UNIVERSIDAD DE CANTABRIA

DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO

LA PRESTACIÓN LEGAL DE GARANTÍA EN LAS VENTAS DE CONSUMO

TESIS DOCTORAL

que presenta

EUGENIA FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ

Bajo la dirección del Prof. Dr.

JORGE LUIS TOMILLO URBINA

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Cantabria

Febrero 2016

ÍNDICE

ÍNDICE

CAPÍTULO I
LA REGULACION DE LOS VICIOS DE LA COSA EN LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE COMERCIO

I. INTRODUCCIÓN 17

II. RÉGIMEN DEL SANEAMIENTO POR VICIOS EN EL CÓDIGO CIVIL 21

1. Consideraciones iniciales 21
2. El concepto de vicio 24
   2.1. La funcionalidad del bien. Un criterio de calificación de los defectos de la cosa 27
   2.2. Requisitos del vicio 30
   2.2.1. Gravedad 30
   2.2.2. Carácter oculto 32
   2.2.2.1. Las condiciones subjetivas del comprador y el carácter oculto del bien 33
   2.2.2.2. El conocimiento del vendedor 35
   2.2.3. Preexistencia 37
   2.2.4. Gravámenes ocultos: ¿pueden considerarse vicios? 39
3. Las acciones de saneamiento 40
   3.1. La acción redhibitoria 41
   3.1.1. Legitimación activa. Especial consideración a los ulteriores adquirentes del bien 41
   3.1.2. Efectos 42
   3.1.3. Redhibición en caso de venta conjunta 46
   3.2. La acción estimatoria o *quanti minoris* 46
   3.2.1. Caracterización 46
   3.2.2. Efectos 47
   3.3. La facultad de opción entre las acciones redhibitoria y estimatoria o *quanti minoris* 49
   3.4. La acción de indemnización por daños y perjuicios 52
   3.5. Las acciones edilicias en caso de pérdida de la cosa 55
   3.5.1. Pérdida ocasionada por los vicios 55
   3.5.2. Pérdida por caso fortuito o por culpa del comprador 56
   3.6. El régimen especial de las ventas judiciales 58
   3.7. Plazos para el ejercicio de las acciones edilicias 61
   3.7.1. Ámbito de aplicación 62
   3.7.2. Naturaleza del plazo 64

3.7.3. Cómputo del plazo 65
3.7.4. Modificación convencional del plazo 67
4. La disponibilidad del régimen legal de saneamiento 69
5. Naturaleza jurídica del régimen de saneamiento 71

III. EL SANEAMIENTO POR DEFECTOS OCULTOS EN EL CÓDIGO DE COMERCIO 74

1. Los vicios aparentes o manifiestos 75
1.1. La delimitación del concepto de vicio aparente 75
1.2. Régimen de comprobación y denuncia 76
1.3. Acciones ante los vicios aparentes o manifiestos 80
2. Los vicios ocultos o internos 81
2.1. Noción de vicio oculto 81
2.2. Características de los vicios ocultos 83
2.3. Plazos de denuncia 85
2.4. Acciones ante los vicios ocultos 86
3. Consideraciones comunes a vicios ocultos y aparentes 87
3.1. Naturaleza de los plazos 88
3.2. Las condiciones subjetivas del comprador y su incidencia en la calificación del vicio 89
4. La cláusula de garantía como remedio ante la inadecuación de las soluciones del Código de comercio 90
4.1. Caracterización 90
4.2. Efectos 92

IV.LA INSATISFACTORIA SOLUCIÓN DE LOS CÓDIGOS ANTE EL PROBLEMA DE LOS VICIOS DE LA COSA Y LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES ALTERNATIVAS 93

1. La concurrencia de las acciones generales de incumplimiento y las especiales de saneamiento por vicios 93
1.1. Compatibilidad entre las acciones de saneamiento y la acción de anulación por error 96
1.2. Compatibilidad entre las acciones de saneamiento y las acciones generales de incumplimiento. La doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* *99*
2. La superación del problema mediante las normas sobre protección del consumidor 112
2.1. La técnica de la falta de conformidad. Un nuevo modelo de regulación para las ventas de consumo 115
2.1.1. Origen y carácter novedoso del concepto 115
2.1.2. Un nuevo y funcional paradigma para los defectos de la cosa 118

2.1.3. Naturaleza jurídica de la responsabilidad del vendedor por faltas de conformidad 120

CAPÍTULO II
EL NUEVO RÉGIMEN DE LA CONFORMIDAD CON EL CONTRATO
ÁMBITO DE APLICACIÓN

I. ÁMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN 127

1. El consumidor como sujeto protegido 127

1.1 El concepto de consumidor en la Directiva 44/1999/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.....127

1.1.1. Actuación al margen de una actividad empresarial como criterio determinante de la condición de consumidor.....134

1.1.2. Los pequeños empresarios y los profesionales no especialistas y su posible consideración como consumidores.....136

1.2 El concepto de consumidor en la legislación española sobre garantías en la venta de bienes de consumo 141

1.2.1. La técnica del destinatario final 142

1.2.1.a) La integración del bien en procesos de producción 148

1.2.1.b) Los actos mixtos, un tema sin resolver 153

1.2.2. La reforma de 2007. La actuación al margen de una actividad empresarial como criterio determinante de la condición de consumidor 156

1.2.2.a) El eterno problema de los actos mixtos 160

1.2.3. La reforma del concepto de consumidor de 2014 161

1.2.4. La persona jurídica como consumidor 163

1.2.4.a) Aproximación inicial 165

1.2.4.b) La persona jurídica como consumidor tras la reforma de la LGDCU de 2014. La revisión del concepto.....167

1.2.5. La protección de los ulteriores adquirentes del bien.....171

2. El vendedor como primer sujeto responsable de la falta de conformidad 173

2.1. Otros sujetos responsables de la falta de conformidad (remisión).179

2.1.1. Acción de regreso del vendedor final frente al responsable de la falta de conformidad 180

2.1.1.a) La legitimación activa del vendedor final 182

2.1.1.b) La legitimación pasiva para el ejercicio del regreso.....183

2.1.2. La responsabilidad directa del productor frente al consumidor 185

II. AMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA FALTA DE CONFORMIDAD 188

1. El concepto de bien de consumo 188
1.1. Planteamiento 188
1.2. Bienes excluidos del ámbito de aplicación de la norma 192

III. AMBITO NEGOCIAL DE APLICACIÓN DE LA FALTA DE CONFORMIDAD 195

1. La posible extensión del régimen más allá de la compraventa 196
2. Contratos excluidos 197

2.1. Ventas judiciales 198
2.2. Subastas administrativas a las que el consumidor puede acudir personalmente 199

CAPÍTULO III
EL PRINCIPIO DE CONFORMIDAD DEL BIEN CON EL CONTRATO

I.INTRODUCCIÓN 205

II.CONCEPTO DE FALTA DE CONFORMIDAD 206

1. Criterios de determinación de la falta de conformidad. Las presunciones legales de conformidad del artículo 116 LGDCU 212
1.1. Planteamiento inicial 212
1.2. El carácter eminentemente contractual de los criterios de conformidad 213
1.3. Ordenación de los criterios 215
1.4. Adecuación del producto a la descripción realizada por el vendedor y a las características de la muestra o modelo presentada por este 218
1.5. La aptitud del bien para los usos ordinarios de bienes del mismo tipo. El criterio de la funcionalidad objetiva 222
1.6. Aptitud para los usos especiales requeridos por el consumidor. El criterio de la funcionalidad subjetiva 223
1.7. Posesión de 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 226

1.7.1. Presentación de la calidad y prestaciones habituales de bienes del mismo tipo....228
1.7.2. El contenido de las manifestaciones públicas del vendedor, el productor o su representante como elemento integrador de la falta de conformidad....229
1.7.3. Excepciones al carácter vinculante de las manifestaciones públicas....235
1.8. La incorrecta instalación del bien y su consideración como falta de conformidad……..240
1.8.1. La instalación realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad....242
1.8.2. Instalación realizada por el comprador siguiendo las instrucciones del vendedor....243
1.9. El conocimiento de la falta de conformidad por el comprador….244
1.10. El conocimiento de la falta de conformidad por el vendedor……247
1.11. Las faltas de conformidad derivadas de la aportación de materiales por el comprador……...248
1.12. Momento de valoración de la falta de conformidad……...250

CAPÍTULO IV
REMEDIOS LEGALES ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD

I. INTRODUCCIÓN……...255
II. REMEDIOS PRIMARIOS ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD. REPARACIÓN Y SUSTITUCIÓN……..260
1. Aspectos comunes a las acciones de reparación y sustitución….260
2. La opción entre reparación y sustitución: presupuestos, límites y efectos……..262
2.1. La imposibilidad objetiva....263
2.2. La desproporción....265
2.3. Ejercicio del derecho de opción....270
3. Régimen jurídico de la reparación y sustitución del producto…..272
3.1. Gratuidad....273
3.2. Plazo para la reparación y sustitución....276
3.3. Reparación y sustitución "*sin mayores inconvenientes para el consumidor*"....278
3.4. Obligaciones documentales en caso de reparación o sustitución……279
3.5. Suspensión de plazos durante la reparación y sustitución…..281
3.5.1. Plazos afectados por la suspensión…….282
3.5.2. Inicio de la suspensión....284

3.5.3. Fin de la suspensión 284
3.5.4. La reanudación del plazo. Especialidades en caso de sustitución 285
3.6. Garantía de la reparación 287
3.7. Sustitución de productos no fungibles y de segunda mano…290

III. REMEDIOS SUBSIDIARIOS ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD. REBAJA DEL PRECIO Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO……..292
1. La resolución del contrato. Presupuestos y efectos……296
2. La rebaja del precio……299

IV. LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL PRODUCTOR……302
1. Legitimación pasiva……305
2. Presupuestos……306
3. Criterio de imputación de responsabilidad al productor……..308
4. Efectos……...309
5. Plazos……312
6. La acción de repetición frente al responsable de la falta de conformidad……..313
6.1. Elementos subjetivos……315
6.2. Criterios de imputación……...316
6.3. Alcance de la acción de regreso……...318
6.4. Disponibilidad de la acción de regreso……319

V. ENCAJE DE LAS ACCIONES ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO……...322
1. Relación con la disciplina de los vicios ocultos……323
2. Compatibilidad con la acción de indemnización de daños y perjuicios……325

CAPÍTULO V
EL RÉGIMEN DE PLAZOS

I. INTRODUCCIÓN……...329
II. EL SISTEMA DE PLAZOS……331
1. El plazo de manifestación de la falta de conformidad……..331
1.1. Inicio del cómputo……331
1.2. Posibles adaptaciones del plazo……...332
1.3. Régimen ¿especial? de los bienes de segunda mano……333
1.4. Manifestación de la falta de conformidad……..334
1.5. Suspensión del plazo durante la reparación o la sustitución……..335

2. Plazo de presunción de preexistencia de la falta de conformidad…….....335
3. Plazo para la denuncia de la falta de conformidad……337
4. Plazo de prescripción de las acciones por falta de conformidad.....341
4.1. Inicio del cómputo……..342
4.2. Interrupción del plazo.....343

CONCLUSIONES.....347

BIBLIOGRAFÍA.....397

CAPITULO I

LA REGULACIÓN DE LOS VICIOS DE LA COSA EN LOS CÓDIGOS CIVIL Y DE COMERCIO

I.INTRODUCCIÓN

Nuestro ordenamiento regula el problema de los vicios en la compraventa en los artículos 1484 a 1499 Código civil (los artículos 1484 a 1490 se ocupan de establecer el régimen general aplicable a cualquier compraventa mientras que los artículos siguientes contienen el régimen especial aplicable a la venta de ganados de gran relevancia en el momento en que se elabora el Código) y artículos 336 y 342 del Código de comercio. Se trata de un régimen jurídico concebido en torno al supuesto de venta de cosa específica, paradigmático de la época en que se redactaron los códigos, pero que ha perdido casi toda su relevancia en una economía como la actual en la que la producción en serie ocupa un lugar hegemónico[1]. Efectivamente, las soluciones previstas para el supuesto de vicios en la cosa vendida, articuladas en torno a las acciones edilicias (estimatoria y redhibitoria) no resultan apropiadas fuera de los casos de venta de cosa específica en tanto que no contemplan otras opciones óptimas para la satisfacción del comprador, como la reparación o la sustitución de la cosa, imposibles en relación con la adquisición de

[1] ORTI VALLEJO, A.: *La protección del comprador por el defecto de la cosa vendida*, Granada, 1987, pág. 19 y siguientes pone de manifiesto que la obsolescencia de las normas del Código civil, lejos de deberse al natural efecto del paso del tiempo, fue detectada por la doctrina prácticamente desde el mismo momento de su aprobación evidenciando lo desacertado del modelo de regulación por el que se optó en la redacción de los códigos. Se trata de un fenómeno que no solamente se ha producido en España sino que también se ha dejado sentir en Italia y Francia, países con códigos muy similares al nuestro y que, por esa razón, han encarado, si bien con soluciones dispares, idéntico problema.

cosa específica pero perfectamente viables e incluso más fáciles y económicas en el caso de bienes fabricados en serie. Además de esta inadecuación sustantiva, las acciones edilicias presentan un gran inconveniente de carácter estrictamente procesal como es el brevísimo plazo que el Código dispone para su ejercicio en claro perjuicio para el comprador que dispone de muy escaso margen temporal para accionar. Por estas razones y ante la ausencia de una respuesta legislativa apropiada, doctrina y jurisprudencia se han embarcado desde la misma aprobación del Código en un movimiento de trashumancia jurídica desde el ámbito de las acciones edilicias a la teoría general de las obligaciones con el ánimo de construir, bien es cierto que de manera un tanto forzada, un sistema de respuesta apropiado para los nuevos escenarios de la economía. Sin embargo, esta bienintencionada migración ha tenido un resultado poco satisfactorio en la medida en que se ha producido de manera errática y desordenada sin que haya sido posible la articulación de una alternativa unívoca y clara al obsoleto sistema de las acciones edilicias. Y es que tanto la doctrina como la jurisprudencia han sido enormemente vacilantes en este punto (como veremos más adelante, resoluciones judiciales que siguen aplicando las acciones edilicias conviven con otras que aplican las acciones en materia de incumplimiento contractual o incluso del error en el consentimiento) lo que durante muchos años ha sumido en un panorama de profunda confusión un asunto de gran relevancia en la práctica jurídica. La irrupción de la sociedad de consumo y de la producción en masa

sirvió para poner de relieve en mucha mayor medida las insuficiencias del régimen tradicional del saneamiento que, como hemos indicado, se concibió pensando en la compraventa de cosa específica apenas residual en el nuevo contexto económico. Ante la falta de reacción legislativa, el problema de los vicios de la cosa fue inicialmente resuelto de forma convencional mediante la inclusión generalizada en los contratos de la denominada cláusula de garantía que no era otra cosa que una promesa de duración y buen funcionamiento asumida por el vendedor con respecto a los bienes de naturaleza duradera. La aprobación de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 176, de 24 de julio de 1984), ya derogada, supuso el inicio de la reacción legislativa ante el problema de los vicios de la cosa en las compraventas de consumo. En su artículo undécimo se legaliza lo que hasta el momento no había sido sino una práctica voluntariamente asumida por los vendedores de garantizar la duración y buen funcionamiento de los bienes duraderos imponiéndoles las obligaciones de reparación, sustitución y, en su caso, resolución contractual con restitución de precio. La norma, completada en sus aspectos más procedimentales por la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del comercio minorista (BOE nº 15, 17 enero de 1996), supone un cambio de paradigma con respecto al modelo de regulación de los códigos en tanto que se desplazan las acciones de resolución en favor de las pretensiones de cumplimiento, más satisfactorias para los intereses del comprador y, en la mayor parte de

los casos, más convenientes para el vendedor amén de permitir la inclusión, al amparo de la libertad de pactos, de compromisos adicionales de garantía que representen mayores niveles de protección. Finalmente, la ruptura con el régimen del Código civil se produce con la aprobación de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo (BOE nº 165, de julio de 2003), actualmente derogada en lo formal pero incorporada en lo sustancial al Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (BOE nº 287, de 30 de noviembre) mediante la que se traspone al ordenamiento jurídico español 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. Esta norma introduce una técnica aparentemente novedosa como es la falta de conformidad con el contrato que aborda desde una perspectiva integral y única todas las disfunciones que puede sufrir la prestación ejecutada articulando, por fin, una respuesta adecuada a las necesidades del moderno tráfico económico. Como tendremos ocasión de analizar *infra*, un análisis más pausado permite afirmar, sin embargo, que la novedad es más aparente que real en tanto que esa técnica ya formaba parte de nuestro derecho desde el año 1990 en el que el Estado español ratificó la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías[2] cuyo artículo 35 se refiere

[2] Mediante instrumento de adhesión de España a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de

precisamente a la técnica de la falta de conformidad. Incluso un análisis de los códigos permitiría afirmar que la técnica de la falta de conformidad tiene cierta raigambre en nuestro ordenamiento y que el cambio de paradigma que supone la aprobación de la Ley 23/2003 no es tan radical como pudiera parecer *a priori*.

Antes de realizar un estudio más exhaustivo del nuevo régimen de saneamiento resulta conveniente, sin embargo, prestar atención al análisis detallado del régimen de los códigos a fin de comprender debidamente el sistema del que se parte y a cuyas carencias pretenden dar respuesta las nuevas normas.

II.RÉGIMEN DEL SANEAMIENTO POR VICIOS EN EL CÓDIGO CIVIL

1. Consideraciones iniciales

El artículo 1461 del Código civil impone al vendedor el cumplimiento de las obligaciones de entrega y saneamiento[3]. El

mercaderías de 11 de abril de 1980 de fecha 17 de julio de 1990 (BOE nº 26, de 30 de enero de 1991). La adhesión entró en vigor en España el 1 de agosto de 1991.

