicho autor todo ello lleva a la conclusión de que *“para evitar distorsiones en la interpretación de la convención habrá que indagar en el sistema jurídico del que ha sido sacado el concepto de que se tratara para encontrar la manera de aplicar la regla contenida en la convención.”*

electricidad, los contratos de compraventa que son otorgados por la autoridad judicial y la ventas para uso personal, familiar o doméstico.)

2.3.4 Obligaciones del vendedor

La CVCIM regula en su parte III “ Compraventa de mercaderías” en el capítulo II “Obligaciones del vendedor” en la sección II “Conformidad de las mercaderías y pretensiones de terceros” (Artículos 35 a 44) y en la III “ Derechos y acciones en caso de incumplimiento del vendedor”

Las principales novedades que introduce la CVCIM en materia de garantías ⁶ son las siguientes:

- 1- La CVCIM introduce una obligación de conformidad jurídica y material⁷, estableciéndose que *“que el vendedor está obligado a entregar al comprador mercaderías libres de pretensiones de terceros y que cumplan con las condiciones de cantidad, calidad y tipo pactadas en el contrato y que además resulten idóneas para los usos normales o contractuales”*⁸
- 2- Además se establece que no siempre que exista una falta de conformidad se va a derivar la responsabilidad del vendedor ya que éste está exento de responsabilidad si, según las circunstancias, el comprador la conocía o no hubiera podido ignorarla

⁶ Así las recoge OVIEDO ALBAN, J. “La protección del comprador por falta de conformidad material en la compraventa internacional de mercaderías” en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, enero-junio de 2014, pp. 219-253. En concreto página 246 <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3800/3993> (Consultado en Octubre de 2018.)

⁷ Así se deduce de los artículos 35 de la Convención: “1. *El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato.*

2. *Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:*

a) *Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo.*

b) *Que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no sea razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor.*

c) *Que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador.*

d) *Que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.*

3. *El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato. Y 41 de la Convención “ El vendedor deberá entregar las mercaderías libres de cualesquiera derechos o pretensiones de un tercero, a menos que el comprador convenga en aceptarlas sujetas a tales derechos o pretensiones. No obstante, si tales derechos o pretensiones se basan en la propiedad industrial u otros tipos de propiedad intelectual, la obligación del vendedor se regirá por el artículo 42.”*

⁸ OVIEDO ALBÁN, J. ob. cit. pág 246.

en el momento de la celebración del contrato⁹. Asimismo, es necesario que la falta de conformidad sea anterior al momento de transmisión de riesgos, que, en general, coincide con el de la entrega de las mercaderías.

- 3- La CVCIM proporciona un sistema de remedios jurídicos cuando se produce el presupuesto de hecho que origina la falta de conformidad como la rebaja de precio, la reparación, la sustitución o la resolución, procediendo los dos últimos únicamente cuando tal incumplimiento sea esencial y también una indemnización de perjuicios que se puede interponer de forma independiente a los otros remedios (artículos 48 a 50 de la Convención.)
- 4- Se establecen unas cargas para el comprador que consisten en examinar las mercancías en un plazo breve y comunicar la falta de conformidad en un plazo razonable desde que haya o debiera haberla descubierto. En todo caso, el tiempo máximo¹⁰ para invocar la falta de conformidad es de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador

2.4 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.

2.4.1 Consideración inicial

La Constitución Española de 1978, en adelante CE, establece en su artículo 51 el principio de protección de la protección de los consumidores y usuarios que dispone lo siguiente¹¹:

⁹ Artículo 35.3 de la Convención: “El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato.”

¹⁰ Así nos lo indica el artículo 39 de la convención “1. El comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor, especificando su naturaleza, dentro de un plazo razonable a partir del momento en que la haya o debiera haberla descubierto.
2. En todo caso, el comprador perderá el derecho a invocar la falta de conformidad de las mercaderías si no lo comunica al vendedor en un plazo máximo de dos años contados desde la fecha en que las mercaderías se pusieron efectivamente en poder del comprador, a menos que ese plazo sea incompatible con un periodo de garantía contractual.”

¹¹ Constitución Española de 1978 artículo 51.

1. *“Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.*
2. *Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.*
3. *En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales.”*

Este precepto se encuadra en el marco del concepto de Estado social de Derecho (art. 1.1 CE) y en el de economía de mercado (art. 38) y afronta el fundamento actual del mercado de tal forma que la protección específica a los consumidores constituye pilar capital de nuestro modelo económico

Debido a la consagración constitucional de dicho principio de protección de los consumidores y usuarios se producen una serie de consecuencias establecidas en el artículo 53 de nuestro texto constitucional que pueden resumirse en la idea de que *“ el principio de protección de los consumidores habrá de ser desarrollado por la legislación ordinaria, pero también habrá de ser tenido en cuenta en su actuación tanto por los tribunales como por los poderes públicos ”*¹²

Como ha señalado la jurisprudencia en numerosas ocasiones *“el art. 51 de la CE obliga a los poderes públicos a garantizar la defensa de los consumidores y usuarios, y dentro de este marco tuitivo se posibilita el ejercicio de acciones en defensa de sus intereses generales, ya sean colectivos o difusos, por las asociaciones que representan y defienden sus intereses”*¹³

Tenemos que destacar que *“desde la integración de España en la Unión Europea ha sido el derecho comunitario el principal impulsor del movimiento que desarrolla la protección*

¹² BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO A. “La protección de los consumidores, la Constitución española y Derecho Mercantil” en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO A. Y BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R. (dirs.) *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, pág 22 y ss (concretamente página 29).

¹³ Audiencia Provincial de A Coruña(Sección4ª)Sentencia num.435/2016 de26 diciembre

efectiva de los consumidores y usuarios a través de una legislación que cada vez con más empeño intenta armonizarse para todos los países miembros de la Unión Europea”¹⁴.

En el ámbito de los bienes de consumo nos encontramos con la Directiva 1999/44/CE que tiene por objeto aproximar las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los estados miembros sobre determinados aspectos de la venta y de las garantías de los bienes de consumo con el fin de garantizar un nivel mínimo uniforme de protección de los consumidores en el marco del mercado interior.¹⁵

Tenemos que resaltar el carácter de *mínimis* y de *ius cogens* de la directiva, estableciendo que los estados miembros han de tener la facultad de adoptar o mantener disposiciones más exigentes con la finalidad de garantizar un mayor nivel de protección de los consumidores (considerando 24 y art. 8.2).

La interpretación de la Directiva 1999/44/CE

La interpretación de la directiva no ha sido especialmente conflictiva. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en adelante TJUE, ha tenido que pronunciarse en contadas ocasiones, podemos citar a título de ejemplo:

- Asunto C-404/06 “Quelle”¹⁶: en el que el TJUE sostuvo que: “ *el artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al vendedor, en caso de haber vendido un bien de consumo que no es conforme con el contrato , exigir al consumidor una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien*”
- Asuntos C-65/09 y C-87/09 “Gebr. Weber” en los que el TJUE afirmó lo siguiente: “ *el artículo 3, apartados 2 y 3, de la directiva 1999/44/CE debe*

¹⁴ Así lo afirma CASTILLA BAREA, M. “La determinación de la falta de conformidad del bien con el contrato a tenor del art. 2 de la directiva 1999/44/CE, del parlamento europeo y del consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo” *Anuario de la facultad de derecho*, vol. XXI, 2003. Pág 277. <https://dialnet.unirioja.es/> (Consultado en Octubre 2018)

¹⁵ En opinión de SAGASTI AURREKOETXEA, J. “El régimen de garantías en la venta de bienes de consumo”, en *Revista crítica de derecho inmobiliario* nº 695 pág 994 critica el hecho de que “*si la voluntad del legislador comunitario era la uniformidad de un régimen de tutela de los consumidores , la misma se hubiera alcanzado de un modo más pleno y efectivo y, en técnica jurídica, más preciso, mediante el instrumento jurídico del reglamento, por cuanto que goza de alcance general, resulta obligatorio en todos sus elementos y es directamente aplicable en cada estado miembro.*” <http://www.forulege.com/dokumentuak/EI%20regimen%20de%20garantias%20en%20la%20venta%20de%20bienes%20de%20consumo.pdf> (Consultado en Octubre de 2018)

¹⁶ Sentencia TJUE “Quelle AG” de 17 de abril de 2008, asunto C-404/06

interpretarse en el sentido de que cuando un bien de consumo no conforme que, antes de que se manifestara el defecto, hubiera instalado, de buena fe, el consumidor conforme a su naturaleza y finalidad , es puesto en conformidad mediante su sustitución, el vendedor está obligado a retirar por sí mismo dicho bien del lugar en el que hubiese sido instalado y a instalar en ese lugar el bien de sustitución , o bien cargar con los gastos necesarios para dicha retirada y para la instalación del bien de sustitución. Dicha obligación del vendedor existe independientemente de si en virtud del contrato de compraventa, éste se hubiera comprometido a instalar el bien de consumo comprado inicialmente.”¹⁷

2.4.2 Un nuevo concepto: la conformidad del bien con el contrato.

La directiva, con un nivel de concreción bastante alto, establece un nuevo régimen jurídico en torno a la responsabilidad del vendedor por la insatisfacción del consumidor con el bien de consumo.

Esta nueva regulación abandona las referencias al “saneamiento por vicios o defectos ocultos” (expresión utilizada por el Código civil) para pasar a determinar el supuesto de hecho de la responsabilidad del vendedor mediante una nueva expresión “la conformidad con el contrato”. En este punto juega un papel determinante el artículo 2 de la directiva que establece lo siguiente: “ *el vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa.*” Asimismo, con el fin de facilitar la aplicación del principio de conformidad, se introduce una presunción impugnabile de conformidad con el contrato recogida en el artículo 2.2. El legislador establece una presunción de conformidad del bien de modo que la determinación de la disconformidad habrá de hacerse interpretando el precepto *contrario sensu*.

Es necesario que la falta de conformidad:¹⁸

¹⁷ Según expone GONZÁLEZ VAQUÉ L. “ La Directiva 1999/44/CE sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo y la polémica aplicación de la armonización mínima en el ámbito del derecho del consumo” *Revista CESCO de Derecho de Consumo* nº 7/2013 “ *entendemos que las dudas que introdujeron a los correspondientes órganos jurisdiccionales nacionales a plantear las cuestiones prejudiciales a las que el TJ le dio cumplida respuesta no fueron el resultado de la armonización mínima en el ámbito de la regulación de las ventas y las garantías de los bienes de consumo a nivel comunitario. En nuestra opinión, paradójicamente, tuvieron su origen en lo sucinto y concreto de su dispositivo que es, también a nuestro parecer, una de las mayores virtudes de la directiva 1999/44/CE*”. www.revista.uclm.es/index.php/cesco (Consultado en Noviembre de 2018)

¹⁸ Así lo indica CASTILLA BAREA M.: ob. Cit. pág 280-281.

- 1- Sea desconocida e incognoscible para el consumidor en el momento de la entrega del bien.
- 2- Ya concurra en ese instante.
- 3- El vendedor no pudiera alegar en su beneficio ninguna causa de exoneración de su responsabilidad.

Pero eso no significa que siempre haya que acudir al artículo 2.2 de la directiva para determinar la existencia de una falta de conformidad ya que resulta innecesario en el caso de que el contenido contractual este suficientemente detallado y sea susceptible de probarse.

La directiva introduce otra novedad importante ya que establece expresamente que la falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del bien de consumo se presumirá equiparable a la falta de conformidad en determinados casos.

El nuevo régimen jurídico introduce novedosos mecanismos de saneamiento como la reparación y la sustitución (artículo 3 de la directiva) y un sistema de plazos (artículo 5) más amplio a disposición del comprador afectado lo que supone un importante avance respecto de la regulación conferida por los códigos superando varios de sus inconvenientes.

Además la Directiva hace expresa mención a la garantía comercial

2.5 LA LEY 23/2003, DE 10 DE JULIO, DE GARANTÍAS EN LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO.

La ley 23/2003¹⁹ tiene por objeto la incorporación al derecho español de la directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de Mayo, sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo.

La ley otorga carácter imperativo a todos los derechos reconocidos en la citada directiva. Se establece el carácter exclusivo y excluyente de la nueva normativa toda vez que el ejercicio de las acciones contempladas en la misma derivadas de la falta de conformidad resultará incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos en la compraventa regulado en los códigos.

¹⁹ BOE núm. 165, de 11 de julio de 2003, páginas 27160 a 27164

Según el art. 1, párrafo 2º de la ya derogada Ley 23/2003, el objeto de la norma son los *“bienes muebles corporales destinados al consumo privado”*.

La ley 23/2003 ha sido formalmente derogada por el Real decreto legislativo 1/2007 pero sustancialmente vigente porque es este un texto refundido.

En cuanto a las principales novedades introducidas por la ley 23/2003 podemos destacar las siguientes:

- 1- A los efectos de esta ley se consideran consumidores no sólo a las personas físicas sino también a las personas jurídicas (aspecto que por otra parte es tradicional en nuestro ordenamiento jurídico). En el artículo 1 de la ley nos encontramos con una remisión a la derogada Ley 26/1984 de 19 de Julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios²⁰ que se encuentra refundida en el Real decreto legislativo 1/2007.
- 2- Se opta por la exclusión de la aplicación de la ley a los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores puedan asistir personalmente.
- 3- Por lo que respecta a la reparación y sustitución del bien se establece lo siguiente:
 - a. Desde el momento en el que el consumidor comunique al vendedor la opción elegida ambas partes habrán de atenerse a ella.
 - b. La reparación y sustitución suspenden el computo de los plazos.
 - c. El consumidor no podrá exigir la sustitución en el caso de bienes no fungibles, ni tampoco cuando se trate de bienes de segunda mano.
 - d. La ley proporciona una serie de criterios cuando la forma de saneamiento sea la rebaja del precio estableciendo que deberá ser proporcional a la diferencia existente entre el valor que el bien hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el bien efectivamente entregado tenía en dicho momento.
- 4- En cuanto a los plazos:

²⁰ Así pues, la cobertura de tutela que otorga el derecho nacional supera a la derivada de la regulación comunitaria, así lo afirma SAGASTI AURREKOETXEA, J. ob. cit. Pág 1008

- a. La entrega se entiende hecha en el día en que figure en la factura o tique de compra o en el albarán de entrega correspondiente si éste fuera posterior.
- 5- El consumidor en determinados casos y cumpliendo determinados requisitos va a poder dirigirse no solo contra el vendedor sino también contra el productor.

3. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL DE LA GARANTÍA EN LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO.

El 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 adelante TRLGDCU, de acuerdo con los artículos 51.1 y 2 y 53.3 CE tiene por objeto establecer el régimen jurídico de protección de los consumidores y usuarios en el ámbito de las competencias del Estado. El TRLGDCU regula en su libro II Título IV “Las garantías y servicios posventa” el régimen de protección del consumidor en las adquisiciones de bienes de consumo.

A) ÁMBITO DE APLICACIÓN EN LA COMPRAVENTA DE BIENES DE CONSUMO.

El TRLGDCU se aplica a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios.²¹ Por ello, quedan fuera del ámbito de aplicación de dicho régimen tanto los contratos celebrados entre particulares, como los celebrados entre empresarios, así como las ventas realizadas por parte de un consumidor a un empresario.

Este régimen se aplica independientemente de la técnica de contratación empleada ya sea compra presencial, a distancia, o fuera de establecimiento mercantil.

1. Ámbito subjetivo de aplicación

1.1. Concepto de consumidor en el TRLGDCU

²¹ Artículo 2 del TRLGDCU “*Esta norma será de aplicación a las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios.*”

La aplicación del régimen previsto en el TRLGDCU a la compraventa realizada dependerá de la existencia de un consumidor, que actúe como comprador, en el negocio realizado.

La interpretación del concepto de consumidor no está exenta de dificultades y de incertidumbres, como refleja el estudio de la jurisprudencia, nacional y comunitaria, y las aportaciones doctrinales que se han ocupado del tema.²²

El TRLGDCU nos proporciona en su artículo 3 una definición del concepto general de consumidor y usuario:

“A efectos de esta norma y sin perjuicio de lo dispuesto expresamente en sus libros tercero y cuarto, son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.”

El precepto distingue entre consumidor persona física y consumidor que sea una persona jurídica o una entidad sin personalidad jurídica.

En concordancia con la definición que proporciona la ley, lo determinante para que un sujeto merezca la condición de consumidor es que realice el acto de consumo con un propósito o fin ajeno a su actividad empresarial.²³ Es determinante el destino que se dé al bien o servicio recibido: debe ser un destino privado, no empresarial o profesional.²⁴

²² SAP de Pontevedra (Sección 1ª) Sentencia num.246/2015 de 9 de Julio FJ 1º “ *El precepto supuso una modificación de la definición tradicional contenida en la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio (RCL 1984, 1906), General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuyo art. 1.2 hacía descansar la noción en el elemento positivo de que el consumidor había de ser el destinatario final del producto o servicio adquirido. De esta manera se adaptaba la legislación española al concepto utilizado en las normas comunitarias, principalmente la Directiva 93/13 (también en otras, como las Directivas 85/577 sobre ventas fuera de establecimientos mercantiles, la 97/7 sobre contratos a distancia, o la 99/44 sobre ventas de consumo), que consideraban como consumidor a las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad empresarial. La diferencia entre el concepto comunitario y el asumido por el vigente Texto Refundido, de un lado, y el empleado por la legislación previgente, (...) resulta evidente, al despojarse la definición del elemento finalista referido a la consideración del consumidor como destinatario final del producto o servicio objeto del contrato”*

²³ “ *La redacción del artículo 3 TRLGDCU se refiere a la actuación en un ámbito ajeno a una actividad empresarial en la que se enmarque la operación, no a la actividad empresarial específica del cliente o adquirente* “ STS (Sala de lo Civil, Sección 1ª) Sentencia num. 449/2018 de 13 de Julio (RJ/2018/2806) FJº 3.

²⁴ BERMUDEZ BALLESTEROS, S. “Compraventa de un bien de consumo celebrada entre empresarios ¿ se le aplica el régimen de garantías del TRLGDCU?” en la *Revista CESCO (17/11/2014)* Al Centro de Estudios de consumo se le formula una consulta relativa a normativa aplicable en materia de garantías en

La importancia de determinar si quien compra es o no un consumidor radica en que de ello va a depender la aplicación o no de la normativa de protección a los consumidores:

- Si el que adquiere el bien lo hace para destinarlo al consumo privado tendrá la consideración de consumidor y se le aplicará el régimen de garantías previsto en el TRLGDCU.
- Si el que adquiere el bien es un empresario para utilizarlo en su empresa como herramienta de trabajo no nos encontraríamos ante un consumidor y la responsabilidad del vendedor en caso de vicios o defectos ocultos de la cosa adquirida se rige por las reglas del Código civil sobre saneamiento en la compraventa.

1.1.1. *El problema de los actos mixtos.*

Un tradicional problema al que se enfrenta en concepto de consumidor es el de si cabe considerar como tal a quien destina el bien o servicio a fines mixtos, es decir, a satisfacer necesidades personales y también a actividades comerciales o profesionales. Por ejemplo, aquel que adquiere un ordenador portátil para usarlo durante los días laborales en su empresa y los fines de semana a su uso personal.

El artículo 3 TRLGDCU, antes de la reforma de 2014, no ofrecía una respuesta a este problema ante lo cual se planteaban varias soluciones:

- 1- Considerar que el comprador siempre es consumidor
- 2- Considerar que el comprador nunca es consumidor.

la compra de productos de consumo- en este caso un ordenador- cuando quien adquiere es una empresa y lo hace para destinarlo al uso empresarial. La cuestión que se analiza es la siguiente: cuando el producto lo compra una empresa para su uso ¿Qué normativa se aplica: el TRLGDCU o el Código Civil? La respuesta del CESCO es la siguiente: *“ Así, la compra del ordenador se entendería hecha por un “consumidor” cuando, aun adquirido por un empresario, el producto se destina a un uso particular y no se incorpora a una actividad empresarial, profesional o comercial. Por el contrario, el empresario que, con tal condición, adquiere un bien de consumo para destinarlo a su actividad comercial o empresarial -aunque fuera del ámbito de su objeto o su especialidad-, no entraría en el concepto de “consumidor”. ...debemos concluir que al instaurarse la relación (compra de un ordenador) entre dos empresarios o profesionales, sin que el adquirente merezca la condición de “consumidor” (por destinar el bien adquirido al uso empresarial, y no al uso privado), no se aplicará el régimen de garantías previsto en el TRLGDCU (arts. 114 y ss.) sino las reglas generales del Código Civil, esto es: el régimen de saneamiento en caso de defectos o vicios en la compraventa, previsto en los arts. 1484 y ss. CC.* <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/11/Compraventa-de-un-bien-de-consumo-celebrada-entre-empresarios-se-aplica-el-r%C3%A9gimen-de-garant%C3%ADas-del-TRLGDCU.pdf> (Consultado en Noviembre 2018.)