[3] ENNECERUS, L./KIPP, T./ WOLFF, M.: *Tratado de Derecho civil, Derecho de obligaciones*, vol. II, primera parte, Barcelona, 1966, pág. 98 y pág. 130-131 aclara que aun cuando entre ellas existe una clara relación funcional, las obligaciones de entrega y saneamiento se configuran como obligaciones conceptualmente independientes y cronológicamente separables si bien estrechamente ligadas en la medida en que la una actúa como precedente de la otra. Ello permite afirmar que quien entrega una cosa viciada cumple con su obligación de entrega si bien no quedará liberado de la obligación de sanear el bien entregado. A tal conclusión contribuye la propia intitulación del Código que se refiere separadamente a las obligaciones de entrega y saneamiento. PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de derecho civil*, tomo II, vol. II, 2ª ed., Barcelona, 1982 se pregunta *"¿por qué la existencia de ciertos vicios o defectos ocultos no*

régimen legal de saneamiento por gravámenes o defectos ocultos (arts. 1484 y siguientes del Código civil) se articula en torno a dos bloques normativos claramente diferenciados: de un lado el régimen general aplicable a cualquier venta y, de otro, el régimen especial previsto para la venta de ganados (artículos 1491 y siguientes) al que, precisamente por su carácter específico y reducido ámbito de aplicación, no nos referiremos en el presente estudio. El código, continuando con la tradición romana[4] mantenida por el derecho

sirve para que se declare, simplemente, que ha sido infringida la obligación principal de entregar la cosa vendida en las condiciones convenidas?". La respuesta resulta, en principio, sencilla y es que la obligación de entrega se configura con perfiles propios y diferentes que han podido cumplirse escrupulosamente de manera que no ha lugar, en ese concreto aspecto, a ningún reproche por parte del comprador. La entrega de cosa viciada es entrega a todos los efectos sin perjuicio de que sea posible accionar por los defectos vía artículo 1484 y ss. C.c.

[4] Los antecedentes más remotos del sistema de responsabilidad del vendedor por los vicios de la cosa se encuentran en el derecho romano. En el contrato de compraventa de cosa específica (no se conocen referencias en las fuentes de ningún ejemplo claro de compraventa genérica lo que ha llevado a pensar que el comercio al por mayor de graneles se instrumentara a través de la *stipulatio*) el vendedor responde por los vicios de la cosa a través de la *actio empti* que le impone la obligación de resarcimiento del daño pero carece de efectos resolutivos de la relación contractual. A este sistema propio del *ius civile* se superpone el sistema de protección dispensado por los ediles curules que pivota en torno a las acciones redhibitoria y *quanti minoris* (las que hoy contempla nuestro código civil y que se conocen como acciones edilicias) que, si bien inicialmente se conciben como acciones especiales que únicamente cabría interponer en relación con las ventas de esclavos y animales celebradas en los mercados y en las que se manifiestan una serie de vicios tasados, acabarán ampliando de forma notable su ámbito de aplicación hasta prácticamente convertirse en las acciones generales. Se trata de dos acciones que frente a la *actio empti*, permiten tanto la restitución del daño mediante la reducción del precio (*quanti minoris*) como la resolución del contrato (acción redhibitoria). En la época de Justiniano se produce una notable aproximación entre ambos regímenes en tanto que los efectos de la *actio empti* se amplían hasta llegar a la redhibición y el ámbito de aplicación de las acciones edilicias se ensancha de forma sustancial hasta comprender cualquier objeto vendido. Las Partidas, aun sin citarlas

histórico dispone un sistema objetivo de responsabilidad por los vicios de la cosa que resultará exigible aun cuando el vendedor no conociera la existencia de los vicios en cuya virtud el comprador podrá disponer de las acciones redhibitoria y *quanti minoris* a través de las que obtener la resolución del contrato o, en su caso, la rebaja del precio[5].

expresamente, recogen la influencia de las acciones edilicias en su regulación de la responsabilidad del vendedor por los vicios de la cosa (se percibe de forma clara la referencia a las acciones edilicias en las Leyes 63, 64 y 65). El vendedor deberá responder por los vicios ocultos que la cosa presente aun en el supuesto de que los ignorase si bien el conocimiento o desconocimiento de los mismos tendrá, como no podría ser de otra forma, diferentes consecuencias en la configuración de su responsabilidad (en el caso de que el vendedor conociera los vicios y actuase de mala fe deberá indemnizar los daños y perjuicios ocasionados al comprador). Al igual que ocurriera en derecho romano, junto a las acciones edilicias se recogen remedios alternativos de los que el comprador podría hacer uso. En primer término la *actio empti* cuya imprescriptibilidad se utilizó para extender la protección insuficiente desde el punto de vista temporal que brindaban las acciones edilicias a los bienes de naturaleza imperecedera procurando una mejor protección al comprador en tales supuestos. En segundo lugar, la acción por dolo que penaliza con la obligación de indemnizar daños y perjuicios (o de anular el contrato si el comportamiento doloso del vendedor fue determinante de la propia celebración del contrato) al vendedor que conociera los vicios y no lo manifestare al tiempo de celebrarse el contrato. El régimen de responsabilidad del vendedor no será efectivo en los casos en que este manifiesta al comprador el defecto de la cosa antes de la celebración del contrato o en el supuesto de que, sin conocer ninguno de los dos la existencia de vicios, el comprador manifieste su renuncia a las acciones de protección dispuestas en su favor.

[5] La codificación introduce algunos cambios sustanciales, sin embargo, con respecto a los modelos anteriores. En primer lugar se elimina la duplicidad de remedios, civiles y edilicios, en favor del comprador quedando el régimen unificado en torno a las acciones edilicias redhibitoria y estimatoria (lo que tiene una consecuencia muy negativa en el caso de los bienes imperecederos que únicamente se verán protegidos por las acciones edilicias cuyo plazo de prescripción es de únicamente seis meses frente a la imprescriptibilidad de la *actio empti*). Se introduce, sin embargo, una diversidad de tratamiento entre los vicios de animales y ganados y el resto de bienes. Y, por último, se produce una sensible reducción de los plazos de ejercicio de las diversas acciones que queda unificado en los seis meses desde la entrega de la cosa. MORALES MORENO, A. M.: "El

2. El concepto de vicio

El presupuesto de ejercicio de las acciones edilicias es la existencia de defectos ocultos en la cosa vendida lo que hace ineludible el estudio del concepto de vicio en nuestro ordenamiento jurídico. En el lenguaje usual puede definirse como sinónimo de tara, de imperfección o de falta de funcionamiento[6]. Se trata, en definitiva, de una circunstancia de carácter negativo que afecta al objeto frustrando el interés del comprador. Sin embargo, el concepto de vicio sobre el que el Código civil construye el sistema de saneamiento no pivota en torno a la "esencialidad" u ontología del defecto sino en torno a su capacidad para minorar la funcionalidad del bien. El artículo 1484 se refiere al vicio circunscribiéndolo a aquellos casos en los que hacen a la cosa "*impropia para el uso a que se le 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*"[7]. Esta concepción

alcance protector de las acciones edilicias" en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIII, 1980, págs. 594 a 623.

[6] CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, duodécima edición (revisada y puesta al día por JOSÉ FERRANDIS VILELLA), Madrid, 1985, pág. 132 recoge un concepto similar citando STS de 31 de enero de 1970 en la que se afirma que el vicio consiste en una anomalía por la cual se distingue la cosa que lo padece de las de su misma especie y calidad.

[7] El antecedente inmediato del artículo 1484 lo podemos encontrar en la Partida 5ª, título V, ley 64 en cuya virtud "(…) *otrosi dezimos que si vendiesse vn omme a otro alfund campo o prado, que sopiesse que criaua malas yeruas e dañosas para las bestias que las paceiesen: e quando lo vendiesen se callase que lo non quisiesse decir al comprador que es tenudo por ende el vendedor, de tornarle el precio al comprador, con todos los daños quel vinieren por ende. Mas si esto non sopiesse el vendedor quando la vendio no seria tenudo de tornar mas del precio solamente*".

funcionalista del vicio tiene dos consecuencias muy claras. De un lado, impediría considerar como viciosos aquellos bienes en los que la utilidad no se ve disminuida aun cuando exista algún tipo de defecto o tara. De otro lado, admite la posibilidad de accionar la responsabilidad del vendedor incluso en ausencia de imperfecciones o taras si el bien carece de las condiciones necesarias para satisfacer los usos que le son propios o aquellos expresamente pactados por las partes. Es, pues, la mayor o menor afectación a la funcionalidad del bien y no la existencia de imperfecciones o taras la idea en torno a la cual se construye la concepción legal del defecto oculto que, como decimos, no se reducirá a los objetos que presenten taras o defectos sino que también abarca aquellos objetos que, encontrándose en perfecto estado, ven disminuida su funcionalidad[8].

[8] MORALES MORENO, A. M.: ob. cit. pág. 956. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida" en CAÑIZARES LASO/DE PABLO CONTRERAS/ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.): *Código civil comentado*, volumen IV, libro IV, De los obligaciones y contratos: contratos en particular, derecho de daños y prescripción, Cizur Menor, 2011, págs. 197 y ss. asume este mismo criterio a la hora de determinar el concepto de vicio redhibitorio del artículo 1484 C.c. Según el autor, para calificar la cosa como viciada habrá que atender a los propósitos prácticos perseguidos por el comprador de suerte que serán defectuosos aquellos bienes que, careciendo de cualquier anomalía, no prestan, sin embargo, la utilidad buscada por el comprador (Ej.: falta de autenticidad de una obra pictórica atribuida a un afamado pintor) y sensu contrario, cabe entender que no resultan defectuosos determinados bienes que, presentando claras deficiencias, sin embargo, se acomodan perfectamente con el uso pretendido por la parte compradora (Ej.: un automóvil antiguo que no funciona pero que no fue adquirido con el propósito de utilizarlo en carretera sino de integrarlo en una colección).

Si lesionado resulta el interés del comprador cuando el bien adquirido presenta un vicio en sentido estricto (existencia de una tara, imperfección o defecto) idéntica lesión puede apreciarse cuando el bien, no presentando vicios, adolezca, sin embargo, de una falta de cualidades o pertenezca a una especie de calidad inferior por mucho que la literalidad del artículo 1484 únicamente se refiera al defecto oculto. A la vista de todo ello cabe cuestionarse la conveniencia de reformular el concepto de vicio redhibitorio que ha manejado tradicionalmente la doctrina superando la inicial y restrictiva idea de tara para dar cabida a otras patologías con idéntico potencial lesivo para los intereses del comprador cuyo resarcimiento será más fácil a través de las acciones edilicias que mediante las acciones generales en materia de incumplimiento contractual. A esta cuestión nos referiremos con detalle más adelante pero sí que es posible apuntar en este momento que nuestro Código civil no ha dispensado un tratamiento especial a las faltas de calidad frente al supuesto de vicios lo que permite afirmar, sin perjuicio de ulteriores matizaciones, que las acciones edilicias podrían ejercitarse también en tales supuestos. Ha de tenerse en cuenta, además, que si la determinación del supuesto de hecho se realiza desde una perspectiva puramente funcional debiera dispensarse tratamiento unitario a cualquier patología que afecte la funcionalidad del bien, tanto si se trata de un defecto como de una falta de calidad[9].

[9] MORALES MORENO, A. M.: El alcance protector ob. cit. pág. 652 y ss. afirma que en un sistema como el nuestro en el que se ha superado la

2.1. La funcionalidad del bien como criterio de calificación de los defectos

La funcionalidad actúa, por tanto, como elemento modulador de la consideración del vicio. En este punto cabe hablar de una funcionalidad subjetiva (la pretendida por las partes en el contrato o lo usos "especiales" del bien Ej.: vehículo que no se va a utilizar para el mero transporte de personas u objetos sino para su empleo en competiciones de velocidad) y de una funcionalidad objetiva (la

construcción puramente objetiva del vicio es difícil establecer un criterio inequívoco de diferenciación entre vicio y falta de calidad. Pero además asegura que no es ni siquiera necesario articular un criterio de diferenciación puesto que, desde la perspectiva funcional, se trata de patologías asimilables. En la misma línea se manifiesta FENOY PICÓN, N.: "Del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida" en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.): *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010, pág. 1618. En contra de la consideración como vicio de la falta de cualidades se manifiesta MANRESA Y NAVARRO, J. Mª. (sexta edición revisada por BLOCH, J. Mª): *Comentarios al código civil español,* tomo X, vol. I, Madrid, 1969, pág.336 para quien el vicio redhibitorio únicamente podría considerarse en los casos de imperfección o tara del bien y no en el supuesto de ausencia de cualidades. Según el autor, la falta de cualidades del bien, aun suponiendo un claro perjuicio para el comprador, no constituye un caso de vicio redhibitorio lo que no quiere decir que quede completamente desatendido por el derecho sino que, simplemente, no dará lugar al ejercicio de acciones edilicias. Siguiendo una aplicación analógica del artículo 1494 del Código civil en cuya virtud cabe ejercitar la acción de nulidad en el supuesto de venta de ganados y animales si "*expresándose en el mismo contrato el servicio o uso para que se adquieren, resultaren inútiles para prestarlo"* el autor considera (citando el ejemplo de un buey que, teniendo excelente aptitud cárnica, no posee, sin embargo, cualidades para su empleo en el trabajo del campo) que la ausencia de cualidades del bien deberá reconducirse por la vía de la nulidad y no de las acciones redhibitorias. También opta por un concepto restrictivo o estricto del vicio GARCÍA CANTERO, G.: "Artículos 1484 a 1490" en ALBALADEJO, M. (dir.): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo XIX, 1980, pág. 338-339. Según este autor la falta de calidad no es equiparable al vicio en relación con el saneamiento. El vicio, entendido como todo defecto que no suponga la falta de calidades esenciales ordinarias, dará lugar a las acciones de saneamiento mientras que las faltas de cualidad o calidad se deberán reconducir mediante las acciones generales de resolución por incumplimiento.

funcionalidad "estandarizada" que cabe esperar de bienes del mismo tipo y condición)[10] y surge la duda de cuál de los dos estándares de funcionalidad ha de ser tomado en cuenta como parámetro para analizar el hipotético carácter defectuoso del bien. En un contexto económico complejo con gran diversificación de productos, un modelo objetivo y absoluto, que parte de la idea de establecer categorías de bienes tipo con utilidades estandarizadas, resulta insuficiente por excesivamente reduccionista ya que no siempre será posible hacer encajar la riqueza de supuestos que pueden darse en la práctica en una serie de categorías predeterminadas. Un sistema relativo o subjetivo, por el contrario, resulta más apropiado a realidades económicas de mayor complejidad y otorga al comprador un nivel de protección más satisfactorio[11]. A la vista de todo ello puede afirmarse que, en principio, la utilidad o funcionalidad que se ha de tener en cuenta será la expresada por las partes en el contrato aun cuando no coincida con los modelos o patrones propios del

[10] La construcción del concepto de vicio se puede realizar desde una perspectiva objetiva o abstracta y también desde una óptima subjetiva o concreta. En el primer caso se delimita la noción de vicio atendiendo a criterios abstractos, objetivos, en atención a valores de perfección y utilidad imperantes en el tráfico para cada concreto tipo de bien mientras que desde la perspectiva subjetiva se tendrá en cuenta fundamentalmente la voluntad perseguida por las partes en el contrato no tratándose de parámetros de definición absolutamente independientes sino, antes al contrario, altamente interdependientes en la medida en que los criterios objetivos pueden ser asumidos o excluidos por las partes y resultarán aplicables en los casos de ausencia de pronunciamiento expreso al respecto. MORALES MORENO, A, M.: El alcance protector, ob. cit. págs. 635-638.

[11] MORALES MORENO, A. M.: El alcance protector, ob. cit. págs. 647 a 649.

tráfico (usos especiales del bien) y, a falta de pacto en tal sentido, se tomará como referencia la funcionalidad estandarizada de los objetos del mismo tipo[12]. Nótese que para que el uso especial o subjetivo perseguido por las partes sea tenido en cuenta éste ha debido explicitarse en el momento de la contratación contando con la aprobación del vendedor.

2.2. Requisitos del vicio

2.2.1. Gravedad[13]

Por último ha de puntualizarse que no cualquier afectación a la funcionalidad actuará como presupuesto de las acciones edilicias

[12] CASTÁN TOBEÑAS, J.: ob. cit. pág. 133 asume este mismo planteamiento al afirmar que "*la referencia que hace el artículo 1484 al uso a que se destina la cosa ha de entenderse en un sentido objetivo (uso normal de la cosa) sin que pueda tomarse en cuenta un propósito o plan del comprador relativo al uso de la cosa, a no ser que en el contrato se hubiera expresado que la cosa se compraba tal uso y a causa de su aptitud para ser destinada a él*". En idéntica línea se manifiestan PUIG BRUTAU, J.: ob. cit. pág. 196; MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: ob. cit. pág. 337 y DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 198 para quien, en aras de la seguridad jurídica, ha de negarse virtualidad relevancia a los puros motivos subjetivos del comprador que no hayan sido manifestados al vendedor y que no hayan sido expresa o tácitamente incorporados por las partes a la causa del contrato. En tales casos será el comprador quien deba alegar y probar que el bien se adquirió para destinarlo a un uso especial y diferente al estandarizado pues, en caso contrario, la valoración del hipotético carácter vicioso del bien se hará atendiendo únicamente a los usos estandarizados del mismo. SCAEVOLA, Q. M.: Código civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos, tomo XXIII, segunda edición (revisada por BONET RAMÓN, F.), Madrid, 1970, págs. 188-189 se refiere en similares términos al uso de los bienes estableciendo, sin embargo, una priorización en favor del uso normal al que se destinan las cosas frente al uso subjetivo o especial perseguido por las partes en el contrato que, a su juicio, únicamente podrá ser tenido en cuenta cuando se ha hecho manifiesto a través del contrato.