- 3- Atender al uso preponderante o principal (así lo hacía la ley de consumidores de Cantabria si bien esa referencia al uso principal ha sido recientemente modificada).

Por otro lado, el derecho comunitario tampoco nos ofrece una solución al problema. La Directiva 2011/83/UE no trata este problema en su texto. Pero en el considerando nº 17 establece lo siguiente *“La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.”*

La Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre no aborda este asunto y por tanto esta cuestión no queda definitivamente resuelta.²⁵

1.1.2. *El consumidor persona jurídica*

El artículo 3 del TRLGDCU²⁶, como ya hemos expuesto, considera consumidores no solo a las personas físicas sino también a las jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica. La alusión a las personas jurídicas no es nueva y ya se preveía en la anterior redacción del artículo 3 TRLGDCU previa a la reforma de 2014. La novedad que introduce dicha reforma es que han de actuar *“ sin ánimo de lucro”*. La ausencia de ánimo de lucro es un requisito necesario para la consideración como consumidor de una persona jurídica o un ente sin personalidad pero no para una persona física.

²⁵ En opinión de MARÍN LÓPEZ, MJ. *“El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU” Pag 13. Es sensato adoptar el criterio establecido en el considerando 17 de la directiva 2011/83/UE “En cualquier caso, ante la ausencia de una regla concreta en el derecho español, parece sensato adoptar el criterio establecido en ese Considerando de la Directiva, que por otra parte ya ha sido asumido por la jurisprudencia comunitaria (STJCE 20.1.2005; asunto C-464/01).” En Revista CESCO <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/465/401> (Consultado en Noviembre de 2018.)*

²⁶ A juicio de MARÍN LÓPEZ, MJ. en ob. Cit. Pág 13 *“la finalidad del nuevo art. 3.II TRLGDCU es clara: incluir en el concepto de consumidor a algunos entes sin personalidad jurídica, como las comunidades de propietarios, y excluir a las personas jurídicas y entes sin personalidad que se constituyen ya con un claro ánimo de lucro, como las sociedades mercantiles (al margen del tipo que adopten) o las comunidades de bienes constituidas por varios sujetos para operar en el mercado.” En Revista CESCO <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/465/401> (Consultado en Noviembre de 2018.)*

Los presupuestos para otorgar a una persona jurídica la condición de consumidora son, por tanto, los siguientes:

- 1- Que actúen en un ámbito ajeno a una actividad comercial o profesional. No es fácil discernir que actos quedan dentro de ese ámbito empresarial o profesional y por tanto excluidos del TRLGDCU. Lo que supone la exclusión de las sociedades mercantiles y de aquellas sociedades civiles que tengan por objeto el desempeño de una actividad empresarial.
- 2- La persona jurídica debe actuar sin ánimo de lucro directa o indirectamente. En torno a este presupuesto se han generado algunas críticas sostenidas por el argumento puede ser una exigencia prescindible puesto que si no es un requisito necesario para considerar a un sujeto como empresario no tiene sentido que se haga esa calificación antípoda en el caso de una persona jurídica.

1.1.3. *Las entidades sin personalidad jurídica como consumidoras*

Considerar como consumidores a las entidades sin personalidad jurídica que actúen en un ámbito ajeno a su actividad comercial o empresarial constituye una de las principales novedades del nuevo artículo 3 TRLGDCU.²⁷

Por ejemplo, una comunidad de propietarios cuando adquiere por un ascensor, o cuando contrata los servicios de un fontanero para que arregle una bajante común. En estos casos, la comunidad de propietarios se la calificaría como consumidora y estaría sujeta a las disposiciones legales establecidas en el TRLGDCU.

1.1.4. *La protección de los ulteriores adquirentes del bien*

Se plantea el debate de si la protección en materia de garantías en la compraventa de bienes de consumo se aplica únicamente a quien fue el primer comprador o si también se extiende a ulteriores adquirentes del bien.²⁸

²⁷ MARÍN LÓPEZ, MJ. ob. cit. Pág 15 afirma que dicha modificación “constituye todo un acierto, y se adecúa a la jurisprudencia recaída en la materia, que desde hace años viene aplicando a las comunidades de propietarios la normativa protectora de los consumidores, especialmente en relación con las cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensores.” En *Revista CESCO* <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/465/401> (Consultado en Noviembre de 2018.)

²⁸ Dicha controversia se analiza por BERMÚDEZ BALLESTEROS, S. “Venta entre particulares de un bien de consumo con garantía en vigor:¿ Se sigue la garantía para el nuevo dueño?” en *Revista CESCO* se plantea el siguiente supuesto de hecho: un consumidor (A) compra un teléfono móvil a Amazon. Antes de que pasen dos años, el primer comprador se lo vende a otro consumidor . El móvil se estropea dentro del plazo de dos años desde la primera adquisición a Amazon. El consumidor (B) reclama a Amazon la

El TRLGDCU no proporciona una solución expresa a esta controversia. Sin embargo, la garantía legal no se limita únicamente al adquirente originario del bien y se extiende a otros sujetos que no tuvieron relación con el vendedor del bien ya que *“se trata de una garantía vinculada al bien, con independencia de quién sea su titular durante el plazo de vigencia de la misma.”*²⁹

En el 99% de los casos la relación de consumo se acredita mediante el tique de compra que no es nominativo con lo que no es un problema excesivamente frecuente.

La protección del ulterior adquirente del bien no se produce de forma automática sino que es necesario que concurren una serie de presupuestos:

- 1- El ulterior adquirente del bien tiene que tener la consideración de consumidor cumpliendo los requisitos que exige el artículo 3 TRLGDCU.
- 2- La garantía legal del bien tiene que estar vigente.
- 3- Tienen que concurrir los presupuestos que el TRLGDCU exige para que se derive la responsabilidad del vendedor.
- 4- Resultará determinante que los sucesivos adquirentes prueben la fecha de entrega del bien en la primera compra realizada.

1.2. Concepto de empresario en el TRLGDCU

El artículo 4 TRLGDCU nos define el concepto de empresario:

“A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.”

Por tanto, los elementos que definen al empresario son los siguientes:

- 1- Ha de tratarse de una persona física o jurídica
- 2- Puede tener naturaleza pública o privada

reparación o sustitución en garantía, pero Amazon le responde que él no es la persona a quien se vendió el móvil. Finalmente se determina que el segundo adquirente si se beneficia de la garantía legal.
<http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/01/Venta-entre-particulares-de-un-bien-de-consumo-con-garantia-en-vigor.pdf> (Consultado en Noviembre de 2018)

²⁹ BERMÚDEZ BALLESTEROS, S. en ob. cit. <http://blog.uclm.es/cesco/files/2017/01/Venta-entre-particulares-de-un-bien-de-consumo-con-garantia-en-vigor.pdf> (Consultado en Noviembre de 2018.)

- 3- Desarrolle una actividad empresarial y en ese marco celebre el contrato con el consumidor.

2. ÁMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN

Para determinar el ámbito objetivo de aplicación tenemos que acudir en primer lugar a lo dispuesto en el artículo 6 TRLGDCU *“Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 136, a los efectos de esta norma, es producto todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335³⁰ del Código Civil.”*

Por tanto, quedan excluidos los bienes inmuebles contemplados en el artículo 335 CCivil.

Los bienes objeto de protección pueden ser bienes consumibles o no, bienes elaborados o materias primas, también alimentos e incluso medicamentos.³¹

De conformidad con el artículo 115.2 TRLGDCU quedan fuera del ámbito de aplicación objetiva. *“(…) los productos adquiridos mediante venta judicial, al agua o al gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas, y a la electricidad. Tampoco será aplicable a los productos de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente.”*

- 1- Los productos adquiridos mediante venta judicial se excluyen ya que no se produce una negociación entre las partes, la venta del bien se lleva a cabo con independencia de la voluntad del vendedor.
- 2- La electricidad como suministro: a excepción de los objetos acumuladores de electricidad, como pilas o baterías, donde la normativa referente a la falta de conformidad sí es de aplicación.
- 3- El agua o el gas, siempre que no se encuentren envasados para la venta en un volumen delimitado. La exclusión responde a motivos de política jurídica.
- 4- Los productos de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente. En cambio sí quedan incluidos los productos de primera mano adquiridos por subasta administrativa, y

³⁰ Artículo 335 CCivil *“Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.”*

³¹ Así lo afirma GUTIERREZ DE COS, J. La protección del consumidor en la compraventa de bienes de consumo 2018, Universidad de León, pág 27 ya que *“los bienes pueden ser tanto consumibles como no consumibles, bienes elaborados o materias primas, alimentos, medicamentos, bienes fungibles o infungibles, genéricos o específicos, incluso programas informáticos”*.

los bienes o producto de segunda mano, adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores no puedan asistir personalmente.

3. ÁMBITO NEGOCIAL DE APLICACIÓN

El artículo 115.1 TRLGDCU nos determina el ámbito comercial de aplicación en la materia que estamos analizando: “ *Están incluidos en el ámbito de aplicación de este título los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse.* ”

En principio, los contratos que están vinculados a lo establecido en el TRLGDCU son los contratos de compraventa , sea esta una compraventa ordinaria o especial.

Quedan cubiertas todas las modalidades de venta incluidas las actividades de promoción de ventas recogidas en la ley 7/1996 , de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista (ventas en rebajas, ventas con obsequio, ofertas de venta directa) como las especiales (venta a distancia, venta automática, venta ambulante, venta en pública subasta).

Hay una serie de contratos que el legislador excluye expresamente en el artículo 115.2 TRLGDCU:

- 1- Las ventas judiciales
- 2- Subastas administrativas a las que el consumidor pueda acudir personalmente.

B) EL CONCEPTO DE FALTA DE CONFORMIDAD

El TRLGDCU establece en su artículo 114 la exigencia de conformidad “*El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto.*”

El propio TRLGDU proporciona un concepto de lo que debe entenderse por falta de conformidad, si bien se trata de un concepto que ha de inferirse de las presunciones.

Se trataría de un concepto “*deliberadamente amplio, comprensivo de muy heterogéneos supuestos de incumplimiento de la obligación del vendedor de entregar un bien que*

*guarde plena correspondencia con lo dispuesto en el contrato y que va a generar la responsabilidad objetiva de aquel”.*³²

La jurisprudencia a lo largo de los años también ha ido perfilando este concepto entendiendo la falta de conformidad como *“un concepto más amplio que el de vicios o defectos ocultos del CC, abarcando además vicios de cantidad, calidad o tipo, e incluso el supuesto del aliud pro alio”*³³ lo que permite un tratamiento unitario de todas estas patologías que en los códigos reciben un tratamiento muy fragmentado.

Algún autor sostiene que existe conformidad *“cuando hay una adecuación, correspondencia o identidad entre el objeto y las características pactadas, y lo efectivamente entregado al comprador. Por tanto, puede identificarse el concepto de conformidad con el de exacto cumplimiento del contrato.”*³⁴

La responsabilidad del vendedor por cualquier falta de conformidad se va producir con independencia del grado de relevancia de esta, es indiferente que la que la falta de conformidad sea grave, leve o tenga poca importancia siempre se va a generar la responsabilidad del vendedor.³⁵

Para que se derive la responsabilidad del vendedor es necesario que:

- 1.** La falta de conformidad exista ya en el momento de la entrega del producto, aunque se manifieste posteriormente (art. 114 TRLGDCU).
- 2.** El consumidor debe ignorar la existencia de la falta de conformidad, ya que *“no habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad que el consumidor conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar”* (art. 116.3 TRLGDCU).
- 3.** El vendedor no va a responder cuando la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor (art. 116.3 TRLGDCU).

³² GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. “La falta de conformidad en la venta de productos de consumo : su concepto y prueba ante los tribunales” en CARRASCO, Á. (Dir) *Tratado de la compraventa. T. II* , 2013, pág 1485.

³³ SAP Barcelona Sentencia núm. 469/2012 de 4 septiembre. AC 2012\1545 FJº 2

³⁴ CARRASCO PERERA, A. “Sobre la responsabilidad por falta de conformidad y la garantía comercial en los vehículos de segunda mano” en *Revista CESCO* Pág 22 <https://blog.uclm.es/cesco/files/2014/09/DICTAMEN-ANCOVE-COMPLETO-1.pdf> (Consultado en Noviembre 2018.)

³⁵ Si bien existe responsabilidad, la misma se gradúa en función de la gravedad (art. 121)

4. La falta de conformidad se ha de manifestar dentro de un plazo de dos años a partir de la entrega del bien (art. 123.1.TRLGDCU).

1) Determinación de la conformidad:

Con la intención de facilitar el análisis de la conformidad del bien con el contrato el TRLGDCU ha establecido en su artículo 116.1 una serie de presunciones *iuris tantum* de conformidad de los bienes con el contrato que otorga al consumidor un nivel mínimo e inderogable de protección. Si bien cabe la posibilidad de que el consumidor pacte una protección más completa.

Estas presunciones de conformidad poseen un carácter cumulativo salvo en aquellos supuestos en los que no lo permitan las circunstancias del caso (*“Salvo prueba en contrario, se entenderá que los productos son conformes con el contrato siempre que cumplan todos los requisitos que se expresan a continuación, salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable”*)

- 1- *Se ajusten a la descripción realizada por el vendedor y posean las cualidades del producto que el vendedor haya presentado al consumidor y usuario en forma de muestra o modelo:*

Esta presunción de conformidad ha sido objeto de crítica por su solapamiento con la presunción cuarta, que luego veremos, debido a la interrelación que existe entre ambas

Algunos autores sostienen que *“en este caso se tendrán en cuenta todas las especificaciones y descripciones que del producto haya hecho el vendedor en la fase previa a la perfección del contrato y que hayan resultado decisivos para el consumidor a la hora de tomar la decisión de compra.”*³⁶

Cuando el vendedor presenta una cosa como muestra o modelo, está garantizando que el bien vendido posee las características que tiene la muestra o modelo. Por tanto, el bien será conforme con el contrato cuando es igual a la muestra.

³⁶ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, E. “El saneamiento en las ventas de bienes de consumo” en TOMILLO URBINA, J. (Dir) *El Futuro de la protección jurídica de los consumidores, Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*. Thomson Civitas 2008, Pág 598.

2- *Sean aptos para los usos a que ordinariamente se destinen los productos del mismo tipo.*

Se trata de una de las presunciones de conformidad que va a tener mayor repercusión práctica. Por uso ordinario hay que entender “*el que se presupone en el objeto en atención a su naturaleza y que el tráfico asigna habitualmente a los objetos del mismo género o tipo*”³⁷. Se le conoce como el criterio de la funcionalidad objetiva del bien.

3- *Sean aptos para cualquier uso especial requerido por el consumidor y usuario cuando lo haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de celebración del contrato, siempre que éste haya admitido que el producto es apto para dicho uso.*

Por uso especial hay que entender “*aquel que se aparta del que es normal o habitual en el objeto de que se trate*”³⁸. Por tanto:

- Se requiere que el consumidor haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato el uso especial requerido para el bien.
- Es necesario que el vendedor hay admitido que el producto es apto para el uso especial requerido por el vendedor.

4- *Presenten la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado. El vendedor no quedará obligado por tales declaraciones públicas si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de*

³⁷ CARRASCO PERERA, Á. ob. cit. Pág 31.

³⁸ CARRASCO PERERA, Á. ob. cit. Pág 28.

celebración del contrato o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto.

No es fácil distinguir la falta de conformidad relativa al uso del bien de la relativa a la calidad y las prestaciones habituales del bien ya que entre ambas presunciones existe una relación directa.

En el tráfico jurídico conviven bienes de naturaleza análoga que muestran distintos niveles de calidad por ello resulta cuanto menos complicado donde situar el nivel de lo exigible en cuanto a calidad y prestaciones habituales del bien.

Determinar cuales son las cualidades y prestaciones que ha de poseer el bien para ser conforme no es una tarea fácil ya que *“La utilización de conceptos jurídicos indeterminados (uso “ordinario”, calidad y prestaciones “habituales”) obliga al operador jurídico a analizar caso a caso, tomando en consideración todas las circunstancias que confluyen en el supuesto de hecho. En este marzo juega un papel fundamental la naturaleza del bien.”*³⁹

2) La instalación del bien y la falta de conformidad

Asimismo, el legislador ha establecido en el artículo 116.2 TRLGDCU *“La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del producto se equiparará a la falta de conformidad del producto cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa o suministro regulados en el artículo 115.1 y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o por el consumidor y usuario cuando la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación.”*⁴⁰

³⁹ CARRASCO PERERA, A. *ob. cit.* pág 32.

⁴⁰ SAP de León (Sección 2ª) Sentencia núm.. 250/2016 de 15 septiembre (JUR\2016\228034) en la que la demandante solicita la resolución del contrato de compraventa y de arrendamiento de servicios de una caldera por las múltiples y repetidas averías que sufre. La audiencia determina la existencia de una defectuosa instalación llevada a cabo por el vendedor y lo hace argumentando lo siguiente: *“ tras la lectura de los tres informes periciales obrantes en el procedimiento, el problema parece situarse más que en la caldera propiamente dicha, en su instalación y más concretamente en el diseño y dimensionado del sistema de evacuación de los productos de la combustión del generador de calor instalado, es decir, de la chimenea, que, según el perito designado judicialmente, presenta un diámetro insuficiente, tiene una altura inferior a la mínima recomendada, carece de una recogida de condensados a fin de evitar que las condensaciones producidas por la combustión entren en la caldera provocando oxidaciones y un envejecimiento prematuro, presenta un tramo horizontal que no se ajusta al punto 7 de IT 1.3.4.1.3.U (Diseño y dimensionado de chimeneas) del RD 1027/2007, de 20 de julio (RCL 2007, 1636 y RCL 2008, 522) , por el que se aprueba el RITE, ya que se encuentra con pendiente contraria al generador de calor y no es lo más corto posible, lo que no favorece la evacuación de los productos de combustión, en contra de lo recomendado no utiliza tramos inclinados a 45° en los desplazamientos hasta la vertical y, por último, incumple la normativa al no*

Se regulan dos posibles faltas de conformidad diferentes:

- 1- La cometida directamente por el vendedor o por los encargados de la instalación (por ejemplo el servicio técnico del productor) cuando la instalación este incluida en el contrato de compraventa.
- 2- La cometida por el consumidor cuando ejecuta la instalación del bien siguiendo unas instrucciones que resultan ser erróneas. El problema se desencadena por la deficiente información proporcionada al consumidor.

3) La conducta del comprador.

Por último, el artículo 116.3 TRLGDCU establece que *“No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad que el consumidor y usuario conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato o que tengan su origen en materiales suministrados por el consumidor y usuario.”*

Por tanto, si nos encontramos ante una venta de saldos y el consumidor adquiere un jersey que tiene una tara no puede alegar que existe una falta de conformidad del bien con el contrato puesto que el consumidor era conocedor de la existencia de esa tara en el momento de la compra.

C) DERECHOS DEL CONSUMIDOR ANTE LA EXISTENCIA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

Una vez que hemos comprobado la existencia de la falta de conformidad del bien con el contrato, el consumidor tiene en su mano la posibilidad de instar una serie de remedios jurídicos para conseguir la satisfacción de sus intereses.

Si el consumidor opta por ejercitar los remedios jurídicos previstos en el TRLGDCU para subsanar la falta de conformidad no podrá hacer uso de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa pues ambas vías se declaran incompatibles (117.1 TRLGDCU)⁴¹. Asimismo, el legislador aclara en el artículo 117.2 TRLGDCU que *“En todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con*

situarse su remate a más de un metro por encima de la cumbre del tejado y de cualquier edificación situada en un radio inferior a 10 metros respecto de la salida de la chimenea.”

⁴¹ Artículo 117.1 TRLGDCU *“El ejercicio de las acciones que contempla este título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa.”*

la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad.”⁴²

Las acciones por falta de conformidad se encuentran enunciadas en el artículo 118 del TRLGDCU *“El consumidor y usuario tiene derecho a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato, de acuerdo con lo previsto en este título.”*

El TRLGDCU establece una aplicación prioritaria de los remedios jurídicos que el consumidor puede ejercitar ante la existencia de una falta de conformidad tal y como se desprende del artículo 121 TRLGDCU *“La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia.”*

Por tanto, la elección del remedio jurídico a utilizar no es una decisión absolutamente libre para el consumidor y ello nos lleva a establecer la siguiente clasificación:

- Remedios jurídicos primarios: reparación o sustitución.
- Remedios jurídicos secundarios: rebaja de precio y resolución del contrato.

1. Remedios jurídicos primarios: Derecho a la reparación y sustitución del producto.

En primer lugar, tenemos que destacar el acierto del legislador al introducir estos remedios jurídicos ya que se ajustan de una manera adecuada a las actuales necesidades que conlleva la contratación en masa, seriada.