[13] Sobre la gravedad del vicio vid. también nota 47

sino únicamente aquellas que supongan un menor valor económico del bien tal y como se deduce de la propia dicción del artículo 1484 al afirmar que la disminución del uso al que el bien se destina llega a tal extremo que de haberse conocido el defecto, el comprador no habría celebrado el contrato o habría dado menor precio por él[14]. *Sensu contrario*, si la afectación a la funcionalidad resulta inocua (por tratarse de un defecto de muy escasa relevancia) en términos de valor o, si incluso, supusiera una revalorización (pensemos, por ejemplo, en un objeto que se adquiere sin conocer que se trata de un artículo único que, incluso careciendo de su funcionalidad propia, adquiere un elevado valor económico precisamente por su carácter exclusivo e irrepetible) no cabe el ejercicio de las acciones edilicias que, como

[14] GARCIA GOYENA, F.: Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, reimpr., Zaragoza, 1974, pág. 750 afirma que no basta un vicio cualquiera sino que se requiere que el mismo tenga cierta magnitud y se remite a la ley 1, párrafo 8, título 1, libro 21 del Digesto. GARCIA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 345 afirma que no basta con la mera alegación del comprador de que no habría adquirido el bien si hubiese tenido conocimiento del defecto sino que se requerirá probar que la disminución de utilidad es importante. CASTÁN TOBEÑAS, J.: ob. cit. pág. 133 se refiere a la exigencia de que el defecto sea grave hasta el punto de que, de haberse conocido por el comprador, habría frustrado la venta o habría supuesto un precio menor. El autor pone de manifiesto la dificultad que representa hacer derivar la calificación del defecto de un elemento intencional de difícil prueba como es la intención o la voluntad de las partes en torno a la materialización de la venta o a la fijación del precio. A la exigencia de gravedad del vicio se refiere también FENOY PICÓN, N.: ob. cit. pág. 1619. MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: ob. cit. pág. 336 afirma que, al contrario de lo que ocurre en el caso de los defectos de cabida, que resultan muy fácilmente cuantificables, en el supuesto de los vicios redhibitorios la determinación del *quantum* del vicio no podrá realizarse apriorísticamente sino que deberá hacerse caso por caso en atención a la disminución de la funcionalidad que éste presente lo que, según el autor, hace especialmente relevante la función probatoria. En idéntico sentido se pronuncia BADENES GASSET, R.: El contrato de compraventa, tomo I, Barcelona, 1979, pág. 693.

sabemos, se dirigen a resarcir al comprador por el daño patrimonial que le irroga la adquisición de un bien defectuoso o falto de cualidades[15]. En todo caso, la valoración ha de hacerse con respecto a la funcionalidad específica perseguida por las partes y no en relación con la funcionalidad abstracta del tipo concreto de bien pues el defecto que permite el saneamiento no es sino el que merma o incluso elimina la funcionalidad subjetiva de la que el comprador desea beneficiarse. De hecho, cabe la opción de que dicha funcionalidad abstracta no se haya visto en ningún caso minorada y que, por verse mermada la funcionalidad subjetiva, sea posible el ejercicio de las acciones edilicias. Que la apreciación de la entidad del vicio deba realizarse a la vista de los concretos intereses y preferencias de la parte compradora no supone, sin embargo, la atribución a ésta de una facultad ilimitada para valorar el grado de cumplimiento pues lo contrario supondría dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una sola de las partes en contra del artículo 1256 C.c.[16].

2.2.2 Carácter oculto

El vicio debe ser oculto, esto es, un vicio que no resulta conocido ni detectable por el comprador en el momento de la

[15] En la misma línea se pronuncia MORALES MORENO, A. M.: *El alcance protector*, ob. cit. pág. 656 y 657. SCAEVOLA, Q.M.: ob. cit. pág. 189 afirma que las diferencias de escasa entidad no darán lugar al saneamiento, doctrina que califica de "*muy justa*".

[16] BADENES GASSET, R. ob. cit. pág. 694 se manifiesta en estos mismos términos.

perfección contractual[17]. No tienen la condición de ocultos aquellos vicios que resultan manifiestos, esto es, que estuviesen a la vista o que fueren detectables mediante la simple observación de un profano sin asistencia de peritos puesto que en estos casos el conocimiento previo de los mismos por el comprador pudo ser tenido en cuenta en la fijación del precio[18]. Tampoco se consideran como vicios ocultos los

[17] MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: ob. cit. pág. 337 conecta el carácter oculto del vicio con la idea de que el comprador ha contratado bajo un supuesto de error. Crítico con esta afirmación de MANRESA se manifiesta GARCÍA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 342 y afirma que la referencia al carácter oculto o manifiesto del vicio se realiza con el ánimo de excluir cualquier responsabilidad por vicios de los que el comprador era consciente pues, según él, esta responsabilidad tiene su fundamento en la buena fe. Podría añadirse, además, que en el caso de vicios manifiestos y conocidos para el comprador, no cabría apreciar lesión de interés alguna que pudiera justificar el ejercicio de acciones edilicias pues ese tipo de artículos que se venden como tarados tienen un precio inferior en atención precisamente a la existencia de defectos.

[18] GARCÍA GOYENA, F.: ob. cit. pág. 750 afirma que en lo manifiesto no cabe engaño y que en tal caso "*no aprovecha al comprador alegar que ignoró o se apercibió del defecto*". En relación con los expertos manifiesta que no debe admitirse ignorancia aun de los defectos no manifiestos que debieron conocer fácilmente por las reglas de su oficio o profesión. BADENES GASSET, R.: ob. cit. pág. 691. DE VERDA Y BEAMONTE J. R.: ob. cit. pág. 199 se refiere, con abundante cita jurisprudencial, a los vicios manifiestos y afirma que la conducta del vendedor puede resultar determinante en la calificación de este tipo de vicios. Así, cuando el vendedor afirma que la cosa se encuentra en perfectas condiciones sus palabras pueden tener el efecto de transformar la calificación de un vicio que en principio resultaría manifiesto y, por ende, no redhibitorio, en un vicio oculto contra el que ejercitar las acciones edilicias. Se refiere también el autor a la recurrente práctica de incluir en los contratos cláusulas en las que el comprador declara conocer el estado de la cosa que adquiere (normalmente sin tener constancia alguna) y con las que el vendedor busca la exoneración de responsabilidad. Al respecto cabría decir que tales cláusulas, que la mayor parte de las veces tendrán la consideración de condiciones generales de la contratación o, al menos, de cláusulas no negociadas individualmente, pueden resultar abusivas en tanto que representan una alteración en contra de las exigencias de la buena fe del equilibrio entre los derechos y obligaciones de las partes (art. 82 del 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 normas complementarias). En la medida en que puedan reputarse abusivas

vicios que resultaren conocidos a las partes con carácter previo a la conclusión del contrato y que, de nuevo, han podido ser tenidos en cuenta en la fijación del precio con lo cual no habría lugar a la lesión económica que justifica el ejercicio de las acciones edilicias. Idéntico tratamiento puede darse a aquellos vicios que son propios de todas las cosas de igual naturaleza pues en tales casos hay una presunción racional de que el adquirente o los conocía o podía contar con ellos[19].

2.2.2.1. Las condiciones subjetivas del comprador y el carácter oculto del bien

No tendrán la consideración de ocultos a los efectos que aquí nos interesan aquellos que siendo el comprador "*un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos*"[20]. Nótese como las condiciones subjetivas del comprador no resultan indiferentes en este punto. Se articulan así dos niveles de diligencia en la detección del vicio: el del hombre medio y el agravado del profesional[21] cuya

se considerarán nulas y se tendrán por no puestas quedando sin el pretendido efecto exonerador buscado por el vendedor.

[19] SCAEVOLA, Q. M.: ob. cit. pág. 191 así lo considera.

[20] A estos vicios que no están a la vista del normal comprador pero que sí resultan detectables para un perito los denomina BADENES GASSET, R.: ob. cit. pág. 692 vicios no efectivamente ocultos.

[21] Una de las definiciones del concepto de perito que cuenta con mayor aceptación es la contenida en la STS 6 julio 1984 (RJ 1984\3799) en la que se afirma que perito es quien por su actividad profesional tiene cualidades para conocer las características de determinados bienes. No ha de entenderse en sentido técnico como persona con un título profesional. FENOY PICÓN, N.: ob. cit. pág. 1619. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 200 afirma que la condición de perito, según la jurisprudencia, no tiene carácter formal, no se refiere a una persona con titulación oficial sino a quien tiene conocimientos prácticos en el sector en el que se inserta la compraventa. Afirma también que la condición de

consecuencia principal será la modulación de la responsabilidad del vendedor que será prácticamente ineludible en el caso de un comprador medio carente de la condición de perito pero que, por el contrario, podría verse minorada o incluso cesar en el caso de que el comprador, teniendo la condición de perito, no hubiera detectado aquellos vicios que fácilmente hubiera debido advertir dada su especial capacidad[22]. Al perito no se le impone la obligación de detectar cualquier tipo de vicio sino únicamente aquellos que resultaren fácilmente detectables en el momento de la perfección del contrato rigiendo para el resto de vicios que no fueren fácilmente detectables las reglas generales aplicables al hombre medio[23].

perito puede predicarse tanto de una persona física como de una persona jurídica citando el ejemplo habitual de una sociedad inmobiliaria que adquiere un inmueble construido con cemento aluminoso.

[22] SCAEVOLA, Q. M.: ob. cit. pág. 191 se refiere al caso de la venta de una vivienda en cuyos paramentos verticales puede apreciarse la existencia de diversas grietas. A juicio del autor, el comprador profano puede ni siquiera advertir la presencia de las grietas y, caso de hacerlo, las considerará imputables al secado de los materiales o al asiento de la edificación. Sin embargo, cuando el comprador es un arquitecto no se le admitirá alegar desconocimiento de los vicios pues ha debido ser consciente, por sus especiales conocimientos, que las grietas podrían tener una mayor trascendencia en la conservación del edificio.

[23] MORALES MORENO, A. M.: ob. cit. pág. 957 se refiere a las condiciones subjetivas y su influencia en el patrón de diligencia exigible al comprador al celebrar el contrato (buena fe *in contrahendo*). CASTÁN TOBEÑAS, J.: ob. cit. pág. 133 en la misma línea aunque poniendo de manifiesto el carácter dispositivo de estas normas y su susceptible desplazamiento por los pactos entre las partes. MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: ob. cit. pág. 338 se pronuncia en similares términos. GARCÍA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 343 afirma que el tratamiento que se hace del perito no le sitúa en peor condición que al resto puesto que únicamente le obliga a conocer los vicios que resultaren fácilmente detectables y no cualquier tipo de vicio. El régimen aplicable a los compradores peritos resultaría también extensible a los compradores que cuentan con la asistencia técnica pericial en el momento de formalizar la compra. SCAEVOLA, Q. M.: ob. cit. pág. 191 afirma que, en primer lugar, la exigencia reforzada con

2.2.2.2. El conocimiento del vendedor

En todo caso la apreciación del carácter oculto del bien ha de hacerse en relación con el comprador puesto que el vendedor será responsable por los vicios incluso en el caso de que los ignorara (artículo 1485.1 C.c.)[24]. El conocimiento de los vicios por parte del

respecto a los peritos únicamente se refiere a los vicios que fácilmente se puedan detectar por quien tiene sus condiciones. Quedan igualados el técnico y el profano a los efectos de la disposición desde el momento en que lo que está a la vista del profano y aquello que no lo está para él pero sí para el técnico por cuanto no escapa al fácil reconocimiento que le permite su ilustración especial, son la misma cosa y se resuelven en la sola presunción legal de haberlo conocido. Para el autor, "*los ojos del perito llegan más dentro que los del profano: el Código tomando en consideración esa diferencia de visualidad (…). Se considera al técnico provisto de gemelos y al profano mirando con su vista normal, y según es el alcance de la visión, así se establece su compromiso*".

[24] En este aspecto nuestro Código, que sigue al francés, continúa con la tradición jurídica iniciada en Roma. En la época romana las acciones edilicias se articularon para dotar de una mayor protección a los adquirentes de animales y esclavos frente a los vendedores profesionales que ostentaban una posición de preeminencia frente a ellos por su mayor conocimiento de los bienes objeto de venta. Sin embargo, el hecho de que las normas sobre saneamiento tengan aplicación no sólo a los casos de contratación vertical caracterizada por la debilidad de una parte frente a la otra sino también en la contratación horizontal en la que existe una paridad posicional entre comprador y vendedor y que, por definición, no requiere de la adopción de medidas correctivas resulta criticable por incoherente. La única explicación que salvaría esta contradicción es que el legislador no pretende tanto establecer medidas de reequilibrio de la relación en favor de la parte débil del contrato como articular un sistema de distribución de los riesgos que entrañan las operaciones de compraventa en el que se opta por dotar de protección preferente al comprador frente al vendedor en el entendimiento de que éste le resulta más fácil conocer el producto vendido y, por ende, sus posibles vicios (argumento que, siendo plenamente válido para el vendedor fabricante o propietario puede no serlo tanto para el caso de los distribuidores que nada han tenido que ver en el diseño del producto si bien a ellos habrá que aplicarles, por su carácter profesional, la diligencia agravada del ordenado empresario que, no siendo fabricante sí ha debido conocer el producto por constituir el objeto de su actividad profesional habitual), porque se considera que el riesgo de vicios ha de recaer sobre aquel que lo crea (fabricando o poniendo en el mercado bienes defectuosos) y, sobre todo, porque el vendedor obtiene un lucro de su actividad. Así lo manifiesta DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 208-209.

vendedor sí que constituirá, por el contrario, un elemento de agravación de responsabilidad por la actuación dolosa[25]. Resta por último puntualizar que el carácter oculto del vicio únicamente puede apreciarse en los casos de venta de cosa específica mientras que en los casos de venta genérica no es concebible un conocimiento del comprador antes de la especificación de la misma[26].

2.2.3. Preexistencia

Aun cuando no se realiza mención expresa en el artículo 1484, una interpretación sistemática permite afirmar que el vicio ha de ser, además, anterior a la celebración del contrato pues ninguna responsabilidad le corresponde al vendedor por los desperfectos que la cosa haya podido sufrir como consecuencia de su uso por parte del comprador una vez este se encuentre en su posesión[27]. En el supuesto

[25] MORALES MORENO, A. M.: ob. cit. pág. 958; MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: ob. cit. pág. 342 así lo afirma también al entender que el sistema de acciones de saneamiento no tiene por objetivo penalizar la mala fe del vendedor sino simplemente corregir los efectos que para el comprador ha tenido la existencia de un error en la formación de su voluntad negocial. GARCÍA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 343 también se muestra en la misma línea. Para determinar el grado de conocimiento del vendedor habrán de tenerse en cuenta sus condiciones personales al igual que en el caso del comprador. De forma que aquellos vendedores que tengan la condición de peritos o actúen asistidos por uno deberán conocer determinados defectos y si no fuera así asumir la responsabilidad. SCAEVOLA, Q. M.: ob. cit. pág. 193

[26] Así lo manifiesta BADENES GASSET, R.: ob. cit. pág. 691

[27] En idéntico sentido se pronuncia ENNECERUS, L./ KIPP, T./ WOLFF, M.: *ob. cit*. pág. 99 cuando afirma que el requisito de la preexistencia del vicio se infiere fácilmente de la lectura del artículo 1484 en tanto que sólo si los vicios son anteriores a la celebración del contrato cabría pensar que el comprador no habría celebrado el contrato o habría dado menos precio por la cosa.

de venta de cosa específica el momento para apreciar la concurrencia del defecto sería la propia conclusión del contrato mientras que si se trata de venta de cosa genérica el momento relevante a los efectos que aquí nos interesan es el de la especificación[28]. Cabría cuestionarse si, siendo el vicio preexistente al contrato, cabe ejercitar las acciones edilicias aun cuando las consecuencias de la afección aún no se han manifestado o si, por el contrario, debe esperarse a que tales

MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: ob. cit. pág. 339 se pregunta si la prueba de que el vicio es anterior a la celebración del contrato le corresponde al comprador, como podría parecer siguiendo las normas generales en materia de distribución de la carga de la prueba, o si, por el contrario, cabría apreciar una presunción en su favor que le libera de dicha carga probatoria. A falta de presunción legal y sin que concurran los presupuestos para poder hacer uso de una presunción judicial ex. art. 1253 C. c., el autor concluye que en este punto han de aplicarse las reglas generales en materia de distribución de la carga de la prueba quedando, por tanto, en manos de quien demanda por los vicios, esto es, del comprador. Cita el autor dos casos curiosos de la jurisprudencia francesa sobre la posible aplicación a las obras literarias o periodísticas de la doctrina de los vicios ocultos para concluir al respecto que, por tratarse de una propiedad especial con perfiles propios, la propiedad intelectual no puede entenderse concernida por las disposiciones del Código en materia de vicios ocultos. A nuestro entender ha de distinguirse entre la obra propiamente dicha (pictórica, literaria o de cualquier otro tipo), cuya protección ha de vehicularse por las específicas disposiciones en materia de propiedad intelectual, y el soporte material de la misma al que, por tratarse de un objeto corpóreo destinado al uso, sí resultaría enteramente aplicable. Ej.: libro que no está correctamente impreso dificultándose su lectura, libro que está incompleto, mal encuadernado, lienzo que se encuentra desgarrado, etc. Siguiendo, casi literalmente, los postulados de MANRESA Y NAVARRO se manifiesta BADENES GASSET, R.: ob. cit. págs. 676-677. GARCÍA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 341 se manifiesta partidario incluso de entender aplicable el régimen del saneamiento no ya al soporte material sino a la propia obra inmaterial si bien su planteamiento no resulta del todo coherente cuando en el mismo párrafo afirma que "*la responsabilidad por vicios o defectos ocultos sólo afecta a los caracteres corporales o físicos de la cosa vendida*" para rechazar la aplicación de las reglas de responsabilidad por saneamiento a las cuestiones de carácter jurídico y, en particular, a los gravámenes ocultos de la cosa. A la carga probatoria se refiere en los mismos términos DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 201.

[28] Así lo manifiesta BADENES GASSET, R. ob. cit. pág. 695.

consecuencias sean perceptibles para interponer las acciones. Realizando una interpretación sistemática de las normas sobre saneamiento cabría decantarse por la primera opción permitiendo al comprador ejercitar las acciones tan pronto tenga conocimiento de la existencia de un vicio que, si bien aún no ha tenido manifestaciones, acabará teniéndolas según el normal desenvolvimiento de las cosas ya que, de otra forma, las acciones edilicias, dado su brevísimo plazo de ejercicio, podrían estar ya extinguidas cuando las manifestaciones del vicio comiencen a dejarse sentir[29].

2.2.4. Gravámenes ocultos: ¿se pueden considerar como defectos?

Surge la duda de si los vicios redhibitorios serán únicamente aquellos que afecten a las cualidades corpóreas de los bienes adquiridos o si, por el contrario, podrían tener dicha consideración otras afecciones que, si bien no inciden en la corporeidad del bien, sí merman o condicionan la funcionalidad del mismo. Nos referimos a los vicios basados en cuestiones jurídicas y, particularmente, a los gravámenes ocultos de la cosa vendida. En apoyo a esta consideración cabe citar en primer lugar la propia nomenclatura del Código que regula los vicios de la cosa bajo la rúbrica de "*Del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida*" aun cuando el primero

[29] DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 201 así lo entiende también. Para BADENES GASSET, R.: ob. cit. pág. 695 "*basta que la cosa tuviere ya el germen del defecto (…) pudiendo decirse que el vicio existía en el momento del contrato*".

de los artículos dedicados a la materia no haga referencia alguna a los gravámenes ocultos sino únicamente a los defectos (el artículo 1483 C.c., que es el que se refiere a los gravámenes ocultos de la cosa, no está incluido en el bloque que contiene las acciones de saneamiento por vicios sino en el relativo a la evicción). Asimismo, la elevada dosis de similitud, rayana con la intercambiabilidad, entre los supuestos de hecho de los artículos 1483 y 1484 C.c. o los similares remedios que el Código dispone para el comprador en ambos supuestos (si bien existen diferencias notables como el plazo de ejercicio de las acciones que en el caso del artículo 1483 es de un año para la rescisión del contrato y de hasta dos para la indemnización)[30].

3. Las acciones de saneamiento

Las acciones de saneamiento, conocidas también como acciones edilicias, se recogen en el artículo 1486 C.c. Se trata de las

[30] ENNECERUS, L./ KIPP, T./ WOLFF, M.: *ob. cit. pág. 100* llega a afirmar que el artículo 1483 no guarda ninguna relación con los supuestos de evicción de los artículos que le preceden (en tanto que no exige vencimiento en juicio para la interposición de las acciones que recoge que, por lo demás, no guardan parecido alguno con las propias de los supuestos de evicción sino que, antes al contrario, resultan muy próximas a las acciones de saneamiento por defectos ocultos) y se manifiesta partidario de que dicho precepto encabece las reglas del saneamiento por los gravámenes o defectos en lugar de figurar como el último de los dedicados a la evicción. Parecido tratamiento se reclama para las especiales medidas sobre los defectos de cabida en la compraventa de inmuebles que, a juicio del autor, constituyen, de nuevo auténticos supuestos de saneamiento en tanto que permiten al comprador, con idénticos plazos que las acciones edilicias, instar la resolución del contrato o la rebaja proporcional del precio siempre que la venta se hubiese hecho "con expresión de un precio por unidad de medida o número" (arts. 1469 y ss.). SCAEVOLA, M.: ob. cit. pág. 185 también critica el epígrafe de la subsección por referirse a los defectos y gravámenes ocultos de la cosa cuando, en realidad, únicamente se refiere al primero de los supuestos.

acciones redhibitoria y estimatoria o *quanti minoris* (el precepto recoge en su párrafo segundo la acción de responsabilidad por dolo del vendedor que, sin embargo, no comparte naturaleza jurídica con las acciones edilicias sino que constituye una norma de atribución de responsabilidad contractual) que el ordenamiento pone a disposición del comprador que padece las consecuencias negativas de la adquisición de un artículo viciado[31].

3.1. La acción redhibitoria

La acción redhibitoria se configura como una acción que permite al comprador desvincularse del contrato[32].

[31] GARCÍA GOYENA, F.: *ob. cit*. pág. 751 relata cómo la ley 64 título 5 partida quinta sólo concede la acción redhibitoria cuando el vendedor sabía el defecto mientras que ignorándolo simplemente se reconocía la acción estimatoria. BADENES GASSET, R.: *ob. cit*. pág. 706 relata que en este punto nuestro Código se ha apartado de las normas generales en materia de obligaciones y contratos ofreciendo al comprador la opción entre la resolución contractual y la reducción del precio pero desechando otro de los remedios que, amén de constituir uno de los primigenios ante supuestos de incumplimiento contractual, puede resultar más fácil de asumir y proporcionar mayor nivel de satisfacción de los intereses del comprador. Este remedio no es otro que la pretensión de cumplimiento que se contempla con carácter general en los supuestos de incumplimiento de las obligaciones recíprocas, como es el caso, en el artículo 1124 C.c. Esta solución ha sido, de hecho, adoptada por el Código de comercio en su artículo 336.3 que reconoce al comprador la opción entre la rescisión del contrato y el cumplimiento del mismo. Esta pretensión de cumplimiento entraña, en realidad, la sustitución de la cosa viciada por una cosa carente de defectos opción que resultaría, como decimos, enteramente satisfactoria para el comprador que, teniendo una necesidad de compra no desea retrotraerse al momento anterior a la misma sino satisfacer dicha necesidad con la adquisición alternativa de un producto sano.

[32] El artículo 1486 C.c. habla indistintamente de rescisión y de desistimiento del contrato

3.1.1. Legitimación activa. Especial consideración a los ulteriores adquirentes del bien

Resta por analizar, en último lugar, si el único sujeto legitimado para el ejercicio de tales acciones es el comprador que fue parte en el contrato o si, por el contrario, también lo serían los ulteriores adquirentes del bien, cuestión que depende de la previa calificación de las normas sobre saneamiento como normas de responsabilidad contractual o como mero sistema de atribución de riesgos. En el primer caso, sólo el comprador originario quedaría legitimado para el ejercicio de las acciones debiendo el resto de compradores accionar por la vía de la responsabilidad extracontractual ex art. 1902 C.c. mientras que en el otro supuesto no habría inconveniente en entender que los ulteriores adquirentes del bien pueden ejercitar las acciones frente al vendedor siempre y cuando, claro está, se encuentren dentro de los plazos previstos para su ejercicio[33].

3.1.2. Efectos

[33] GARCÍA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 346 afirma que ante el silencio del código civil (a diferencia de la responsabilidad por evicción) no cabe entender extensible la legitimación activa para el ejercicio de estas acciones frente al vendedor originario a los consecutivos compradores puesto que no fueron parte en el contrato. Cabría afirmar que cuando se produce la transmisión de la cosa se transmiten igualmente todos los derechos sobre la misma entre los que puede entenderse el derecho a accionar en caso de vicios ocultos, se trataría no tanto de una acción de carácter personal sino de una suerte de garantía *ob rem* que acompaña a la cosa con independencia de quién sea su propietario en cada momento y que permite al comprador que detecte el vicio hacer efectiva la correspondiente responsabilidad frente al vendedor.

La falta de regulación de los efectos de la acción redhibitoria obliga al intérprete a remitirse a las normas generales en materia de contratos y, en particular, a los artículos 1295 y 1303 C.c. con los que el supuesto de saneamiento por vicios guarda cierta identidad de razón que permitiría una aplicación analógica[34]. En virtud de tales preceptos las partes quedan obligadas a la recíproca restitución de las prestaciones efectuadas con sus frutos o intereses, en su caso, reponiendo las cosas al estado en que se encontraban antes de la celebración del contrato[35].

[34] El artículo 1291 C.c. declara procedente la rescisión en una serie de supuestos entre los cuales se encuentran, precisamente, aquellos en los que así lo determine la ley. Es comúnmente aceptado que el artículo 1486 no es sino una concreción de lo dispuesto por el artículo 1291.5 del Código y que, por ende, los efectos derivados del ejercicio de la acción redhibitoria han de ser los propios de la rescisión que, según dispone el artículo 1295, se concretarán en "la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses".

[35] GARCÍA GOYENA, F.: ob. cit. pág. 751 se refiere a la acción redhibitoria afirmando que por ella se reponen la cosas tanto respecto del vendedor como del comprador al ser y estado que tenían antes de celebrarse el contrato en lo que no deja de ser una restitución *in integrum* de modo que ambos *nihil amplius consequatur quam quod haberet si venditio facta non esset*. El vendedor recobrará la cosa con sus frutos y las utilidades que produjo o dejó de producir por culpa del comprador y éste deberá restituir el precio con sus intereses que pueden, sin embargo, compensarse con los frutos. En este sentido, ENNECERUS, L./ KIPP, T./ WOLFF, M.: ob. cit. págs. 114-115 y DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 210. Una lectura aislada del artículo 1486 podría conducir a afirmar que la acción redhibitoria, en tanto que conduce a la recíproca restitución de las prestaciones, únicamente podría ser ejercitada por aquellos compradores que se encuentren en condiciones de poder devolver la cosa objeto de la compraventa (pensemos, por ejemplo, en los casos en que la cosa haya sido transmitida a un tercero o se haya perdido). Sin embargo, la interpretación sistemática del artículo en relación con el resto de preceptos (fundamentalmente los artículos 1487 y 1488) permite rectificar esa prematura afirmación y concluir que la acción redhibitoria no se encuentra vedada a ningún comprador sin perjuicio de las necesarias matizaciones que habrán de realizarse en los supuestos en que la cosa se haya perdido. En tal sentido, MORALES MORENO,

El comprador deberá restituir la cosa con sus frutos[36] respondiendo únicamente de aquellas pérdidas que la cosa haya podido experimentar por su culpa o negligencia. Nada se dice sobre los gravámenes que el comprador haya podido constituir sobre la cosa pero en aplicación del artículo 1520 C.c. por vía analógica puede afirmarse que el comprador deberá, antes de devolver la cosa al vendedor, levantar dichas cargas[37].

Por su parte, el vendedor deberá proceder a la devolución al comprador del precio[38] con sus intereses así como "*los gastos que pagó*". Al respecto de esta última cuestión podría afirmarse que en tanto que la medida se impone a cualquier vendedor incluido el que actúa de buena fe, no estaríamos hablando de una penalización a éste sino de una disposición integrada en el sistema de ordenación de

A. M.: ob. cit. pág. 960. Si la cosa hubiese sido objeto de mejoras las mismas habrán de ser compensadas económicamente al comprador que desee ejercitar la redhibición del mismo modo que éste ha de compensar al vendedor por el menor valor que la cosa tenga como consecuencia del normal uso de la misma durante el tiempo en que estuvo en su poder.

[36] SCAEVOLA, Q. M.: ob. cit. pág. 200 afirma que de los frutos a devolver por el comprador habrá de restarse los gastos hechos en el producto obtenido durante el tiempo en que ha estado en poder del comprador que resultan, a su vez, compensables con la utilidad que el bien ha podido prestar al comprador.

[37] SCAEVOLA, Q. M.: ob. cit. pág. 198.

[38] El artículo 1486 C. c. no explicita este extremo quizá porque, partiendo de la aplicación del artículo 1295 C.c., lo diera por supuesto limitándose únicamente a puntualizar aquellos otros efectos exuberantes al artículo 1295 como son los gastos satisfechos por el comprador, referencia en la que fácilmente podía considerarse comprendida la restitución del precio puesto que el precio es un gasto real y efectivo fácilmente subsumible dentro de los gastos que el comprador abonó. Así lo manifiesta SCAEVOLA, Q. M.: ob. cit. pág. 199.

riesgos que representan las acciones de saneamiento[39]. Siguiendo esta interpretación y atendiendo a consideraciones sistemáticas (el artículo 1487 también se refiere a estos gastos), los gastos susceptibles de abono al comprador no serían cualesquiera en los que hubiese incurrido como consecuencia de la existencia de vicios sino los derivados de la preparación, celebración y ejecución del contrato (gastos de documentación, intervención, en su caso, de fedatario público, gastos de transporte y entrega de la mercancía o gastos fiscales)[40]. Que el artículo 1486 parezca referirse únicamente a los gastos asociados a la celebración del contrato no significa, sin embargo, que el comprador no pueda recuperar, al menos en ciertos casos, los gastos en que haya podido incurrir como consecuencia de los vicios del bien adquirido (fundamentalmente se trataría de reparaciones del propio bien o de otros afectados por el defecto). Esta indemnización más completa queda clara en el caso que el vendedor hubiese actuado de mala fe (en caso de actuación dolosa el artículo 1107 C.c. obliga a indemnizar no solo los daños que previsibles que sean consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento sino "*todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento de la*

[39] MORALES MORENO, A. M.: ob. cit. pág. 960 así lo refiere

[40] Ello es así porque, en primer lugar, la expresión se refiere directamente al contrato de cuyo desistimiento habla el artículo 1486 inmediatamente antes de obligar al vendedor a restituir al comprador "los gastos que pagó". En segundo lugar porque, suponiendo la buena fe del vendedor (la mala fe ha de probarse y no puede darse por supuesta), no puede exigírsele que indemnice todos los gastos puesto que de esa forma se le estaría sometiendo al mismo tratamiento que al vendedor malicioso.

obligación") tal y como explicita el párrafo segundo del artículo 1486 pero incluso podría sostenerse, cuando al menos exista culpa o negligencia en la actuación del vendedor, en el artículo 1902 del Código civil[41]. El vendedor debe restituir asimismo los intereses que el precio cobrado haya podido devengar durante el tiempo en que ha estado en su poder.

3.1.3. Redhibición en caso de venta conjunta

Cuando la cosa sea comprada juntamente con otras cabría aplicar lo dispuesto por el artículo 1491 C.c. previa remisión del artículo 1492 C.c. de forma que la redhibición se hará únicamente en relación con el bien que padece el defecto y no con respecto al resto salvo que pueda deducirse que el comprador no habría comprado el conjunto de bienes sin el que resultó defectuoso. No se prevé, sin embargo, el derecho del vendedor a que no se separen las cosas vendidas conjuntamente cuando tal separación le resulte desventajosa si bien podría defenderse tal atribución por puras razones de equidad. Las medidas de los artículos 1491 y 1492 resultarían también aplicables a los supuestos de venta conjunta de un bien principal junto con sus accesorios de forma que la redhibición

[41] En sentido contrario se manifiesta MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: ob. cit. pág. 344 y BADENES GASSET, R.: ob. cit. pág. 703. GARCIA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 349 considera, por el contrario, que los gastos a cuya devolución se refiere el artículo 1486 serían no solo los derivados de la propia celebración del contrato sino también los realizados con la finalidad de reparar la cosa lo que, frente a la opción de MANRESA, no parece del todo descabellado en tanto que permite al comprador conseguir la completa restitución de los daños sin tener que ejercitar dos acciones de naturaleza contractual y extracontractual.

respecto de la cosa principal debe alcanzar también a las accesorias en atención su condición de tales[42].

3.2. La acción estimatoria o *quanti minoris*

3.2.1. Caracterización

La segunda de las acciones de saneamiento es la acción estimatoria o *quanti minoris.* Se trata de una acción que permite conservar el contrato pero a cuyo través el comprador puede obtener una rebaja en el precio que compense el menor valor que la cosa tiene como consecuencia del vicio reestableciendo la equivalencia de las prestaciones.

3.2.2. Efectos

Ejercitada la acción estimatoria, el vendedor ha de proceder a la restitución de aquella parte del precio que el comprador pagó indebidamente a la vista de los defectos de la cosa. La cuantificación de la rebaja del precio ha de hacerse conforme a los parámetros que, en su caso, se hubiesen fijado en el contrato o, a falta de estos, por referencia al mayor precio que en el mercado tendrían objetos de idénticas características al viciado[43] o, en última instancia y según el

[42] En este sentido, ENNECERUS, L./ KIPP, T./ WOLFF, M.: ob. cit. págs. 115-116.

[43] En tal sentido se pronuncia MORALES MORENO, A. M.: ob. cit. pág. 960. GARCIA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 350 afirma que la reducción del precio ha de hacerse teniendo en cuenta lo efectivamente abonado por el comprador y no el valor en abstracto que el bien pudiera tener en tanto que lo que se pretende resarcir es el daño económico efectivamente sufrido y no un daño teórico. Dada la brevedad del plazo de ejercicio de las acciones no cabe apreciar, según este autor, la posible depreciación o revaluación monetaria. FENOY PICÓN, N.: ob. cit.

propio artículo 1486 explicita, a juicio de peritos entendiendo esta expresión no tanto en su sentido literal como referida a criterios de carácter objetivo[44]. Al igual que la valoración del vicio debía hacerse

pág. 1620-21 afirma que para la reducción del precio "*ha de hallarse una relación entre el precio de un bien sano y el precio del defectuoso, ambos según mercado y en el momento de la perfección del contrato. Hallada la relación, ésta se aplica al precio pactado. De esa forma se respeta el equilibrio subjetivo entre precio y cosa pactado en el contrato"*. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 210 afirma que "*la cuantía de la reducción de precio debe estar encaminada, no a fijar el precio que el comprador habría pagado de saber que la cosa era defectuosa, porque este es un dato subjetivo imposible de verificar por el juez, sino a determinar el precio de mercado de la cosa defectuosa en el momento de ser vendida, ya que ésta objetivamente valía menos que el precio que el comprador aceptó pagar presuponiendo que estaba exenta de vicios que disminuían su utilidad*". El autor se refiere asimismo a la práctica jurisprudencial de fijar la cuantía de la reducción del precio por referencia al coste de la reparación de los defectos de la cosa [con cita de STSJ Navarra 28 abril 1992 (RJ 1992, 6197), SAP La Coruña 29 septiembre 2001 (JUR 2001, 41595) y SAP Gerona 13 noviembre 2001 (AC 2002, 549)], solución que a su juicio tiene escaso apoyo en el artículo 1486 ya que la finalidad de la acción estimatoria no es la de condenar al vendedor a sufragar los costes de la reparación sino a rebajar el precio para ajustarlo al valor real de la cosa en el momento de la venta, rebaja que en ningún caso podrá ser superior al propio precio inicialmente establecido (cosa que podría ocurrir, sin embargo, con la reparación). Sobre la reducción del precio en caso de ejercicio de la acción estimatoria también se pronuncia ENNECERUS, L./ KIPP, T./ WOLFF, M.: ob. cit. pág. 116 y en concreto sobre aquellos casos en los que se haya pactado que el precio consistirá en la entrega combinada de dinero y bienes discriminando en este último aspecto entre bienes fungibles y no fungibles. Se plantean en tales casos diversas hipótesis a la hora de hacer efectiva la reducción del precio que conlleva la estimación de la acción *quanti minoris*: la reducción se hará efectiva únicamente contra el precio pagado en metálico (más cómoda y fácil de ejecutar), únicamente contra el precio pagado en especie mediante la entrega de otro bien fungible o no o, por último, se hará a prorrata contra ambos. Nada dispone el Código acerca de las reglas para practicar la reducción en caso de pluralidad de compradores o vendedores lo que obliga, de nuevo, a acudir a las normas generales en materia de pluralidad de sujetos (arts. 1137 y ss. Código civil).