⁴² Sin embargo, el precepto no otorga una indemnización automática por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad. En este sentido se pronuncia la jurisprudencia en algunas sentencias como la SAP de León de León (Sección 2ª) Sentencia num. 250/2016 de 15 septiembre JUR\2016\228034 en la que la demandante solicita una indemnización por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad de la caldera adquirida alegando la compra de unos aparatos calefactores eléctricos para suplir el defectuoso funcionamiento del sistema de calefacción instalado ocasionando unas elevadas facturas de consumo eléctrico. El tribunal determinó que *“se considera insuficientemente acreditados, en cuanto aunque defectuoso el funcionamiento del sistema instalado, pues la caldera se bloqueaba con excesiva frecuencia, nada impedía el desbloqueo y así en cuantos partes de asistencia técnica obran en el procedimiento consta que al tiempo de la visita el quemador estaba ya desbloqueado o se conseguía desbloquear con solo apretar el botón de desbloqueo y que la calefacción funcionaba, por lo que se considera innecesaria o no suficientemente probada la necesidad de acudir a sistemas de producción de calor alternativo. La acción debe, pues, ser desestimada.”*

La reparación y sustitución del bien que adolece de una falta de conformidad responden satisfactoriamente ante las necesidades de los consumidores en tanto que permiten cubrir subsidiariamente la necesidad de consumo que la adquisición frente a los tradicionales remedios extintivos.

El régimen jurídico de la reparación y sustitución del producto se encuentra en los artículos 119 y 120 del TRLGDCU.

1.1. La elección del consumidor

El consumidor debe optar en virtud del artículo 121 del TRLGDCU en primer lugar por intentar la reparación o sustitución del bien.

Sin embargo, la elección de uno de estos dos remedios jurídicos no es absolutamente libre para el consumidor sino que de conformidad con el artículo 119 se establecen las siguientes limitaciones: *“Si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada. Desde el momento en que el consumidor y usuario comunique al vendedor la opción elegida, ambas partes habrán de atenerse a ella. Esta decisión del consumidor y usuario se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente para los supuestos en que la reparación o la sustitución no logren poner el producto en conformidad con el contrato.”*

No hay elección cuando:

- 1- Uno de los dos remedios jurídicos resulte imposible, es decir, que sea imposible realizar la reparación o sustitución del bien. El TRLGDCU nos indica en el artículo 120.g⁴³ cuando es imposible la sustitución: cuando se trate de productos no fungibles y bienes de segunda mano.
- 2- Existe desproporción de un remedio jurídico respecto del otro: resulta trascendental determinar el alcance de la expresión objetivamente desproporcionada que recoge el legislador en el artículo 119.1 ya que se trata de un concepto jurídico indeterminado y, por tanto, susceptible de múltiples interpretaciones.

⁴³ Artículo 120.g TRLGDCU *“ El consumidor y usuario no podrá exigir la sustitución en el caso de productos no fungibles, ni tampoco cuando se trate de productos de segunda mano.”*

El TRLGDCU en el artículo 119.2 establece que *“se considera desproporcionada la forma de saneamiento que en comparación con la otra, imponga al vendedor costes que no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario.”* Por tanto, en caso de apreciarse la desproporción estará en manos del vendedor la elección de una o otra forma de saneamiento suprimiéndose la libertad de elección del consumidor y usuario de la opción inicialmente elegida.

Además, el artículo 119.2.2 nos proporciona un criterio para determinar cuándo los costes no son razonables *“ Para determinar si los costes no son razonables, los gastos correspondientes a una forma de saneamiento deben ser, además, considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra forma de saneamiento.”*

1.2. Reglas para la reparación y sustitución.

1.2.1. Gratuidad

Por otro lado y de conformidad con el artículo 120.a⁴⁴ TRLGDCU la reparación y sustitución serán gratuitas para el consumidor. La gratuidad *“comprenderá todos los gastos necesarios para la subsanación de la falta de conformidad y, en particular, algunos de los gastos que en la práctica se evidencian como mas problemáticos como es el caso de los gastos de envío, la mano de obra o los repuestos empleados para la reparación”*.⁴⁵

1.2.2. Plazo

Asimismo, la reparación y sustitución *deberán llevarse a cabo en un plazo razonable*⁴⁶ *y sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario, habida cuenta de la naturaleza*

⁴⁴ Artículo 120.a TRLGDCU *“La reparación y la sustitución se ajustarán a las siguientes reglas:*

a) Serán gratuitas para el consumidor y usuario. Dicha gratuidad comprenderá los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los productos con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales.”

⁴⁵ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, E. ob. cit. pág 606.

⁴⁶ SAP Las Palmas (Sección 3ª) Sentencia num. 22/2016 de 19 enero En la que se analiza el supuesto de hecho en el que un cliente de un concesionario que había adquirido un vehículo de segunda mano (SANGYONG KYRON), solicitó la resolución del contrato debido a que la pieza necesaria para reparar el vehículo tardaba mucho en llegar y la respuesta que dio el tribunal *“Ello así y no discutiéndose el país de origen de fabricación del vehículo y siendo razonable que en atención a que una pieza como la de diferencial trasero de un vehículo cuatro por cuatro de la marca SANGYONG KYRON no esté en stock, siendo igualmente razonable un compás se espera alto en atención al país que debía servir la pieza a*

de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario.(120.b). esto es problemático ya que determina que se entienda por plazo razonable generándose inseguridad jurídica. Se trata de una previsión problemática por indeterminada lo que requiere de una interpretación caso por caso.

1.2.3. Efecto suspensivo

Tanto en el caso de la reparación como en el de la sustitución se suspende el plazo de garantía (artículos 120 c y e)⁴⁷ desde que el consumidor y usuario ponga el producto a disposición del vendedor y concluirá con la entrega al consumidor y usuario del producto ya reparado o nuevo en caso de sustitución.

Si una vez realizada la reparación y sustitución el bien sigue siendo no conforme con el contrato el consumidor podrá exigir la rebaja del precio o la resolución del contrato (artículos 120.d y f)⁴⁸.

2. Remedios jurídicos secundarios: La rebaja del precio y resolución del contrato

En primer lugar, tenemos que hacer hincapié en que se trata de remedios jurídicos secundarios para poner en conformidad el bien con el contrato ya que el consumidor tiene, con carácter general, vedada la posibilidad de ejercitar dichos remedios automáticamente sino que se encuentran supeditados al supuesto de que no se pueda exigir la reparación o

sustituir, no aprecia tampoco esta sala demora que justifique que el plazo razonable al que alude el artículo 120 de la RD legislativo antes transcrito se superara (no se superaron los dos meses entre que la pieza se pidió y llegó) por lo que no se justifica una resolución cuando previamente se había optado por la reparación y se había comenzado con los preparativos para dicha reparación como fue el pedido de la pieza al extranjero” FJº 2

⁴⁷ Artículos 120.c y e TRLGDCU “c) La reparación suspende el cómputo de los plazos a que se refiere el artículo 123. El período de suspensión comenzará desde que el consumidor y usuario ponga el producto a disposición del vendedor y concluirá con la entrega al consumidor y usuario del producto ya reparado. Durante los seis meses posteriores a la entrega del producto reparado, el vendedor responderá de las faltas de conformidad que motivaron la reparación, presumiéndose que se trata de la misma falta de conformidad cuando se reproduzcan en el producto defectos del mismo origen que los inicialmente manifestados.

e) La sustitución suspende los plazos a que se refiere el artículo 123 desde el ejercicio de la opción por el consumidor y usuario hasta la entrega del nuevo producto. Al producto sustituto le será de aplicación, en todo caso, el artículo 123.1, párrafo segundo.”

⁴⁸ Artículo 120 d y f “d) Si concluida la reparación y entregado el producto, éste sigue siendo no conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá exigir la sustitución del producto, salvo que esta opción resulte desproporcionada, la rebaja del precio o la resolución del contrato en los términos previstos en este capítulo.

f) Si la sustitución no lograra poner el producto en conformidad con el contrato, el consumidor y usuario podrá exigir la reparación del producto, salvo que esta opción resulte desproporcionada, la rebaja del precio o la resolución del contrato en los términos previstos en este capítulo.”

sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario.⁴⁹

2.1. La elección del consumidor

El artículo 121 TRLGDCU establece que la rebaja del precio y la resolución del contrato procederán “*a elección del consumidor y usuario*” cuando concurran los presupuestos antes citados pero no es una elección absolutamente libre para el consumidor ya que el precepto aclara que “*la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia.*”⁵⁰ Por tanto, cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia habrá que acudir necesariamente al remedio jurídico de la rebaja del precio.

2.2. Régimen jurídico de la rebaja del precio

El legislador ha establecido en el artículo 122 TRLGDCU una serie de criterios para la rebaja del precio estableciéndose que “*será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el producto hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el momento de dicha entrega.*”⁵¹

⁴⁹ Artículo 121 TRLGDCU “*La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia.*”

⁵⁰JPI Santander Sentencia núm.. 35/2017 de 27 febrero (JUR\2017\55800) En la que se analiza el supuesto de hecho en el que la actora demanda a la concesionaria solicitando la resolución del contrato de compraventa alegando que el vehículo adquirido (Audi A4) tiene manipulado el sistema de medición de la emisión de gases de óxidos de nitrógeno (NOx), implicando una pérdida de potencia y un mayor consumo, no resultando apto para su uso. Por este motivo, reclama la resolución de los contratos de compraventa y financiación otorgados por las demandadas, y la consiguiente devolución del precio abonado, previa deducción de la depreciación que haya sufrido el vehículo. El tribunal rechaza su pretensión y afirma lo siguiente: “*Así las cosas, se puede establecer que las mínimas consecuencias que conlleva la supresión del software malicioso, no priva al vehículo adquirido del fin al que está destinado, ni condiciona su uso de forma que permita al comprador resolver el contrato, ya que, como se ha visto, es de muy escasa importancia, y el art. 121 LGDCU señala que sólo procede la resolución del contrato cuando el consumidor no pueda exigir la reparación, que es lo que viene realizando la fabricante del vehículo. Todo lo anterior lleva a la conclusión de que el incumplimiento de la concesionaria demandada, con su acción de instalar el software malicioso y la solución posterior, es parcial y mínimo para las consecuencias y efectos del contrato, toda vez que únicamente afecta a la conducción del vehículo en condiciones extremas y a la presumible imagen de marca que podía tener la compradora. Pérdidas prácticamente irrelevantes que no son suficientes para resolver el contrato, y que únicamente darían lugar a una indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual, en los términos que establecen los artículos 1.101 del código civil y 128 TRLGDC, para el caso de que así se hubiese solicitado en la demanda, lo que no es el caso, toda vez que la demanda únicamente se insta la resolución del contrato.*”

⁵¹ JPI Santander Sentencia num. 35/2017 de 27 febrero (JUR\2017\55800). El tribunal finalmente procede a la rebaja del precio. En el presente caso, si, como dictamina el perito judicial, “*la potencia en el momento de alcanzar el par motor se ve reducida en un 4%*”, minorando su potencia real a unos 135 CV, frente a los 140 CV pactados, en ese porcentaje debe reducirse también el precio de venta. Además, y dado que tal

Con la instauración de tales criterios “*se pretende articular un remedio a la situación de insatisfacción generada al consumidor que sea al tiempo respetuoso con la composición de intereses que realizaron las partes en el momento de la perfección del contrato*”⁵².