[44] MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: ob. cit. pág. 343 se refiere a la designación de peritos y sus posibles vicisitudes. Afirma el autor que, pese al silencio del código al respecto, los peritos habrán de designarse por acuerdo entre las partes pero que si no existiere acuerdo entre ellos cabría acudir a un procedimiento de jurisdicción voluntaria a fin de que sea un juez quien los nombre. En el caso de que se haya iniciado proceso judicial contencioso por la reclamación

en atención a su potencialidad de afectación de los usos o finalidades concretas perseguidas por las partes y no a las utilidades abstractas o estandarizadas, también la cuantificación del precio a restituir con la acción estimatoria debe fijarse teniendo presente dicho parámetro[45]. En tanto que la devolución de "*los gastos de pagó*" aparece ligada al ejercicio de la acción redhibitoria no cabe apreciar su exigibilidad en el caso de que el comprador no desista del contrato. Lo mismo cabría decir en relación con los intereses que, configurados como correlato a la obtención de frutos, no deberán restituirse cuando la cosa y sus frutos permanecen en poder del comprador[46].

3.3. La facultad de opción entre las acciones redhibitoria y estimatoria

Corresponde en todo caso al comprador la opción entre una u otra de las acciones referidas, una medida flexible que busca la mejor satisfacción del comprador en atención a las circunstancias del caso concreto. Aun cuando el Código no dice nada al respecto, o

de vicios será el juez quien se encargue también de la designación de los peritos (sin perjuicio de que las partes puedan aportar valoraciones periciales de parte). DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 210 y BADENES GASSET, R.: ob. cit. pág. 704 se refiere a esta cuestión en los mismos términos.

[45] SCAEVOLA, Q. M.: ob. cit. pág. 204 ilustra su afirmación con un ejemplo muy claro: "*si se ha comprado una partida de café que se supuso caracolillo y era plano, no bastará siempre con indemnizar al comprador la diferencia de precio entre las dos clases sino que de resultar, por ejemplo, que la compra tenía por objeto una provisión especial del artículo que se adquirió, la diferencia de valor será proporcional a la menor utilidad que derive de la distinta aplicación de este artículo según el pensamiento con que el comprador celebró el contrato*"

[46] SCAEVOLA, Q. M.: ob. cit. pág. 205 así lo entiende.

precisamente por ello, cabría preguntarse por el alcance de esta facultad de opción. ¿La opción del comprador es enteramente libre o está condicionada por la gravedad del defecto? Y, en segundo lugar, ¿la declaración unilateral del comprador optando por una de las acciones impide el ejercicio de la otra, esto es, la facultad de elección se agota con el hecho de haber instado una de las acciones? ¿o incluso se puede prever el ejercicio subsidiario de las acciones para el caso de que la primera de las instadas no fuera posible? En relación a la primera de las cuestiones puede afirmarse que no existe condición alguna a la elección del comprador en tanto en cuanto el Código no dispone, pudiendo haberlo hecho, ningún tipo de restricción al respecto[47]. Bien es cierto que, para evitar el ejercicio de la acción redhibitoria, cuyos efectos son de gran trascendencia, ante la presencia de vicios de escasa cuantía, algunos autores se han mostrado partidarios de reinterpretar la norma restringiendo la facultad de elección en los casos de defectos de poca relevancia respecto de los cuales únicamente cabría instar la acción estimatoria quedando la facultad de elección únicamente reservada a los casos de

[47] ENNECERUS, L./ KIPP, T./WOLF. M.: ob. cit. pág. 98 afirma que al comprador se le ofrece "*un concurso electivo de acciones*" de entre las que optará por aquella que mejor se acomode a las concretas circunstancias del caso sin que quepa afirmar que la elección se condiciona por la entidad del vicio. GARCIA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 347 así lo entiende y afirma, además, que la opción resultará enteramente libre para el comprador que no se verá constreñido a instar una u otra acción en función de la gravedad del vicio (la acción redhibitoria para supuestos de vicios graves y la acción estimatoria para vicios de menor envergadura). Se consigue con ello una elevada dosis de flexibilidad que permite una mejor adaptación a las circunstancias del caso concreto.

defectos de gravedad[48]. En relación con la segunda de las cuestiones planteadas ha de matizarse que en ningún caso nos planteamos la

[48] DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 211 afirma que para evitar que el comprador pueda ejercitar la acción redhibitoria incluso por defectos de escasa cuantía, circunstancia que califica contraria a la seguridad jurídica en la contratación, se ha introducido la exigencia de que el vicio sea grave. El autor critica, sin embargo, que la doctrina haya dado al requisito de la gravedad del vicio un alcance que, amén de tener escaso soporte legal *ex* artículo 1484 C.c., tiene además consecuencias injustas desde el punto de vista material. Afirma que no debe confundirse vicio redhibitorio (que sería aquel que actúa como presupuesto para el ejercicio de la acción del mismo nombre) y vicio relevante (el que actúa como presupuesto de la propia apreciación del vicio) pues ello conduciría a afirmar que ante los vicios de escasa cuantía no sólo no cabe la redhibición sino tampoco la acción estimatoria porque, dada su relevancia, no son siquiera considerados como vicios lo que, en su opinión y en la nuestra también, supondría una clara vulneración del tenor literal del artículo 1484 C.c. que, recordemos, exige al vendedor responder por cualquier vicio que la cosa tuviera en el momento de celebración del contrato y no sólo de los vicios graves. En opinión del autor la única posibilidad para, respetando el tenor del artículo 1484 y el propio diseño del sistema, conseguir la necesaria ponderación, sería realizar una reinterpretación del artículo 1486.1 C.c. que modalice las opciones del comprador en atención a la gravedad del vicio reservando la acción resolutoria sólo para los casos de vicios graves. Debe distinguirse vicio relevante y vicio redhibitorio circunscribiéndose el requisito de la gravedad únicamente a este último. De tal forma que será vicio relevante aquel que cumpla las condiciones del artículo 1484 y vicio redhibitorio el que, cumpliendo las condiciones del artículo 1484, sea de gravedad. En el primer caso cabría únicamente la acción estimatoria mientras que en el segundo cabrían ambas. SCAEVOLA, Q. M.: ob. cit. pág. 203 afirma que en los casos en que el vicio haya hecho la cosa impropia para el uso al que se la destina o lo haya disminuido hasta el punto de que, de haberlo sabido, el comprador no habría celebrado el contrato difícilmente tendrá el comprador interés en conservar el contrato sino que optará por la resolución del mismo dado que ninguna utilidad le confiere. Por ello, afirma el autor, que el único escenario en que tiene cabida la acción estimatoria es el de la existencia de defectos que han ocasionado sólo una pequeña disminución en la utilidad de la cosa que puede verse fácilmente compensada mediante la reducción proporcional del precio lo que, en último término, le lleva a afirmar que las acciones edilicias no deberían reconocerse como alternativas sino como acciones separadas en independientes, una para el caso de vicios que reduzcan sensiblemente la utilidad del bien y otra, la estimatoria, para el supuesto de vicios de menor envergadura. GARCIA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 347 entiende, por el contrario, que la opción resultará enteramente libre para el comprador que no se verá constreñido a instar una u otra acción en función de la gravedad del vicio (la acción redhibitoria para

posibilidad de instar ambas acciones a la vez puesto que esa posibilidad iría *contra legem* en la medida en que el artículo 1486 C.c. las configura como alternativas y no cumulativas amén de por el hecho de que las pretensiones son contradictorias entre sí. En la medida en que no existe previsión al respecto cabría acudir a las normas generales sobre contratos y, más concretamente, al artículo 1124 del C.c. que recoge las acciones generales en materia de incumplimiento previendo el ejercicio alternativo o subsidiario de la pretensiones de cumplimiento y resolución[49].

3.4. La acción de indemnización por daños y perjuicios

Según el artículo 1486.2 C.c. el comprador pueda instar, junto a las acciones edilicias una indemnización por los daños y perjuicios causados en aquellos supuestos en que el vendedor actúa de mala

supuestos de vicios graves y la acción estimatoria para vicios de menor envergadura).

[49] En el mismo sentido se posiciona MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: ob. cit. pág. 345 afirmando que se trata de un supuesto de "*concurso o acumulación alternativa de dos acciones de suerte que su ejercicio conjunto y simultáneo es incompatible pero no su acumulación subsidiaria*" y ENNECERUS, L./ KIPP, T./ WOLFF, M.: ob. cit. pág. 115 que se muestra partidario de aplicar como norma subsidiaria el artículo 1124 del Código civil que permite ejercitar la acción de resolución si, instado primigeniamente el cumplimiento, éste resultare imposible. FENOY PICÓN, N.: ob. cit. pág. 1621 por el contrario se manifiesta partidaria de considerar que la facultad de elección se agota en el momento en que se insta una de las acciones de manera que si ésta no resulta estimada no cabría el ejercicio consecutivo de la otra acción. Para GARCÍA GOYENA, F.: ob. cit. pág. 752 con remisión expresa a la ley 25, párrafo 2, título 2, libro 44 del Digesto "*el que usó de una de estas dos acciones, no puede después recurrir a la otra"*

fe[50]. En puridad no se trata de una acción propia del saneamiento sino de la traslación a ese ámbito de una de las acciones generales de nuestro ordenamiento jurídico que conserva sus propios perfiles frente a las acciones edilicias (supuesto de hecho, régimen jurídico, etc.) y cuyo ejercicio se puede instar incluso al margen de estas. Sin embargo, la frecuencia con la que el vendedor actúa de forma dolosa ocultando los vicios, llevó al legislador a realizar una referencia explícita a esta acción dentro del sistema de acciones de saneamiento. A diferencia de las acciones edilicias, cuyo carácter objetivo permite su ejercicio con la sola presencia del vicio y sin atender a la conducta del vendedor, la acción de indemnización por daños y perjuicios tiene como presupuesto la actuación dolosa del vendedor que, conociendo los vicios, no informó al comprador (*"si el vendedor conocía los vicios ocultos o defectos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador"*)[51]. Los términos del artículo 1486.2 C.c. parecen circunscribir la acción de indemnización por daños y perjuicios al solo caso de que "*el*

[50] GARCÍA GOYENA, F.: ob. cit. págs. 751-752 justifica la medida afirmando que no puede dispensarse idéntico tratamiento a quien actúa de buena y de mala fe.

[51] MORALES MORENO, A. M.: ob. cit. pág. 962 afirma que la doctrina ha asimilado al supuesto de actuación dolosa del vendedor los casos de culpa lata en los que el vendedor que por su oficio o profesión debía tener conocimiento de los vicos, sin embargo, los ignora. Se trata de una práctica peligrosa puesto que este ensanchamiento del ámbito de aplicación de la acción de responsabilidad del artículo 1486.2 no puede suponer en ningún caso una vía subrepticia para ordenar la atribución de riesgos inicialmente ordenada por el legislador. GARCÍA GOYENA, F.: ob. cit. págs. 751-752 equipara a la mala fe la ignorancia de los defectos cuando el vendedor tenga carácter profesional citando el ejemplo de un tonelero de oficio que ignore que los toneles que comercializa presentan fugas que puede afectar el normal proceso de fermentación de los vinos.

comprador optare por la rescisión" lo que carece a nuestro entender de cualquier sentido puesto que la irrogación de daños y perjuicios al comprador no se produce únicamente en el supuesto de redhibición. Tratándose de acciones con distinto presupuesto y finalidad (las edilicias asignan riesgos mientras que la de daños y perjuicios penaliza la infracción de los deberes de información precontractual por parte del vendedor), la compatibilidad entre ellas resulta clara de forma tal que, dándose los presupuestos de ambas, ningún obstáculo existe a su ejercicio simultáneo o, incluso, al ejercicio de la acción por daños sin previa interposición de acción edilicia alguna[52]. El Código

[52] Al respecto de la compatibilidad de entre las acciones edilicias y las de indemnización por daños y perjuicios se han referido algunos autores con puntos de vista diferentes. CASTÁN TOBEÑAS, J.: ob. cit. pág. 35 afirma que la compatibilidad únicamente puede entenderse en el caso de ejercicio de la acción redhibitoria pero no en el caso de acción estimatoria puesto que cuando el comprador insta la rebaja proporcional del precio no cabe la indemnización adicional por los daños y perjuicios en la medida en que tales daños han sido ya tenidos en cuenta en la fijación de un precio inferior. En sentido contrario y realizando una interpretación *contra legem* se manifiesta MORALES MORENO, A. M.: ob. cit. pág. 961 para quien la acción indemnizatoria cabe tanto en los casos de redhibición como de la acción estimatoria. Compartimos su opinión por dos razones fundamentales. La primera porque, tratándose de una acción general del ordenamiento jurídico, no resulta necesaria la referencia explícita en este artículo y en segundo lugar porque, de nuevo por su carácter general, no hay razones objetivas para sostener que la misma únicamente puede ser interpuesta por el comprador que insta la resolución del contrato y no por quien insta la acción estimatoria a través de la que se obtiene una minoración del precio que no resulta incompatible con la producción de otros daños cuya indemnización deba ser asumida por el vendedor doloso. En la misma línea FENOY PICÓN, N.: ob. cit. pág. 1623 y MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: ob. cit. pág. 345 tampoco circunscriben la compatibilidad a la acción redhibitoria. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 213 cita ejemplos de resoluciones jurisprudenciales en las que se ha admitido el ejercicio cumulativo de acciones edilicias y de indemnización por daños y perjuicios en casos de vehículos con problemas mecánicos que exigen la realización de informes periciales cuyo coste se considera un daño indemnizable; de máquinas destinadas a la fabricación que, por adolecer de defectos, impiden atender los compromisos adquiridos con

no prevé el régimen jurídico de esta acción de indemnización por daños y perjuicios lo que conduce a la aplicación del régimen propio de la responsabilidad contractual *ex* artículo 1101 y siguientes lo que, particularmente en el ámbito de los plazos, tiene una importancia trascendental en tanto que quedan superados los exiguos plazos del artículo 1490 C.c.

3.5. Las acciones edilicias en caso de pérdida de la cosa

Los artículos 1487 y 1488 resultan complementarios del precedente 1486 y se refieren a los supuestos de pérdida de la cosa, bien como consecuencia de los vicios que ésta padecía (artículo 1487), bien en supuestos de caso fortuito o incluso por culpa del comprador (artículo 1488), casos todos ellos en los que los efectos propios de las acciones edilicias, cuyo ejercicio no se ve entorpecido por la circunstancia de la pérdida, se ven matizados.

3.5.1. Pérdida ocasionada por los vicios

En el supuesto de pérdida de la cosa motivada por los vicios el ejercicio de la acción redhibitoria no conlleva para el comprador, por razones obvias, la obligación de restitución de la cosa mientras que el vendedor sí habrá de realizar la restitución del precio y de los gastos propios del contrato[53]. En tanto que responsable de los vicios

clientes; de viviendas construidas con cemento aluminoso por los gastos y molestias ocasionados por la amenaza, etc.

[53] FENOY PICÓN, N.: ob. cit. pág. 1623 remacha que por haberse perdido totalmente la cosa a causa de los defectos que presentaba el comprador no pierde la opción de redhibir. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 214 afirma que el sentido del artículo 1487 es aclarar que la pérdida de la cosa no

que motivaron la pérdida de la cosa, el vendedor deberá asumir los efectos de la misma quedando obligado a la restitución del precio con los intereses así como los gastos del contrato y, en el supuesto de que hubiese actuado de forma dolosa ocultando los vicios cuya existencia conocía, su responsabilidad se verá agravada con la obligación de indemnizar los daños y perjuicios (ex. artículo 1107 C.c.)[54].

3.5.2. Pérdida por caso fortuito o por culpa del comprador

Si la cosa, teniendo vicios, se pierde por caso fortuito o por culpa del comprador y no a consecuencia de éstos el vendedor no

impide, pese a que la restitución de la cosa no sea ya posible por haberse perdido, ejercitar la acción redhibitoria.

[54] MORALES MORENO, A. M.: ob. cit. pág. 963 critica el precepto por incompleto al referirse únicamente al supuesto de pérdida total de la cosa y no al deterioro de la misma y al contemplar como sola acción ejercitable la redhibitoria. Lo cierto es que no podemos compartir esta crítica por razones de puro carácter sistemático al entender que en los supuestos de deterioro parcial de la cosa debido a los vicios que esta padece no se observa ninguna especialidad digna de ser reseñada en un precepto diferente a los que ya contienen las acciones edilicias (la razón por la que se incluyen los artículos 1487 y 1488 es la de matizar los efectos de las acciones cuando la cosa se ha perdido completamente puesto que en ese supuesto no cabe la restitución *in natura* que es el efecto natural de la acción redhibitoria. Si la cosa no se ha perdido cabe la restitución y no hay especialidad alguna con relación al supuesto tipo que contempla el artículo 1486). Del mismo modo cabe afirmar que no se contemplan más acciones que la redhibitoria porque en supuestos de pérdida total de la cosa la acción estimatoria carece de sentido para el comprador que podrá recuperar todo el precio y no sólo una parte proporcional ejercitando la redhibitoria. Consideramos, por tanto, que la aplicación analógica del artículo 1498 Cc a la que el autor se refiere carece de sentido en este punto en tanto que da respuesta a un problema que, ciertamente, no creemos exista. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 214 se expone en los mismos términos que acabamos de referir. GARCÍA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 354 se refiere a la intensa labor probatoria que corresponde al comprador que insta la acción que deberá demostrar no sólo la existencia de vicios en el momento de la compra y el conocimiento de estos por parte del vendedor sino también la relación de causalidad que ha mediado entre la existencia de vicios y la pérdida de la cosa.

responderá por dicha pérdida ya que la misma no le resulta imputable a él sino al comprador. Que la cosa se haya perdido no obsta, sin embargo, para que el comprador pueda reclamar al vendedor por el menor valor que la misma tenía antes de la pérdida como consecuencia de los vicios que presentaba. El vendedor quedaría en tal supuesto obligado a restituir la diferencia entre el precio pagado por la cosa y el menor valor que esta tuviera al tiempo de perderse como consecuencia de los vicios y, si actuó de mala fe en el momento de la perfección del contrato ocultando los vicios de la cosa, deberá, además, indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el comprador[55]. Resta matizar por último que en este supuesto de

[55] CASTÁN TOBEÑAS, J.: ob. cit. pág. 135-136 se refiere a la cuestión en similares términos; MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: ob. cit. págs. 350-352 se expresa en la misma línea y afirma que la diferencia entre el precio pagado y el valor de la cosa al tiempo de perderse representa la medida del perjuicio sufrido por el comprador y es también la expresión de la cantidad con que el vendedor se enriquece en perjuicio ajeno matizando además que en el supuesto del artículo 1488 no existe referencia a que la diferencia entre el precio pagado y el valor real de la cosa deba ser apreciado a juicio de peritos lo que le permite afirmar que se trataría de un supuesto en el que dicho juicio, si bien conveniente, no resulta preceptivo. DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: ob. cit. pág. 215 afirma que el artículo 1488 C.c. no recoge una acción estimatoria sino una acción fundada en la equidad. Se basa para realizar dicha afirmación en el hecho de que la acción específica del artículo 1488 C.c. no refiere la reducción del precio al momento en que se produjo la entrega (como sí lo hace la acción estimatoria) sino a un momento posterior como es el de la pérdida de la cosa. Se trataría, a juicio del autor, de una acción diferente a las edilicias que, sin embargo, sí quedaría sometida al plazo de seis meses que contempla el artículo 1490 C.c. por encontrarse dentro de "*los cinco artículos anteriores*" a los que éste refiere el mencionado plazo. A nuestro juicio resulta difícilmente justificable que el artículo 1488 refiera la reducción del precio al momento de la pérdida y no al de la entrega puesto que si la cosa tenía vicios, como es el caso, éstos existieron desde el primer momento y no sólo desde el momento en que se produjo la pérdida que, recordemos, se debe a causas ajenas a tales vicios. Apreciamos idéntico juego de intereses al del supuesto general de defectos ocultos y, por esa razón, no consideramos acertada la modalización que introduce el precepto que

pérdida de la cosa el comprador, a diferencia de lo que ocurría en el supuesto de hecho del artículo 1487 C.c., no podrá ejercitar la acción redhibitoria al no encontrarse en condiciones de cumplir con la obligación de restitución que la acción conlleva quedando a su disposición únicamente la acción estimatoria por el menor valor de la cosa.

3.6. El régimen especial de las ventas judiciales

El artículo 1489 se refiere a las ventas judiciales a las que, salvo la acción de responsabilidad por daños y perjuicios, resulta íntegramente aplicable el régimen jurídico sobre saneamiento que ya se ha analizado. Por venta judicial hemos de entender aquellas que se realizan en contra de la voluntad del vendedor y sin su participación, bien sean judiciales *stricto sensu* o como consecuencia de un procedimiento de ejecución en el ámbito administrativo. Lo relevante en cualquier caso es que se trata de ventas impuestas en las que el vendedor no ha tenido capacidad alguna de intervención viéndose sustituido por el órgano encargado de la enajenación[56]. Nuestro

comentamos. Con respecto a la obligación de indemnizar los daños y perjuicios DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 215 matiza que estos serán los exclusivamente derivados de la presencia de vicios en la cosa, no los derivados de la pérdida de ésta que, como decimos, no resulta imputable a los vicios y por tanto tampoco hace nacer responsabilidad alguna a cargo del vendedor.

[56] En este sentido se manifiestan MORALES MORENO, A. M.: ob. cit. pág. 966; MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: ob. cit. pág. 353; GARCÍA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 357 y BADENES GASSET, R.: ob. cit. pág. 712 para quienes el concepto de venta judicial no solamente queda referido a las ventas judiciales propiamente dichas sino que también abarcaría a las ventas ejecutadas por virtud de resolución administrativa en el seno de un procedimiento de ejecución o incluso de expropiación forzosa pues en todas ellas se dan los elementos comunes que

Código (a diferencia del francés en el que las ventas judiciales quedan fuera del ámbito del saneamiento) ha considerado que pese a las especialidades que la venta judicial representa frente a una venta al uso (enajenación en contra de la voluntad del vendedor, falta de participación de éste en el proceso de negociación, etc.) la protección al comprador mediante las acciones por saneamiento debe mantenerse pues idénticos riesgos se producen para el comprador en este tipo de ventas que en las convencionales en la medida que ni el vendedor deja de lucrarse con el precio obtenido por la venta, aunque el mismo se aplique a la satisfacción de los derechos de sus acreedores, ni el comprador ha de estar sujeto por la sola diferencia en la forma de venta al perjuicio que le irrogan los defectos en la cosa que no pudo o no debió conocer[57]. Ello, no obstante, el Código es claro

el legislador valora para someterlas a la disciplina sobre defectos ocultos: carácter imperativo de la venta, intervención de autoridad ajena al deudor y venta realizada en el seno de un procedimiento debidamente publicitado. En el mismo sentido SCAEVOLA, Q. M.: ob. cit. pág. 216.

[57] GARCÍA GOYENA, F.: ob. cit. pág. 753 afirma que la explicación del artículo no reside en que en este tipo de ventas quien vende no es el propietario sino la justicia puesto que, de admitirse, no habría lugar tampoco al saneamiento por evicción en la venta judicial de bienes muebles. A juicio del autor, por mucho que quien realiza la venta sea la justicia, ésta actúa en nombre del propietario y por esa razón no cabe privar al comprador de las acciones de saneamiento. Cuestión distinta es la referida a la responsabilidad por daños y perjuicios que, en tanto que sanción frente al comportamiento doloso del vendedor, no cabe en este tipo de ventas que, por las particularidades que rodean su celebración, no permiten que la mala fe del vendedor pueda dejarse sentir. MORALES MORENO, A. M.: ob. cit. pág. 966 y MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: ob. cit. pág. 353 entienden plenamente aplicables a las ventas mediante subasta las reglas sobre vicios ocultos al considerar que, si bien la venta se realiza mediante las instancias judiciales o administrativas correspondientes, quien vende es el propietario de la cosa contra el que se dirige la ejecución y no la administración. GARCÍA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 357 afirma que "*ni el vendedor deja de lucrarse con el precio aunque en su totalidad se haya aplicado a solventar las obligaciones que*

al excluir la acción de responsabilidad por los daños y perjuicios causados por la actuación dolosa del vendedor que se reconoce en las ventas convencionales. La razón más comúnmente empleada para explicar esta exclusión reside en que el propio procedimiento a través del cual se realiza la venta (al margen de la voluntad del vendedor y con intervención de peritos en la determinación del precio) erradicaría la posibilidad de que se produjera engaño alguno[58]. Siendo cierto, no supone, sin embargo, completa garantía para el comprador pues, si bien se trata de una posibilidad poco probable, no es imposible la existencia de maquinaciones por parte del vendedor tendentes a engañar a los intervinientes en el proceso de enajenación. Y si así fuera, resultaría de todo punto improcedente la negación al comprador de la acción de responsabilidad por daños y perjuicios que parece deducirse del artículo 1489. Un correcto entendimiento del precepto nos lleva a superar su literalidad y considerar que la exclusión que contiene lo es a los solos efectos de impedir el ejercicio de una acción de carácter contractual en tanto que el vínculo entre

tenía con sus acreedores ni el comprador, por la única diferencia de la forma en que realizó la venta ha de quedar perjudicado por los vicios o defectos que no pudo ni debió conocer". DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 215 se refiere a la STS 6 septiembre 2006 (RJ 2006, 6373) según la cual la razón por la que resultan aplicables las normas sobre saneamiento a las ventas judiciales reside en que, si bien vende la justicia desde el punto de vista formal, quien vende en realidad es el propietario-deudor, la actuación judicial únicamente supone una sustitución del deudor que, por tanto, no justifica el desplazamiento de las normas sobre saneamiento. Se afirma, además, que limitar las garantías en las ventas judiciales les restaría de gran utilidad.

[58] MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: ob. cit. pág. 353 secunda esta explicación acerca de la indemnización por daños y perjuicios en caso de ventas judiciales.

vendedor y comprador no posee tal naturaleza debiendo reconducirse, caso de producirse, la reclamación por daños y perjuicios causados por el dolo del vendedor al ámbito de la responsabilidad extracontractual del artículo 1902 CC[59].

Cabría plantearse si el comprador-rematante perjudicado por los vicios de la cosa adquirida podría accionar contra los acreedores por cuya cuenta se produjo la subasta en el supuesto de que el vendedor, que es contra quien en primera instancia se dirigirá la reclamación, resultare insolvente[60].

3.7. Plazos para el ejercicio de las acciones edilicias

[59] En este sentido se manifiesta MORALES MORENO, A. M.: ob. cit. pág. 967.

[60] GARCÍA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 357 se muestra partidario de que el comprador pueda instar una acción de enriquecimiento contra los acreedores que hicieron efectivo su crédito con el precio de venta de los bienes embargados. SCAEVOLA, Q. M.: ob. cit. pág. 217 se muestra en contra de cualquier exigencia de responsabilidad por vicios a los acreedores que se hayan beneficiado del precio obtenido por la venta. Según el autor, aunque *a priori* puede parecer descabellado exigir al vendedor la restitución de un precio que no recibió o de los gastos de un contrato en el que no tuvo intervención lo cierto es que quien realmente recibió el precio de la venta fue el vendedor sin perjuicio de que con posterioridad fuera aplicado a la satisfacción de los créditos pendientes, quien incorporó a su patrimonio el importe de la venta (con independencia del destino ulterior del mismo) es el vendedor y no los acreedores que, por tanto, deben permanecer ajenos a cualquier responsabilidad. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 217 afirma que existen cauces a través de los cuales el comprador perjudicado por los defectos de la cosa puede accionar frente a quien está en condiciones de asumir la responsabilidad (que normalmente no será el vendedor puesto que es habitual que éste sea insolvente) por los daños sufridos citando el mantenimiento de la acción por vicios en la construcción o la responsabilidad solidaria del acreedor hipotecario junto con el deudor hipotecante frente al adjudicatario de los bienes hipotecados

En último término el artículo 1490 regula el plazo para el ejercicio de las acciones en materia de saneamiento que queda fijado en seis meses desde la entrega de la cosa vendida[61]. El precepto ha recibido numerosas críticas por su falta de claridad en la determinación de las acciones a las que se refiere, por el silencio acerca de la naturaleza del referido plazo y, sobre todo, por la brevedad del lapso temporal que lastra una adecuada protección del comprador.

3.7.1. Ámbito de aplicación

En relación con el ámbito de aplicación del plazo de seis meses resulta pacífica su referencia a las acciones edilicias propiamente dichas no así en relación con la acción de responsabilidad por daños y perjuicios. En tanto que se no se trata, como hemos visto *supra*, de una acción especial de saneamiento sino de una acción general del ordenamiento jurídico que tendría su propio régimen jurídico fundado no en la atribución de riesgos sino en la responsabilidad del vendedor por su actuación dolosa podría entenderse que no le resulta aplicable el plazo de los seis meses del artículo 1490 C.c.[62] Sin

[61] El antecedente de este precepto lo encontramos en la Ley 65, título V de la Partida quinta que señala plazos de prescripción diferentes para la acción redhibitoria (seis meses desde la entrega) y *quanti minoris* (un año). Según GARCÍA GOYENA, F.: *ob. cit*. pág. 754 la razón por la que el Código civil se aparta de esta consideración es que una vez conocidos los vicios "*no se descubre razón para la diversidad del tiempo o términos en que el comprador haya de manifestar su voluntad y usar su derecho*".

[62] MORALES MORENO, A. M.: ob. cit. pág. 968 precisa las razones por las que el plazo del artículo 1490 debe entenderse únicamente referido a las acciones edilicias. Según el autor el referido artículo 1490 se refiere a "*las*

embargo, la literalidad del artículo 1490 C.c. supone un obstáculo a la posibilidad, más conveniente para los intereses del comprador, de que el plazo no resulte aplicable a la acción de indemnización por daños y perjuicios[63].

acciones que emanen de lo dispuesto en los cinco artículos precedentes" y por tales únicamente cabe entender las acciones edilicias puesto que las mismas constituyen verdaderas acciones especiales y no meras adaptaciones de acciones generales como ocurre con el caso de la acción de responsabilidad por daños. En la misma línea cita la práctica histórica que siempre consideró las acciones de responsabilidad por daños al margen del plazo de seis meses que el artículo 1490 dispone y, por último, la distinta naturaleza de las acciones edilicias (reglas objetivas de atribución de riesgos) y de responsabilidad (sanción por la conducta dolosa de una de las partes). DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 220 afirma que la acción por daños y perjuicios tiene distinto fundamento que las acciones edilicias (busca articular la responsabilidad del vendedor por culpa *in contrahendo*) y por esa razón no le resulta aplicable su mismo plazo de ejercicio sino el propio del artículo 1902 C.c. a través del cual el comprador de buena fe podría hacer exigible la responsabilidad al vendedor. Dicho plazo, en aplicación del artículo 1968.2 C.c. es de un año a contar desde que tuviera conocimiento el comprador de existencia de vicios plazo que, además, es de prescripción y no de caducidad como el del artículo 1490.

[63] GARCÍA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 359 afirma, sin embargo, que la literalidad del precepto permite afirmar que la referencia a las acciones a las que resulta aplicable el plazo lo es no sólo a las edilicias sino también a las de indemnización por daños y perjuicios y a las especiales en caso de pérdida de la cosa. Afirma el autor que en la redacción del precepto se intuye la existencia de un error al cifrar en cinco los preceptos a los que va referido el plazo del artículo 1490. Si la intención del legislador era circunscribirlo únicamente a las acciones edilicias *stricto sensu*, debería haberse hablado de los cuatro artículos precedentes pues sólo en ellos aparecen referidas las acciones y si lo que quería era incluir en ese espectro (por no fragmentar el bloque normativo) los artículos en que se realiza la definición de vicio debiera haberse referido a los seis artículos precedentes puesto que la definición de los vicios y del régimen de saneamiento se inicia en el artículo 1484. Con todo, el autor se aventura a dar una explicación al sentido del artículo 1490 C.c. (que él mismo califica de forzada y carente de apoyos frente a la tesis que considera un simple error del código la referencia numérica a los preceptos) e incluso darle la redacción que, a su entender, mejor encaja con la intención que perseguía el legislador y según la cual el artículo 1490 diría lo siguiente: "*las acciones que emanan de los dispuesto en los cinco artículos precedentes relativos al saneamiento por vicios y defectos ocultos se extinguirán a los seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida*" (el subrayado destaca las expresiones que el autor introduce en el precepto). A través de esta

3.7.2. Naturaleza del plazo

La clasificación del plazo como de prescripción o de caducidad[64] tampoco queda clara lo que ha llevado a la articulación

explicación cabría entender que el mismo se refiere únicamente a las acciones de saneamiento *stricto sensu* excluyendo, por ejemplo, las derivadas de la pérdida de la cosa por causas no imputables a los vicios. En apoyo de la interpretación de GARCIA CANTERO cabría citar la STS de 22 diciembre de 1971 (RJ 1971\5399) aclara la cuestión al afirmar que "*esta limitación es meramente nominal, pues entre los cinco artículos precedentes, que el artículo 1490 cita, está el 1486, que expresa el ámbito del derecho tuitivo a que el comprador podrá optar, o sea, entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional a juicio de peritos, lo que se observará en los casos de los artículos anteriores, o sea, que el plazo de seis meses que establece el artículo 1490 se extiende por el artículo 1486, al artículo 1484, o sea a todos los que le preceden en la subsección segunda de la sección tercera, referente al saneamiento de defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida"*.

[64] La calificación no resulta inocua puesto que, de tratarse de un plazo de prescripción, el mismo podría verse interrumpido y reiniciado por la acción del comprador (lo que supondría en la práctica una considerable prolongación del plazo originario y, por ende, de la etapa de incertidumbre del vendedor) mientras que, de tratarse de un plazo de caducidad, la interrupción del plazo no conllevaría su reinicio (lo que supone para el comprador menores posibilidades de actuación y una posición más confortable para el vendedor). En este punto procede traer a colación la STS 22 mayo 1965 en la que se afirma que "*la regla general de la imposibilidad de interrumpir los plazos de caducidad de la acción tiene que admitir determinadas excepciones en aquellos supuestos en los que el ordenamiento positivo exige que, a la presentación de la demanda inicial del proceso hayan de antecederle ciertas actividades administrativas (apurar la vía administrativa, instar la reposición previa) o incluso procesales (petición al órgano jurisdiccional para que reclame a la Administración ciertos expedientes, intentar la celebración de un acto conciliatorio previo, etc.). En casos tales el ejercicio de esas actividades precisas para la iniciación del proceso judicial lógicamente debe producir la interrupción del plazo de caducidad de la acción siempre que se lleven a cabo dentro de él; en primer lugar porque, en realidad, ya constituyen una actuación precisa para poder presentar o deducir la demanda iniciadora del proceso judicial in la cual no puede entrarse en él y, además, ponen de manifiesto la decidida voluntad del titular del derecho de ponerlo en ejercicio; en segundo lugar porque, de no admitirse tal interrupción resultaría que los titulares de esos derechos vendrían a tener diversos plazos, según quién fuera el litigante demandado y en tercer lugar porque en ciertos casos vendría a quedar a merced de la entidad obligada el cumplimiento de la prestación si de su voluntad dependía la consumación de aquel trámite previo necesario para la presentación de la demanda*". A nuestro juicio esta doctrina no admite tanto que la caducidad pueda

de interpretaciones jurisprudenciales vacilantes que con el paso del tiempo han ido convergiendo en la consideración del plazo como de caducidad[65].