3. La indemnización por daños y perjuicios.

El legislador ha querido reforzar la posición de debilidad del consumidor y se declara expresamente que “*en todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad.(117.2 TRLGDCU).*”

D) SISTEMA DE PLAZOS EN EL TRLGDCU

El TRLGDCU establece un sistema de plazos que frente a la regulación de los códigos se caracteriza por las notas de amplitud y flexibilidad ya que otorga al consumidor un lapso temporal amplio que le permite accionar contra el vendedor cuando se percata de la existencia de la falta de conformidad del bien adquirido con el contrato.

Dentro del sistema de plazos regulado en el TRLGDCU podemos distinguir tres tipos diferentes:

1. Plazo de manifestación de la falta de conformidad.

Resulta trascendental el artículo 123 “*El vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega. En los productos de segunda mano, el vendedor y el consumidor y usuario podrán pactar un plazo menor, que no podrá ser inferior a un año desde la entrega.*”

Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad.”

pérdida de potencia puede ocasionar un plus en el consumo de gasolina de medio litro a los 100 Klm, cuando el consumo medio indicado por el fabricante es de 4,5 litros a los 100 Klm, por este perjuicio añadido se puede fijar otro porcentaje alzado del 6 %, que también debe reducirse del precio abonado, a sumar al porcentaje anterior, quedando así fijado el importe de la venta en el valor que tendría el vehículo de haber sido conforme al contrato.”

⁵² FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, E. ob. cit. Pág 608.

Que el plazo sea menor en los bienes de segunda mano “ *trae causa de la especial naturaleza de los mismos, fundamentalmente, de la existencia de un uso previo con el consiguiente desgaste del bien.* ”⁵³

El día de inicio del cómputo del plazo se encuentra regulado en el artículo 123.2⁵⁴ y se corresponde con la entrega del producto. El legislador establece una presunción *iuris tantum* entendiéndose que ésta se realiza en el día en que figure en el ticket de compra, o en el albarán de entrega si este fuera posterior.

2. Plazo para la comunicación al vendedor de las faltas de conformidad del producto.

El consumidor tiene que informar al vendedor de la falta de conformidad del bien con el contrato “*en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella*” (123.5).

El TRLGDCU establece que el incumplimiento de este plazo no desplegará consecuencias negativas para el consumidor a la hora del saneamiento pero si en el caso de que se originasen daños o perjuicios efectivamente originados por el retraso en la comunicación, siendo responsable el consumidor.⁵⁵

Además, se establece una presunción *iuris tantum* de que la comunicación del consumidor y usuario ha tenido lugar dentro del plazo establecido de dos meses.⁵⁶

3. Plazo para el ejercicio de las acciones de saneamiento de la falta de conformidad.

El legislador establece un plazo de prescripción de tres años⁵⁷ para las acciones de saneamiento.

La principal crítica que ha recibido este plazo se concentra en el momento del inicio de su cómputo, ya que este se origina en el momento de la entrega del bien y no en el

⁵³ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, E. ob. cit. pág 608

⁵⁴ Artículo 123.2 TRLGDCU “*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.*”

⁵⁵ 123.5 TRLGDCU “*El consumidor y usuario deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella. El incumplimiento de dicho plazo no supondrá la pérdida del derecho al saneamiento que corresponda, siendo responsable el consumidor y usuario, no obstante, de los daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación.*”

⁵⁶ Artículo 123.5.2 “*Salvo prueba en contrario, se entenderá que la comunicación del consumidor y usuario ha tenido lugar dentro del plazo establecido.*”

⁵⁷ Artículo 123.4 TRLGDCU “*La acción para reclamar el cumplimiento de lo previsto en el capítulo II de este título prescribirá a los tres años desde la entrega del producto.*”

momento en el que se detecta la existencia de la falta de conformidad del bien con el contrato, rompiendo en este punto la regla contenida en nuestro ordenamiento jurídico de que el plazo de prescripción de una acción no puede iniciarse hasta el momento en que esta pueda ejercitarse lo que en este caso requiere de la aparición de la falta de conformidad que, solo en contadas ocasiones, se produce en la misma entrega del bien.

La defectuosa configuración del plazo de prescripción tiene una consecuencia adicional ya que, si la falta de conformidad se manifiesta en la ultima parte del periodo legal de garantía el consumidor solamente tiene un plazo de un año para reaccionar frente al vendedor del bien adquirido. Esta circunstancia desmerece notablemente la protección del consumidor.

E) LA ACCIÓN CONTRA EL PRODUCTOR

La regla general que se deduce de la regulación contenida en el TRLGDCU es que la acción del consumidor exigiendo la puesta en conformidad del bien con el contrato se dirija en primer lugar frente al vendedor. Excepcionalmente, el legislador ha querido ampliar el círculo de posibles responsables y así extender la protección legal otorgada al consumidor víctima de la falta de conformidad estableciendo la acción contra el productor prevista en el artículo 124⁵⁸ del TRLGDCU.

El TRLGDCU nos proporciona la definición de productor en el artículo 5 *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo.”*

1. Condiciones de la acción.

Sin embargo, el consumidor tiene vedada la posibilidad de ejercitar sus derechos directamente contra el productor del bien adquirido y sólo podrá hacerlo cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

⁵⁸ Artículo 124 TRLGDCU *“Cuando al consumidor y usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los productos con el contrato podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener la sustitución o reparación del producto.”*

- Resulte imposible para el consumidor ó
- Suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor.

Por tanto, nos encontramos ante *“una responsabilidad subsidiaria del productor condicionada al hecho de que al comprador le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse contra el vendedor.”*⁵⁹

La jurisprudencia ha ido delimitando estos conceptos y se considera como supuesto de imposibilidad para accionar ante el vendedor entre otros *“ el cierre del establecimiento del vendedor con posterioridad a la adquisición del bien por el consumidor. Mientras que un supuesto que suponga una carga excesiva, podría ser, entre otros, radicar el establecimiento del vendedor en el extranjero.”*⁶⁰

En cuanto a las faltas de conformidad por las que tendrá que responder el productor el artículo 124.2 TRLGDCU establece lo siguiente *“ Con carácter general, y sin perjuicio de que la responsabilidad del productor cesara, a los efectos de este título, en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el vendedor, el productor responderá por la falta de conformidad cuando ésta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.”*

2. La acción de regreso.

Asimismo, el legislador ha querido establecer una acción de repetición frente al autentico responsable de la falta de conformidad y lo expresa de la siguiente manera: *“Quien haya respondido frente al consumidor y usuario dispondrá del plazo de un año para repetir frente al responsable de la falta de conformidad. Dicho plazo se computa a partir del momento en que se completó el saneamiento.”* (124.3).

⁵⁹ Así lo determinan varios pronunciamientos judiciales como la SAP Madrid (Sección 21ª) Sentencia num. 2/2012 de 10 enero (JUR\2012\41269) en la que la demandante compra un turismo marca Citroën modelo X Pica SX HDi 110 a la persona jurídica denominada Autos Luengo s.a.. La demandante ejercita la acción de reparación del coche comprado por falta de conformidad existente en el momento de la entrega del producto. Dirigiendo la demanda contra la persona jurídica denominada Citroën España S.A y sin alegar que le resultara imposible o le supusiese una carga excesiva dirigir la demanda frente al vendedor, el tribunal desestima la demanda argumentando que *“conforme dispone el artículo 124 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios la actora no puede dirigir esa acción contra el fabricante más que de forma subsidiaria cuando le sea imposible o muy gravoso dirigirla contra el vendedor. La acreditación de esa imposibilidad o dificultad le corresponde a la actora y en el presente caso no se ha cumplido en absoluto con tal requisito probatorio lo que obliga sin más a desestimar la demanda.”*

⁶⁰ SAP Madrid (Sección 21ª) Sentencia num. 2/2012 de 10 enero (JUR\2012\41269) FJº 3.

Por tanto, quien inicialmente haya tenido que asumir la responsabilidad y responder frente al consumidor podrá hacer uso de la acción de repetición para que se derive la responsabilidad al autentico causante de la falta de conformidad.

F) LA GARANTÍA COMERCIAL ADICIONAL

Hasta el momento hemos estado analizando la garantía legal (artículos 114-124 TRLGDCU), que resulta inderogable, pero junto a ella nos podemos encontrar con la circunstancia de que el vendedor ofrezca una garantía comercial adicional.

1. Delimitación

La garantía comercial se define en el artículo 59 bis 1.j) como *“todo compromiso asumido por un empresario o un productor (el "garante") frente al consumidor y usuario, además de sus obligaciones legales con respecto a la garantía de conformidad, de reembolsar el precio pagado, sustituir o reparar el bien o prestar un servicio relacionado con él, en caso de que no se cumplan las especificaciones o cualquier otro elemento no relacionado con la conformidad del bien con el contrato, enunciados en el documento de garantía o en la publicidad correspondiente, disponible en el momento o antes de la celebración del contrato.”*

Resulta trascendental delimitar cuándo nos encontramos ante la garantía legal y cuándo ante la garantía comercial adicional, ya que este tema constituye uno de los principales focos de fraude del vendedor en la materia objeto de estudio. En numerosas ocasiones se intenta hacer pasar por garantía comercial adicional lo que en realidad es garantía legal. La principal característica que diferencia una de la otra es que *“ la garantía comercial se distingue de la garantía legal esencialmente porque el contenido de aquella viene convencionalmente predeterminado por el vendedor, o en su caso, por el productor o fabricante del producto, utilizándose en la mayoría de los casos como instrumento de la competencia para consolidar o ampliar la clientela, por lo que adquiere gran relevancia la publicidad que pueda haberse realizado.”*⁶¹

⁶¹ AVILÉS GARCÍA, J. “Compraventa de bienes de consumo” en BERCOVITZ, R., (Dir) *Tratado de contratos. T II*, 2009, pág 1906.