3.7.3. Cómputo del plazo

Muy polémica ha resultado también la brevedad del plazo así como su carácter lineal y es que, al no distinguir en atención al tipo de bien de que se trate, el mismo puede resultar inapropiado en muchos casos tanto por exceso como por defecto[66]. La brevedad del plazo dispuesto para el ejercicio de las acciones de saneamiento tiene su origen en la intención del legislador de procurar la más rápida consolidación de las situaciones jurídicas minimizando el tiempo en

resultar interrumpida (lo que violentaría los perfiles propios de la figura de la caducidad) como que los actos previos a la interposición de la demanda han de ser considerados como ejercicio de la acción redhibitoria correspondiente.

[65] MORALES MORENO, A. M.: ob. cit. pág. 969 hace un interesante análisis de las resoluciones jurisprudenciales en uno y otro sentido. MANRESA Y NAVARRO, J. Mª: ob. cit. pág. 357 se muestra partidario de interpretar el plazo como de caducidad al igual que DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 219 se decanta por la caducidad citando abundante jurisprudencia. En contra se manifiesta GARCÍA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 361 para quien la consideración como plazo de prescripción resolvería la gran cantidad de contradicciones en que incurren las resoluciones judiciales que, en un intento por soslayar el rigor de este plazo y dar mayor protección al comprador, han ensayado multitud de opciones no siempre coherentes. También ENNECERUS, L./ KIPP, T./ WOLFF, M.: ob. cit. pág. 123 califica el plazo no de caducidad sino de prescripción siguiendo lo dispuesto por las STS de 19 abril 1928, 5 diciembre 1955 y 27 mayo 1957.

[66] Vid. GARCÍA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 362. En idéntico sentido, FENOY PICÓN, N.: ob. cit. pág. 1626. En la medida en que considera el artículo 1483 C.c., referido a los gravámenes ocultos en la venta de inmuebles, como parte del sistema de acciones de saneamiento, ENNECERUS, L./ KIPP, T./ WOLFF, M.: ob. cit. pág. 121 afirma que el plazo de seis meses del artículo 1490 encuentra una excepción en el caso de gravámenes ocultos en la adquisición de bienes inmuebles que contaría con un plazo de un año para el ejercicio de la acción de resolución contractual y de un año adicional para la acción de indemnización.

el que aquellas se encuentran expuestas a posibles reclamaciones, circunstancia que, por las propias características del tráfico mercantil, cobra aun mayor relevancia y explica la imposición de plazos aún más cortos que los del Código civil, como tendremos ocasión de analizar *infra*.

En todo caso sí que queda claro que el *dies a quo* desde el que comenzar el cómputo de los seis meses es el día de la entrega del bien y no el momento de perfección del contrato ni tampoco el momento en que el comprador tiene conocimiento del defecto[67]. El momento de inicio del plazo es el de la posibilidad abstracta de que el defecto sea conocido, posibilidad que únicamente se materializa con la obtención de la posesión. Por entrega, a los efectos que aquí nos interesan, únicamente ha de entenderse la entrega real y efectiva del bien (lo que excluye la consideración de las entregas simbólicas) pues sólo cuando el comprador tiene el bien en su poder puede comenzar a usarlo y detectar posibles incidencias[68]. El cómputo del plazo habrá de

[67] BADENES GASSET, R.: ob. cit. pág. 715 afirma que hubiese sido deseable que el momento de inicio del cómputo se hubiese fijado en el momento en que el vicio fue descubierto por el comprador si bien admite que dicho plazo puede generar problemas por su indeterminación.

[68] En este sentido FENOY PICÓN, N.: ob. cit. pág. 1626 con referencia a la doctrina del TS según la cual solamente cuando se produce la entrega el comprador puede tener posibilidad real de proceder al hallazgo de los defectos. En la misma línea se sitúa DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 219 rechazando que en el caso de entrega simbólica deba ser el momento en que esta se produce el día de inicio del plazo. ENNECERUS, L./ KIPP, T./ WOLFF, M.: ob. cit. pág. 118 puntualiza que cuando el suministro de la cosa mueble o la entrega de la finca precede a la conclusión de la compraventa, la prescripción podrá comenzar sólo desde la conclusión del contrato, o sea, desde el nacimiento de la pretensión. Sin embargo, esta opción resultaría inaplicable en aquellos casos en los que la entrega de la cosa se ha producido con anterioridad a la conclusión del

realizarse conforme a las normas que el propio Código civil dispone al efecto en su artículo 5 de forma que, a falta de pacto, tratándose de un plazo de meses, el cómputo se realizará de fecha a fecha (cuando en el mes del vencimiento no hubiera día equivalente al inicial del cómputo, se entenderá que el plazo expira el último del mes) incluyéndose los días inhábiles. Asimismo, una vez concluido el plazo, las pretensiones de redhibición o reducción tampoco pueden hacerse valer por vía de excepción[69]

3.7.4. Modificación convencional del plazo

En atención al carácter dispositivo de las normas en materia de saneamiento por vicios reconocido por el artículo 1485 C.c. (que como tuvimos ocasión de analizar avalaría incluso una exclusión de la responsabilidad en caso de que el vendedor actuase de buena fe) cabría admitir que las partes pueden modificar, entre otros aspectos del saneamiento, el plazo de ejercicio de las acciones edilicias en la medida puesto que dicho plazo no se establece en atención a razones de interés general sino de exclusivo carácter particular. Sin embargo,

contrato con la intención precisamente de que el comprador pueda tener la oportunidad de examinarla. Excepcionalmente para el caso de gravámenes ocultos
ex art. 1483 C.c. el *dies a quo* para el cómputo del plazo no es el de la entrega sino el del descubrimiento del vicio por parte del comprador. La excepción resulta lógica si tenemos en cuenta que, por la distinta naturaleza de este tipo de bienes, la simple posesión no siempre basta para detectar la existencia de este tipo de vicios que no afectan a la corporeidad de la cosa sino a su situación jurídica y de cuyo conocimiento normalmente no se tiene constancia hasta que el titular del gravamen oculto pretende hacerlo valer. Vid. ENNECERUS, L./ KIPP, T./ WOLFF, M.: ob. cit. pág. 121-122.

[69] ENNECERUS, L./ KIPP, T./ WOLFF, M.: ob. cit. pág. 123.

no negando tal posibilidad, sí que sería necesario matizar que de establecerse el plazo en términos distintos a los legales, nos situaríamos fuera de la órbita de las acciones legales de saneamiento y entraríamos de lleno en el campo de la denominada garantía contractual o comercial que, al amparo del artículo 1255 C.c. las partes pueden pactar[70]. Esta posibilidad de modificación de los plazos legales quedaría, en cualquier caso, circunscrita a la contratación entre particulares, ámbito negocial al que queda reducida la aplicación de las normas del Código civil que ahora analizamos tras la aprobación de diversas normas en materia de protección a los consumidores y, en particular, en materia de garantía en la compraventa de bienes de consumo que tendremos ocasión de analizar *infra*[71].

[70] En este sentido se manifiesta ENNECERUS, L./ KIPP, T./ WOLFF, M.: ob. cit. pág. 122 cuando afirman la posibilidad de que las partes modifiquen el plazo de ejercicio de las acciones. A su juicio no debe considerarse como ampliación convencional del plazo aquellos pactos que el uso ha generalizado en las ventas en determinados sectores en cuya virtud el vendedor declara expresamente que la cosa vendida está garantizada por un determinado período pues en tales supuestos no hay sino una obligación accesoria que el vendedor asume y que permite al comprador beneficiarse de la realización gratuita de todas las reparaciones que la cosa requiera en el periodo señalado al efecto pero no se trata de ampliar el plazo en que el comprador puede hacer uso de las acciones edilicias.

[71] DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 220 admite esa posibilidad si bien reduciéndola al caso de compraventas entre privados pues en el caso de compraventas verticales entre un empresario y un consumidor sería de aplicación el régimen especial que será objeto de estudio en este mismo trabajo. En idéntico sentido ENNECERUS, L./ KIPP, T./ WOLFF, M.: ob. cit. págs. 119-120.

El Código civil, a diferencia de lo dispuesto en el Código de comercio, no exige que con carácter previo a la interposición de las acciones el comprador deba denunciar la existencia de vicios aunque podría defenderse tal postura en la medida en que entre las partes ha de existir un comportamiento de colaboración con arreglo a la buena fe en la ejecución del contrato[72]. En cualquier caso, la obligación de denunciar el vicio, caso de entenderse exigible, no tendría efecto alguno con respecto al cómputo de seis meses para la interposición de las acciones edilicias en tanto que nada dispone el Código al respecto.

4. La disponibilidad del régimen legal de saneamiento

Conviene hacer referencia al carácter esencialmente disponible del régimen legal de responsabilidad por vicios ocultos que se deduce de forma clara del artículo 1485 C.c. al reconocer a la voluntad de las partes un importante papel en la configuración del régimen de saneamiento[73]. En tanto que no establece ningún tipo de

[72] FENOY PICÓN, N.: ob. cit. pág. 1626 se muestra partidaria de esta opción.

[73] MORALES MORENO A.: ob. cit. pág. 958 hace referencia a esta posibilidad de exclusión del régimen de saneamiento mediante pacto entre las partes pero admite con idénticos efectos de exclusión la interpretación del contrato. El autor indica que no sólo se requiere que el vendedor desconociera la existencia de vicios (de otro modo respondería no tanto por aplicación del sistema de atribución de riesgos que representan las acciones de saneamiento sino por la vía de la responsabilidad contractual) sino también que exista una razón suficiente que justifique el desplazamiento del régimen dispositivo del Código en tanto que éste representa la ponderación más justa y equilibrada de intereses a juicio del legislador cuyo desplazamiento, como decimos, ha de estar justificado en atención a las circunstancias del caso concreto. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: Lecturas sobre la Constitución española, II (1978), pág. 34 se

restricción ni condicionante a la capacidad de pacto de las partes más allá de su prohibición en el caso de que el vendedor conociese los vicios en el momento de formalizar el contrato (si conocía los vicios y no lo manifestó actuó de forma dolosa y el artículo 1102 establece que la renuncia a la acción de dolo es nula), ha de admitirse que por la vía de los pactos se pueden establecer condiciones y restricciones al ejercicio de las acciones edilicias (limitación de acciones disponibles, de los plazos para su interposición, de los vicios que darían lugar a responsabilidad, imposición al comprador de cargas para el ejercicio de las acciones, etc.) e incluso llegar a excluir la responsabilidad legal siempre que, como decimos, el vendedor ignorase la existencia de vicios. Admitida la posibilidad de pactos que supongan una restricción del régimen legal ningún problema plantean aquellos otros mediante los que el vendedor asume obligaciones adicionales a las impuestas por la norma con la intención de dotar al comprador de un más completo haz de remedios ante un supuesto de vicios[74].

manifiesta contrario a la disponibilidad del régimen legal de saneamiento y llega a afirmar que la Constitución contiene un mandato al legislador de que configure un régimen imperativo.

[74] GARCÍA CANTERO, G.: ob. cit. pág. 340 admite esta posibilidad de que, respetando el límite del artículo 1485.2, las partes puedan modalizar o incluso erradicar la responsabilidad que fija el Código por entender que se trata de un efecto natural del contrato. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 209 admite también la posibilidad de que las partes puedan establecer pactos que reduzcan la responsabilidad del vendedor. Sin embargo, advierte de que en el caso de contratos verticales entre un empresario y un consumidor tales pactos quedan prohibidos por el artículo 86.1.2 de la LGDCU que califica como abusivas aquellas cláusulas que "*modifiquen, en perjuicio del consumidor o usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor o usuario por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad*". Ningún problema

5. Naturaleza jurídica del régimen de saneamiento

Sobre la naturaleza jurídica del saneamiento y, por ende, de las acciones edilicias que constituyen su núcleo fundamental, se han ensayado diversas explicaciones desde las que lo consideran como una sanción ante el incumplimiento de los deberes prestacionales del contrato o un supuesto de *aliud pro alio*[75] (cuando en realidad las obligaciones que incumben al vendedor no son otras que la entrega de una cosa determinada en el que estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato lo que supondría afirmar que la existencia de vicios anteriores a la celebración del contrato no implica incumplimiento[76]) o siquiera un supuesto de cumplimiento defectuoso en la medida en que la entrega se ha realizado en los términos en que debía si bien el objeto entregado, por adolecer de defectos, frustra el interés del comprador hasta las que lo conceptúan como un supuesto de error en el consentimiento (esta tesis se apoya en la dicción del artículo 1484 cuando hace referencia al hecho de que

plantean, por el contrario, los pactos en cuya virtud el vendedor ofrece compromisos adicionales de responsabilidad frente al comprador normalmente articulados a través de la garantía de duración y buen funcionamiento.

[75] Se cita a POTHIER (Traité du contrat de vente, 1821) como uno de los precursores de esta construcción doctrinal si bien un análisis pausado de sus obras no permiten afirmar que se estuviera refiriendo al problema puesto que el mismo era desconocido en el momento en que sus obras vieron la luz. Vid. MORALES MORENO, A. M.: El alcance protector, ob. cit. pág. 663.

[76] Uno de los autores que ha sostenido con mayor fuerza esta crítica a la consideración de las acciones edilicias como sanción a un incumplimiento del vendedor ha sido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa, ADC, 1969, pág. 777 y ss. En una línea similar se pronuncia MORALES MORENO, A. M.: El alcance protector, ob. cit. pág. 665.

de haber conocido el comprador los vicios de la cosa no la habría comprado o habría dado menos precio por ella) pasando por la que considera el saneamiento como un sistema de atribución de riesgos en la compraventa, como una solución ante el problema de insatisfacción del interés del comprador que la existencia del vicio ocasiona con el objetivo inmediato de dispensar una adecuada protección al comprador y, en última instancia, de estimular el tráfico económico[77]. Un asunto espinoso ha sido la relación entre las acciones edilicias y las derivadas del error en el consentimiento. Las importantes similitudes entre ambos supuestos de hecho han llevado a la doctrina a ensayar diversas teorías para diferenciarlas que, sin embargo, no han conseguido demasiada certidumbre al respecto[78]. Lo

[77] MORALES MORENO, A. M.: "Comentario al artículo 1484" en *Comentarios al Código civil,* tomo II, 1991, pág. 955. FENOY PICÓN, N.: ob. cit. pág. 1622 se refiere a las distintas opciones de calificación de la naturaleza jurídica de las acciones de saneamiento y expone la importancia que reviste la cuestión en tanto que mediante la determinación acerca de la naturaleza de la acción se conecta el saneamiento con las correspondientes figuras de carácter general (error, dolo, incumplimiento) y surge la cuestión de si el comprador puede ejercitar únicamente las acciones especiales de saneamiento (ley especial deroga ley general) o si, por el contrario, cabe apreciar la compatibilidad entre las acciones especiales y las generales, construcción a través de la cual se podrían eludir los inconvenientes plazos de ejercicio de que disponen las acciones de saneamiento y ofrecer una más satisfactoria protección al comprador.

[78] La separación entre el error como vicio en el consentimiento y el vicio redhibitorio no es ni mucho menos nítida en nuestro ordenamiento desde el momento en que el artículo 1266 del Código civil gira en torno a "la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo" y el artículo 1484 configura un concepto de vicio redhibitorio de carácter subjetivo o relativo, es decir, teniendo en cuenta no solamente las condiciones objetivas sino también la particular consideración que al respecto hayan podido formular las partes en el contrato. En esa tesitura una de las teorías diferenciadoras que se han ensayado es aquella que reserva el concepto de error para las cualidades sustanciales de la cosa determinantes para la formación de la voluntad y el de vicio redhibitorio para las

cierto es que, pese a las referidas similitudes entre ambas instituciones, las diferencias son también notorias. En caso de error en el consentimiento el comprador podría interponer la acción de nulidad simplemente con acreditar la existencia de tal error; en el caso de las acciones edilicias, aunque pudiera existir un supuesto de error, lo cierto es que no basta con acreditarlo para poder hacer valer los derechos que se reconocen al comprador sino que se requiere la prueba de que la cosa tiene una menor utilidad, y por ende, un valor inferior. Los efectos de las acciones edilicias son también más complejos y trascienden la mera resolución contractual permitiendo al comprador la conservación del negocio aun con los debidos ajustes en las prestaciones económicas a su cargo[79]. Razones de carácter histórico y sistemático apuntalan la idea de que nos encontramos ante acciones con diferente fundamento y efectos pero, sin embargo, compatibles en cuanto a su ejercicio[80].

cualidades de carácter no sustancial que, siendo relevantes, no son determinantes de la voluntad. Esta construcción obvia que uno de los errores más sustanciales que el comprador puede padecer es, precisamente, la ausencia de funcionalidad de la cosa. Otra de los criterios de diferenciación enunciados es el que afirma que "*el error por vicio en el consentimiento se refiere a la sustancia de la cosa o a sus cualidades constitutivas de tal modo que el comprador no haya comprado la cosa que creyó comprar. Por el contrario, en el caso de los vicios ocultos, el comprador compró exactamente la cosa que quería adquirir*". MORALES MORENO, A. M.: El alcance ob. cit. pág. 673-675.

[79] MORALES MORENO, A. M.: El alcance, ob. cit. pág. 676.