Constituye una práctica irregular que se venda como garantía comercial adicional lo que en el fondo aparece en la ley. La garantía comercial adicional tiene que suponer algún tipo de mejora sobre los beneficios que otorga la ley de consumidores y usuarios.⁶²

2. Régimen jurídico.

El régimen jurídico de la garantía comercial adicional se encuentra en el artículo 125 TRLGDCU.

El artículo 125.1 TRLGDCU establece que *“La garantía comercial deberá formalizarse, al menos en castellano, y, a petición del consumidor y usuario, por escrito o en cualquier otro soporte duradero y directamente disponible para el consumidor y usuario, que sea accesible a éste y acorde con la técnica de comunicación empleada.”*

En relación al contenido de la garantía comercial adicional el artículo 125.2 establece que: *“La garantía expresará necesariamente:*

a) El bien o servicio sobre el que recaiga la garantía.

b) El nombre y dirección del garante.

c) Que la garantía no afecta a los derechos legales del consumidor y usuario ante la falta de conformidad de los productos con el contrato.

⁶² SAP de Valencia (Sección 7ª) Sentencia num. 346/2015 de 14 diciembre (JUR\2016\141555). En la que la demandante adquiere en año 2009 dos sillones de piel y un programa de garantía adicional denominado "PLATINIUM CLASS DE DIVATTO" que ofrece una protección por un periodo de 5 años, cubriendo esta garantía las posibles manchas en los sillones, los daños accidentales y los daños de estructura. También se protegen los daños de estructura: superficie de la piel agrietada, defectos en la estructura de soporte de su Divatto, debido a roturas, rotura y doblamientos de componentes de metal. En el año 2013 la compradora interpone demanda ya que los sillones presentan deterioros en la zona del reposa espaldas y en su asiento que consisten en agrietamiento y desprendimiento del tejido. La sentencia determina que la garantía legal de los sofás ha prescrito aduciendo que “en la fecha en que resulta constatada la primera reclamación de la compradora demandante, esto es el 31 de julio de 2013, ya han transcurrido con exceso los tres años previstos para la posible reclamación, con independencia de que no consta que con anterioridad apareciesen defectos en los sofás que nos ocupan.” Sin embargo, la sentencia determina que *“de forma voluntaria la demandada ofreció a la compradora una garantía adicional que excede de la prevista en la Ley, y que es la reseñada anteriormente bajo la rúbrica de "PROGRAMA DE PROTECCIÓN PLATINIUM CLASS DE DIVATTO". Este programa vendido directamente por la demandada contiene una garantía por un plazo de cinco años respecto a la superficie de la piel agrietada, que es lo acontecido en el presente caso, en que en fecha 31-7-2013 antes de transcurrir los cinco años desde la entrega en fecha 22-12-2009 aparecen en ciertas partes del sofá CAPRI y del sillón MARBELLA daños consistentes en agrietamiento y desprendimiento del tejido y condena a la demandada a que proceda a reparar los defectos de agrietamiento y desprendimiento de piel los sofás. Esta reparación tendrá el límite del precio pagado por cada uno de ellos y deberá llevarse a cabo en el plazo de dos meses a partir de la fecha de esta sentencia.”*

d) *Los derechos, adicionales a los legales, que se conceden al consumidor y usuario como titular de la garantía.*

e) *El plazo de duración de la garantía y su alcance territorial.*

f) *Las vías de reclamación de que dispone el consumidor y usuario.”*

En relación al plazo el 125.3 establece que “ *La acción para reclamar el cumplimiento de lo dispuesto en la garantía comercial adicional prescribirá a los seis meses desde la finalización del plazo de garantía.*”

F) PRODUCTOS DE NATURALEZA DURADERA

Finalmente la norma contiene una previsión específica para la reparación y servicios post venta de los productos de naturaleza duradera⁶³ tienen derecho a asistencia técnica y a la existencia de repuestos.

En el caso de productos de naturaleza duradera “*deberá entregarse en todo caso al consumidor, formalizada por escrito o en cualquier soporte duradero aceptado por el consumidor y usuario, y con el contenido mínimo previsto en el artículo anterior, la garantía comercial, en la que constará expresamente los derechos que este título concede al consumidor y usuario ante la falta de conformidad con el contrato y que éstos son independientes y compatibles con la garantía comercial.*” (Artículo 126 TRLGDCU).

Asimismo, se establece la obligación de existencia de repuestos durante el plazo mínimo de cinco años a partir de la fecha en que el producto deja de fabricarse.

4. LÍNEAS DE FUTURO

4.1. BREVE REFERENCIA A LA PROPUESTA MODIFICADA DE DIRECTIVA DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO

⁶³ Artículo 127 TRLGDCU “1. *En los productos de naturaleza duradera, el consumidor y usuario tendrá derecho a un adecuado servicio técnico y a la existencia de repuestos durante el plazo mínimo de cinco años a partir de la fecha en que el producto deje de fabricarse.*

2. *Queda prohibido 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 en cada sector, debiendo diferenciarse en la factura los distintos conceptos. La lista de precios de los repuestos deberá estar a disposición del público.*

3. *La acción o derecho de recuperación de los productos entregados por el consumidor y usuario al empresario para su reparación prescribirá a los tres años a partir del momento de la entrega. Reglamentariamente, se establecerán los datos que deberá hacer constar el empresario en el momento en que se le entrega un objeto para su reparación y las formas en que podrá acreditarse la mencionada entrega.”*

RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE BIENES, POR LA QUE SE MODIFICAN EL REGLAMENTO (CE) n.º 2006/2004 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO Y LA DIRECTIVA 2009/22/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO Y SE DEROGA LA DIRECTIVA 1999/44/CE DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO.

La propuesta de directiva emana de las normas de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo cuya derogación se propone. La razón por la que se solicita su derogación se basa en que al poseer un carácter de *minimis* permite a los estados miembros adoptar o mantener en el ámbito de la directiva disposiciones más exigentes para garantizar al consumidor un nivel de protección más amplio. Ello ha dado lugar a diferencias en las normas de derecho contractual sobre consumo como consecuencia de las normas nacionales imperativas, creando obstáculos al comercio transfronterizo y limitando el funcionamiento del mercado interior y la competencia. Con su derogación *“se contribuirá a la creación de un marco jurídico coherente para apoyar el funcionamiento del mercado interior. La propuesta garantizará un elevado nivel de protección del consumidor en la UE al establecer una serie de normas imperativas plenamente armonizadas que mantienen, y en algunos casos mejoran, el nivel de protección que los consumidores disfrutaban actualmente en virtud de la Directiva sobre ventas y garantías de los bienes de consumo.”*⁶⁴

La propuesta de directiva es de armonización plena no permitiendo a los estados miembros adoptar disposiciones más exigentes que las previstas en la misma. Sin embargo, el argumento de la fragmentación jurídica que conlleva la armonización mínima no es suficiente para abogar en pro de la armonización plena ya que ésta no está exenta de problemas ya que *“los Estados miembros dejan de tener la posibilidad de reaccionar de forma rápida y flexible a la hora proponer los cambios que en cada caso exija la*

⁶⁴ Propuesta modificada de directiva del parlamento europeo y del consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) n.º 2006/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2009/22/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Bruselas, 31.10.2017 COM(2017) 637 final <http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-637-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF> (Consultado en Febrero de 2019).

adaptación a la realidad social.”⁶⁵ El hecho de que los estados miembros no puedan introducir medidas distintas a las previstas en la normativa comunitaria puede ocasionar un grave problema a los consumidores en el supuesto de que ello conduzca “*a una reducción del nivel de protección que los Estados miembros ya les reconocen*”.⁶⁶

La propuesta de directiva cuenta con ámbito de aplicación más amplio englobando tanto ventas a distancia como ventas presenciales.

Las principales novedades que recoge la propuesta de directiva son las siguientes:

- 1- De conformidad con el artículo 7 de la propuesta de directiva “*En el momento adecuado para establecer la conformidad con el contrato como se determina en el artículo 8, los bienes deberán estar libres de cualesquiera derechos de terceros, incluido por motivos de propiedad intelectual de forma que los bienes puedan utilizarse de conformidad con el contrato.*” La conformidad debe cubrir no sólo los defectos materiales sino también los legales. Por tanto, resulta indispensable que el producto adquirido este libre de pretensiones de terceros.
- 2- El momento de la evaluación de la conformidad de los bienes se determina en el *vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad con el contrato que exista cuando: (a) el consumidor o un tercero indicado por el consumidor y diferente del transportista haya adquirido la posesión material de los bienes; o (b) los bienes sean entregados al transportista elegido por el consumidor, si dicho transportista no fue propuesto por el vendedor o si el vendedor no propone un medio de transporte.*” Sin embargo, cuando los bienes deban ser instalados entra en juego el artículo 8.2 y deberá adaptarse al momento adecuado:
 - a. Si la instalación corre por cuenta del vendedor el momento en el que el consumidor adquiere la posesión material de los bienes se produce cuando se finalice la instalación por aquel.
 - b. En el caso de que sea prevea que sea el consumidor quien realice la instalación del bien se considerará que el momento en el que el consumidor haya tenido un tiempo razonable para la instalación pero nunca por un período superior a 30 días desde la adquisición material del bien.

⁶⁵ EBERS M. “De la armonización mínima a la armonización plena” en *Revista INDRET 2/2010* pág 12 http://www.indret.com/pdf/732_es.pdf (Consultado en Febrero de 2019).

⁶⁶ EBERS M. ob. cit. pág 12

- 3- Se establece una presunción *iuris tantum* de existencia de la falta de conformidad en el plazo de dos años desde el momento en que el consumidor o un tercero indicado por el adquiere la posesión material del bien o desde que el bien sea entregado al transportista si éste no fue elegido por el consumidor. En el caso que la instalación corra por cuenta del vendedor la falta de conformidad se presumirá desde que se complete la instalación y en el caso de que ésta corra por cuenta del consumidor cuando haya tenido un tiempo razonable para su instalación pero nunca un periodo superior a 30 días desde la adquisición material bien. Artículo 8.3 de la propuesta de directiva *“Se presumirá que cualquier falta de conformidad con el contrato que se manifieste en los dos años siguientes al momento indicado en los apartados 1 y 2 existía en el momento indicado en los apartados 1 y 2, salvo que dicha presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o con la naturaleza de la falta de conformidad.”*
- 4- El consumidor puede optar por resolver el contrato en el supuesto de que la falta de conformidad sea de escasa importancia. En caso de optarse por la resolución del contrato ésta deberá ser notificada al vendedor. Cuando la falta de conformidad afecte solo a algunos de los bienes entregados en virtud del contrato y concurren los presupuestos que permiten la resolución el consumidor podrá resolver solo respecto de esos bienes así como de los accesorios de los bienes no conformes con el contrato.
- 5- Se establece el derecho del consumidor a retener el pago de cualquier parte pendiente del precio hasta que el vendedor haya puesto los bienes en conformidad ya que así lo dispone el artículo 9.4 de la directiva.
- 6- En cuanto a la garantías comerciales el artículo 15.1 de la propuesta de directiva establece que *“Si el documento de garantía es menos ventajoso para el consumidor que las condiciones enunciadas en la información precontractual facilitada por el vendedor o en la publicidad, la garantía comercial será vinculante según las condiciones enunciadas en la información precontractual o en la publicidad relativa a la garantía comercial.”* Por tanto, en caso de que la información precontractual o la publicidad que proporciona por el vendedor sea más ventajosa que el documento de garantía prevalecerá sobre éste.

5. CONCLUSIONES

I

Con la instauración del nuevo concepto de la falta de conformidad se unifica bajo un mismo régimen el tratamiento muy diferente que los códigos daban a cada una de las patologías que podía presentar el bien adquirido. Con ello se gana en claridad, en sencillez y, por ende, en protección al consumidor.

II

El artículo 114 establece la exigencia de conformidad “*“El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto.”* Con el fin de facilitar el juicio de conformidad en el artículo 116.1 TRLGDCU se establecen unas presunciones *iuris tantum* de conformidad del bien con el contrato que son cumulativas salvo en los supuestos en que no lo permitan las circunstancias del caso otorgando al consumidor un nivel mínimo e inderogable de protección, si bien cabe que el consumidor pacte una protección más completa. El criterio de funcionalidad objetiva del bien es el que posee una mayor repercusión práctica.

III

El consumidor afectado por la existencia de la falta de conformidad tiene en su mano la posibilidad de ejercitar una serie de remedios jurídicos regulados en el artículo 118 TRLGDCU para lograr la satisfacción de sus intereses (sustitución, reparación, rebaja del precio y resolución del contrato). La reparación y sustitución son remedios jurídicos primarios, mientras que la rebaja del precio y la resolución son secundarios. Estos mecanismos de saneamiento resultan adecuados y responder adecuadamente a las necesidades de los consumidores.

IV

El consumidor puede elegir entre la reparación o la sustitución del bien, salvo que una de las dos opciones resulte imposible o desproporcionada. Tanto la reparación como la sustitución serán gratuitas para el consumidor y usuario debiendo llevarse a cabo en un plazo razonable. Si estas resultaren infructuosas o imposibles , el consumidor podrá optar entre la rebaja del precio o la resolución del contrato.

V

En cuanto a la rebaja del precio y resolución del contrato procederán a elección del consumidor cuando resultare infructuosa o imposible la reparación o sustitución. Sin embargo la resolución no tendrá cabida cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia y en ese supuesto habrá que acudir necesariamente al mecanismo de la rebaja del precio que como establece el artículo 122 *TRLGDCU* “ *será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el producto hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el momento de dicha entrega*”

VI

El vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en el plazo de dos años desde la entrega del producto. El plazo legal de garantía es de dos años tanto para bienes nuevos como de segunda mano. Sin embargo, en el caso de bienes de segunda mano se permite a las partes rebajarlo hasta un mínimo de un año en atención al uso previo que han tenido. Pero si no hay pacto expreso se vuelve a la regla general de dos años. En ambos casos, salvo prueba en contrario, durante los seis primeros meses se presume la falta de conformidad. El consumidor posee un plazo máximo de dos meses para informar al vendedor desde que conozca la falta de conformidad del bien con el contrato.

VII

El consumidor y usuario tendrá derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad de acuerdo con la legislación civil y mercantil. Sin embargo, el ejercicio de las acciones que se otorgan al consumidor (reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato) serán incompatibles con las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa de conformidad con el artículo 117 *TRLGDCU*.

VIII

La acción del consumidor exigiendo la puesta en conformidad del bien con el contrato se dirige contra el vendedor , pero, en algunos casos y cumpliendo determinados requisitos, se puede dirigir contra el productor del bien. Es la conocida como acción contra el productor regulada en el artículo 124 *TRLGDCU* que procederá cuando resulte imposible

o suponga una carga excesiva dirigirse al vendedor. Se trata de una opción del consumidor y no puede ser impuesta por el vendedor.

IX

Además de la garantía legal de los artículos 114 y ss nos encontramos con la posibilidad de que se ofrezca al consumidor una garantía comercial adicional regulada en el artículo 125 TRLGDCU. Es la que se ofrece adicionalmente por el garante , normalmente el productor o el fabricante del bien que según establece el artículo 125.1 *TRLGDCU* “(...) *deberá formalizarse al menos en castellano, y, a petición del consumidor y usuario, por escrito o en cualquier otro soporte duradero y directamente disponible para el consumidor y usuario, que sea accesible a éste y acorde con la técnica de comunicación empleada*”. Asimismo, la garantía deberá hacer referencia entre otros aspectos al bien o producto sobre el que recaiga la garantía , al nombre y dirección del garante y a su plazo de duración y alcance territorial. La acción para reclamar su cumplimiento prescribe a los 6 meses desde la finalización del plazo de garantía.

6. BIBLIOGRAFÍA

AVILÉS GARCÍA, J. “Compraventa de bienes de consumo” en BERCOVITZ, R., (Dir) *Tratado de contratos. T II*, 2009, pág 1906.

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO A. “La protección de los consumidores, la Constitución española y Derecho Mercantil” en BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO A. Y BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO R. (dirs.) *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, pág 22 y ss (concretamente página 29).

BERMUDEZ BALLESTEROS, S. “Compraventa de un bien de consumo celebrada entre empresarios ¿ se le aplica el régimen de garantías del TRLGDCU?” en *Revista CESCO* <http://blog.uclm.es/cesco/files/2014/11/Compraventa-de-un-bien-de-consumo-celebrada-entre-empresarios-se-aplica-el-r%C3%A9gimen-de-garant%C3%ADas-del-TRLGDCU.pdf> (Consultado en Noviembre 2018.)

CARRASCO PERERA, A. “Sobre la responsabilidad por falta de conformidad y la garantía comercial en los vehículos de segunda mano” en *Revista CESCO* Pág 22 <https://blog.uclm.es/cesco/files/2014/09/DICTAMEN-ANCOVE-COMPLETO-1.pdf> (Consultado en Noviembre 2018.)

CASTILLA BAREA, M. “La determinación de la falta de conformidad del bien con el contrato a tenor del art. 2 de la directiva 1999/44/CE, del parlamento europeo y del consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo” *Anuario de la facultad de derecho*, vol. XXI, 2003. Pág 277. <https://dialnet.unirioja.es/> (Consultado en Octubre 2018)

EBERS M. “De la armonización mínima a la armonización plena” en *Revista INDRET* 2/2010 pág 12 http://www.indret.com/pdf/732_es.pdf (Consultado en Febrero de 2019).

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, E. “El saneamiento en las ventas de bienes de consumo” en TOMILLO URBINA, J. (Dir) *El Futuro de la protección jurídica de los consumidores, Actas del I Congreso Euroamericano de Protección Jurídica de los Consumidores*. Thomson Civitas 2008, Pág 598.

GONZÁLEZ VAQUÉ L. “ La Directiva 1999/44/CE sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo y la polémica aplicación de la armonización mínima en el ámbito del

derecho del consumo” *Revista CESCO de Derecho de Consumo* n° 7/2013 www.revista.uclm.es/index.php/cesco (Consultado en Noviembre de 2018)

GUTIÉRREZ DE COS, J. *La protección del consumidor en la compraventa de bienes de consumo* 2018, Universidad de León. Pág 26.

GUTIÉRREZ SANTIAGO, P. “La falta de conformidad en la venta de productos de consumo : su concepto y prueba ante los tribunales” en CARRASCO, Á. (Dir) *Tratado de la compraventa. T. II* , 2013, pág 1485.

MARÍN LÓPEZ, MJ. “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU” *Pág 13. en Revista CESCO* <https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/465/401> (Consultado en Noviembre de 2018.)

ORTI VALLEJO, A. *La protección del comprador por el defecto de la cosa vendida* Ediciones Tat 1987 Granada, Pág 19 y ss.

OVIEDO ALBAN, J. “La protección del comprador por falta de conformidad material en la compraventa internacional de mercaderías” en *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 26, enero-junio de 2014, pp. 219-253. Pág 246 <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3800/3993> (Consultado en Octubre de 2018.)

SAGASTI AURREKOETXEA, J. “El régimen de garantías en la venta de bienes de consumo”, en *Revista critica de derecho inmobiliario* n° 695 pág 994 <http://www.forulege.com/dokumentuak/El%20regimen%20de%20garantias%20en%20la%20venta%20de%20bienes%20de%20consumo.pdf> (Consultado en Octubre de 2018)

SAN JUAN CRUCELAEGUI, J. *La aplicación e interpretación de la Convención de Viena de las naciones unidas sobre compraventa internacional de mercaderías* pág. 6-8. Estudios de Deusto Vol. 51/2 Julio-Diciembre 2003 <http://revista-estudios.revistas.deusto.es/article/view/534/696> (Consultado en Octubre de 2018)

Jurisprudencia:

STS 1 de marzo de 1991 FJ° 5 (RJ/1991/1708)

Audiencia Provincial de A Coruña(Sección 4ª) Sentencia num. 435/2016 de 26 diciembre

Sentencia TJUE “Quelle AG” de 17 de abril de 2008, asunto C-404/06

SAP Barcelona Sentencia núm. 469/2012 de 4 septiembre. AC 2012\1545 FJº 2

SAP de León (Sección 2ª) Sentencia núm.. 250/2016 de 15 septiembre
(JUR\2016\228034)

SAP Las Palmas (Sección 3ª) Sentencia num. 22/2016 de 19 enero

JPI Santander Sentencia núm.. 35/2017 de 27 febrero (JUR\2017\55800)

SAP Madrid (Sección 21ª) Sentencia núm.. 2/2012 de 10 enero (JUR\2012\41269)

SAP de Valencia (Sección 7ª) Sentencia núm.. 346/2015 de 14 diciembre
(JUR\2016\141555).

Enlaces web:

<http://ec.europa.eu/transparency/regdoc/rep/1/2017/ES/COM-2017-637-F1-ES-MAIN-PART-1.PDF> Propuesta de directiva modificada Bruselas, 31.10.2017 COM(2017) 637 final.