[80] El artículo 1494 del Código, aunque referido a las ventas de animales, es un claro exponente de cómo el Código trata de forma independiente a la vez que compatible las acciones de nulidad por vicios en el consentimiento y las acciones edilicias por vicios en el animal vendido. Construcción que podría extrapolarse al resto de ventas atendiendo a criterios de protección de la

A la vista de todo lo expuesto es posible afirmar que las acciones edilicias no son sino una especialidad de las acciones generales en materia de responsabilidad contractual, un sistema de atribución de riesgos específicamente diseñado para un tipo de contrato que por su relevancia requiere tratamiento diferenciado. Así se explican las particularidades de régimen como la especial configuración de los plazos, la particular consideración que se realiza del comportamiento del vendedor, etc.

I. EL SANEAMIENTO POR DEFECTOS OCULTOS EN EL CODIGO DE COMERCIO

Nuestro Código de comercio no contiene una regulación integral del contrato de compraventa mercantil sino que, partiendo del régimen general contenido en el Código civil, se centra únicamente en señalar las especialidades derivadas de la mercantilidad del contrato. La obligación de saneamiento por vicios o defectos de la cosa vendida se regula de forma dispersa en los artículos 336, 342 y 345 del Código dedicados a los vicios manifiestos y ocultos, los dos primeros, y al establecimiento de la obligación genérica de saneamiento el último[81].

1. Los vicios aparentes o manifiestos

seguridad en tráfico según MORALES MORENO, A. M.: El alcance, ob. cit. pág. 677.

[81] Así lo considera LANGLE Y RUBIO, E.: El contrato de compraventa mercantil, Barcelona, 1958 para quien no ofrece dudas que el artículo 336 C. de c. se refiere a los vicios aparentes o manifiestos.

El ámbito donde más se dejan sentir las diferencias de régimen con respecto al Código civil es el de la regulación de los vicios aparentes o manifiestos donde nos encontramos no sólo con un concepto propio de vicio sino también con las obligaciones de comprobación y denuncia que el Código civil no contemplaba así como con acciones de saneamiento propias.

1.1 La delimitación del concepto de vicio aparente

Llama la atención, en primer lugar, que el artículo 336 se refiera no sólo a los defectos sino también a las faltas de calidad y cantidad que, sin embargo, no aparecen referidos en el Código civil. Se dispensa por esa vía un tratamiento unificado tanto a los vicios *stricto sensu* como a los defectos de calidad y a los defectos de cantidad de forma tal que las acciones que contempla pueden instarse ante cualquiera de las hipótesis dando solución a una de las grandes cuestiones que el Código civil no resuelve que no es otra que la posibilidad de aplicar el régimen de saneamiento no sólo a los defectos sino también a las faltas de calidad o de cualidades de la cosa entregada[82].

[82] GARRIGUES, J.: Curso de derecho mercantil, tomo II, octava edición (revisada por FERNANDO SÁNCHEZ CALERO), Madrid, 1983, pág. 80 se refiere a este tratamiento uniforme que el Código dispensa a la "*triple hipótesis de vicios*" citando algunos ejemplos a de cada una de las patologías de las que puede adolecer la prestación. Afirma asimismo que cuando el defecto se refiere a las faltas de cantidad, la prestación es realmente una prestación diversa a la pactada y, por tanto, no le resultarán aplicables las disposiciones del artículo 336 en aquellos casos en los que la diferencia cuantitativa es de tal relieve que puede suponerse que el comprador no habría dado su consentimiento. Como decimos, este supuesto constituiría un caso de entrega diversa (*aliud pro alio*) que deberá

1.2. Régimen de comprobación y denuncia

Otra de las especialidades es el régimen de comprobación y denuncia de los vicios aparentes o manifiestos. Aun cuando no se explicita como parte de las obligaciones a cargo del comprador, lo cierto es que así podría inferirse del propio artículo 336 cuando reconoce al vendedor el derecho de exigir al comprador el examen de la cosa en el momento de la entrega (art. 336.4 según el cual *"El vendedor podrá evitar esta reclamación exigiendo, en el acto de la entrega, que se haga el reconocimiento, en cuanto a cantidad y calidad, a contento del comprador").* Al examen de la cosa por el comprador se le atribuyen efectos liberatorios para el vendedor en el sentido de que si el comprador examina a su contento la mercancía en el momento en que

canalizarse mediante las acciones en materia de incumplimiento contractual. URÍA, R./ MENENDEZ, A./VERGEZ, M.: "El contrato de compraventa mercantil: disciplina general" en URÍA, R./ MENÉNDEZ, A./ VERGEZ, M.: *Curso de derecho mercantil*, tomo II, 2ª edición, Cizur Menor, 2007, pág. 111 afirman que efectivamente una de las mayores dificultades estriba en diferenciar cuándo existe un defecto y cuándo se ha procedido a la entrega de una prestación diversa (*aliud pro alio*) supuesto en el que el comprador estaría habilitado para instar no ya las acciones de saneamiento sino las acciones generales de incumplimiento cuyos plazos son mucho mayores. Según doctrina del Tribunal Supremo prestación diversa sería aquella en que los defectos lleguen a tal extremo que la cosa entregada sea radicalmente distinta a la pactada resultando por ello totalmente inhábil para el uso al que las partes pretendían destinarla. Vid. SSTS de 6 abril 1989, 5 noviembre 1993, 14 noviembre 1994, 23 diciembre 1996, 30 octubre 1998, 21 enero 1999 o 14 octubre 2000. LANGLE Y RUBIO, E.: ob. cit. pág. 74 califica de lamentable el estado de confusión generado por la diferente definición de vicio que contienen los artículos 336 y 342 y reclama una reforma legal que ponga fin a tal situación. Según el autor, la diferencia entre prestación diversa y prestación defectuosa resulta a priori sencilla si bien en la práctica resulta tremendamente farragosa y difícil de establecer lo que ha originado la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios ante supuestos de hecho esencialmente idénticos.

la recibe no tendrá luego acción para reclamar en su contra. Ha de precisarse, no obstante, que la liberación no se produce por el solo hecho de que las cosas se sometan a examen sino cuando este se realiza "*a contento*" del comprador, esto es, cuando el comprador no manifiesta la existencia de vicio alguno dando su aprobación al recibo de la cosa bien de forma explícita o bien de forma tácita (ausencia de denuncia). El examen se configura no sólo como una medida de protección en favor del vendedor (que se verá a salvo de cualquier responsabilidad si el examen se hizo a contento) sino también como una herramienta que le permite conocer a la mayor brevedad si la entrega ha sido materializada sin tacha o, si por el contrario, cuenta con el rechazo del comprador lo que permitirá la más rápida adopción de las medidas correctoras que sean pertinentes para restaurar la justa contraprestación de los intereses en juego[83]. El Código trata de reforzar la posición del vendedor frente a las consecuencias adversas que para él tendría la negativa del comprador a realizar el examen de la cosa reconociendo la facultad de exigir la realización del examen al tiempo de recibir la cosa (art. 336.4 C. de c.). El examen de la cosa ha de realizarse según el Código "*al tiempo de recibir las mercancías*", esto es, una vez se haya producido la aprehensión material de las mismas por parte del comprador pues sólo a partir de ese momento es cuando

[83] En el mismo sentido se manifiesta SÁNCHEZ CALERO, F.: Denuncia de los vicios y examen de la cosa en la compraventa mercantil, Anuario de Derecho Civil, vol. 12, nº 4, 1959, págs. 1191-1208, pág. 1208.

el comprador puede verificar las condiciones del bien[84]. Al igual que ocurría en el ámbito civil la comprobación requiere de la posesión de la cosa no bastando a tal efecto las entregas simbólicas o espirituales ni la puesta a disposición[85]. Ahora bien, en contra de lo que pueda inferirse de una primera lectura del artículo 336.1, cabe la posibilidad de que el examen se realice con posterioridad a la entrega. A esa hipótesis se refiere el artículo 336.2 cuando menciona el hecho de que las mercancías se hayan entregado embaladas o enfardadas, referencia que se realiza no tanto en atención a la circunstancia del embalaje como de la posposición del examen (hasta un máximo de cuatro días desde la entrega)[86]. Realizada la comprobación, el Código

[84] Así lo considera SANCHEZ CALERO, F.: ob. cit. pág. 1194. El autor califica el examen de la mercancía como un acto propio de la fase de ejecución puesto que se produce en el momento en que la mercancía ya ha sido entregada al comprador. Sólo en los casos de compraventas especiales como la compraventa *ad gustum* o la compraventa a ensayo o prueba puede incardinarse el examen de la cosa dentro de la fase anterior a la ejecución.

[85] Los artículos 337 y 338 configuran entrega y puesta a disposición como conceptos equiparables a los efectos de liberación del deudor de su obligación de entregar la mercancía y transmitir el riesgo de la cosa. Asimismo, la puesta a disposición inicia la exigibilidad de la obligación de pago por parte del comprador ex art. 339 C. de c. Vid. GARRIGUES, J.: ob. cit. pág. 77. VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de derecho mercantil*, tomo II, Valencia, 1982, pág. 243 afirma que la doctrina mercantilista incurre en una generalización excesiva cuando afirma que la noción de puesta a disposición sustituye a la de entrega o que son expresiones equivalentes.

[86] SANCHEZ CALERO, F.: ob. cit. págs. 1204-1205 afirma que la intención del legislador es regular el supuesto en el que el examen de la mercancía no se realiza en el momento de la entrega sino en un momento posterior y no tanto regular el supuesto de hecho de que las mercancías se entreguen embaladas o enfardadas puesto que la circunstancia no tendría en principio por qué oponerse a la posibilidad de realizar un examen en el mismo momento de la recepción previo desembalaje. De manera que la correcta interpretación del artículo 336 pasa por considerar que su primer apartado va referido al supuesto de que el examen de la mercancía se realice en el mismo

establece unos plazos muy estrechos para la interposición de las oportunas acciones (el artículo 336 habla de plazo para repetir contra el vendedor). Exige la denuncia inmediata en caso de que el examen se haya realizado al mismo momento de la recepción de las mercancías y establece un plazo máximo de cuatro días desde la entrega para los casos en que el examen se vea pospuesto (el examen deberá realizarse en un plazo no superior a los cuatro días desde la entrega) [87]. El comprador que no haga reclamación alguna en estos

momento de su recepción mientras que su apartado segundo se refiere al caso de que tal examen se posponga y se verifique con posterioridad a la entrega (en un plazo máximo de cuatro días desde la misma).

[87] Bajo la vigencia de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil existía incluso un procedimiento de jurisdicción voluntaria para el examen y reconocimiento de efectos mercantiles al que el vendedor podría acudir para forzar la realización del examen de la mercancía (art. 2127). SANCHEZ CALERO, F.: ob. cit. pág. 1199 y ss. realiza un detallado análisis del incorrecto entendimiento de este procedimiento que durante años sostuvo el Tribunal Supremo que creyó encontrar en la norma procesal el fundamento de una obligación legal a cargo del comprador que, sin embargo, carece de cobertura por norma sustantiva alguna dentro del Código de comercio. Según el autor, el reconocimiento judicial es sólo una herramienta que el ordenamiento jurídico pone a disposición del vendedor para forzar la realización del examen por parte del juez o los peritos cuando el comprador no ha querido realizarlo. Dicho examen, sin embargo, carece de efectos decisorios en tanto que no sustituye la aprobación del vendedor, su eficacia se limita únicamente a dejar constancia del estado en que se encontraban las mercancías quedando en última instancia en manos del comprador manifestar su conformidad o "*su contento*". Téngase en cuenta que la cosa ha de servir apta para los usos que el comprador pretendía conseguir con el contrato, usos que, en principio, sólo conocen las partes. De nuevo se refiere al procedimiento del art. 2127 LEC en SÁNCHEZ CALERO, F.: Los vicios ocultos y el ejercicio de las acciones que de ellos derivan, *RDM*, 1956, nº 60, pág. 465 y ss. afirmando que el mismo no resulta esencial para la eficacia de la reclamación al vendedor que puede, por tanto, hacerse por cualquier vía que permita garantizar que ha llegado a conocimiento del vendedor concernido. La necesidad de acudir al reconocimiento judicial previo a la denuncia no sólo genera gastos al comprador (que en muchos casos habrían sido innecesarios puesto que el vendedor estaría dispuesto a solucionar el problema desde el mismo momento en que tiene conocimiento del mismo por cualquier vía) sino que minora notablemente (máxime

plazos "*perderá toda acción contra el vendedor responsable de los vicios*" (art. 336.3 C. de c.). La denuncia previa no constituye, en absoluto, un presupuesto necesario para el ejercicio de la acción (que podrá presentarse aun sin denuncia previa), únicamente es un presupuesto necesario para que, pasado el plazo establecido en cada caso, no decaiga la acción, consideraciones todas enteramente aplicables a la denuncia de los vicios ocultos del artículo 342 C. de c.[88].

1.3. Acciones ante a los vicios aparentes o manifiestos

Detectados los vicios aparentes, el comprador podrá optar entre la rescisión del contrato o su cumplimiento con arreglo a lo convenido disponiendo en ambos casos de la acción por los daños y perjuicios que se le hayan irrogado (ex. art. 336.3). Nada dice el Código de comercio sobre el plazo del que el comprador dispone para ejercitar las acciones ante lo que cabe acudir supletoriamente al artículo 1490 C.c. que establece un plazo de seis meses desde el momento de la entrega[89]

en el caso de mercaderías enfardadas que cuentan con el breve plazo de denuncia de cuatro días) el tiempo con que cuenta el comprador para denunciar los vicios. Por esa razón y en atención al carácter dispositivo de las normas sobre saneamiento es frecuente la remisión a los usos de la plaza en cuanto al procedimiento para llevar a cabo la denuncia.

[88] Así lo considera SÁNCHEZ CALERO, F.: "Los vicios ocultos…", ob. cit. pág. 469

[89] SÁNCHEZ CALERO, F.: "Los vicios ocultos….", ob. cit. pág. 468-469 a la vista de la propia redacción del art. 1490 C.c. y de su mayor adecuación a un escenario en el que la protección al comprador debe cohonestarse con la rápida consolidación de las situaciones jurídicas califica como de caducidad y no de prescripción.

2. Los vicios ocultos o internos

En relación con los vicios ocultos el artículo 342 resulta parco y únicamente se limita a afirmar que "*El comprador que no haya hecho reclamación alguna fundada en los vicios internos*[90] *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*". El precepto presenta algunas cuestiones a las que conviene prestar atención.

2.1. Noción de vicio oculto

A diferencia del artículo 336, que contiene un concepto propio de vicio que engloba tanto los vicios *stricto sensu* como también las faltas de calidad y cantidad, el artículo 342 carece de pronunciamiento al respecto lo que suscita la duda de si el concepto amplio del artículo 336 resulta aplicable también a los vicios ocultos o, si por el contrario, habrá de acudirse al régimen supletorio del Código civil. Puede pensarse que si el legislador no se pronunció al respecto fue porque entendió, con muy mejorable técnica legislativa, que los artículos 336 y 342 formaban parte de un sistema especial y diferente al del Código civil pero resulta más verosímil pensar que si, pudiendo hacerlo no hubo pronunciamiento al respecto, el legislador mercantil quiso remitir la cuestión de los vicios ocultos al régimen civil

[90] El código de comercio utiliza una nomenclatura diferente a la del civil. En cualquier caso, resulta una cuestión irrelevante pues en esencia se trata del mismo tipo de vicios tal y como el Tribunal Supremo ha tenido ocasión de puntualizar ya desde la STS de 2 diciembre 1954 según la cual "*consisten en los graves, ocultos o no aparentes, con existencia anterior o coetánea a la venta de la mercadería, no susceptibles de ser precisados por la simple vista*"

circunscribiendo el régimen especial únicamente a los vicios aparentes que, por las especialidades del tráfico mercantil, reclaman un tratamiento específico más allá del establecimiento de plazos más reducidos[91]. De esa forma la especialidad en cuanto a la extensión del concepto de vicio queda únicamente referida a los vicios aparentes que son los regulados en el artículo 336 mientras que los vicios ocultos quedarían íntegramente remitidos al régimen civil. La cuestión no es en absoluto intrascendente pues si se entiende que el concepto del artículo 336 es aplicable no sólo a los vicios aparentes sino también a los ocultos se producirá un notable ensanchamiento del ámbito de estos con respecto a la norma civil al entender comprendidos no sólo los vicios *stricto sensu* sino también los defectos de calidad con respecto a los cuales la legislación civil no se pronuncia de forma explícita (por mucho que puedan entenderse implícitamente incluidos en el artículo 1484 en tanto que tienen virtualidad para afectar la funcionalidad del bien hasta el punto de que el comprador pueda cuestionarse la propia celebración del contrato o el precio

[91] Es verosímil pensar que el ámbito donde más se dejan sentir las particularidades propias del tráfico mercantil es el de los vicios aparentes cuya detección se puede incluso forzar mediante la imposición del reconocimiento previo al comprador. El sistema se justifica por la búsqueda de las mayores dosis de certidumbre y seguridad en las transacciones comerciales. Partidario de la aplicación supletoria del concepto del Código civil se muestra SÁNCHEZ CALERO, F.: "Los vicios …", ob. cit. pág. donde se realiza un completo análisis de la STS de 2 de diciembre de 1954 que dilucida el conflicto entre comprador y vendedor de una partida de carne de membrillo que, por haber sido elaborada con azúcar y no con mosto, presenta descomposición ante lo cual el comprador, que en el momento de la entrega había realizado un examen a contento de la mercancía, denuncia la existencia de vicios ocultos en el plazo de treinta días siguientes a la entrega.

pactado). Pero, como decimos, los vicios a que se refiere el artículo 336 son únicamente los aparentes, los que pueden ser fácilmente detectables mediante el examen de la cosa y a ellos es a los que se refiere ese concepto amplio de vicio que comprende, además, los defectos de calidad y cantidad[92].

2.2. Características de los vicios ocultos

En virtud de esa remisión al régimen civil podría afirmarse que los vicios a los que se refiere el artículo 342 C. de c. serían "*los graves, ocultos, o no aparentes con existencia anterior o coetánea a la venta de la mercadería no susceptibles de ser apreciados por la simple vista*"[93]. El vicio ha de tener la entidad mínima como para hacer la cosa impropia para el uso al que el comprador tenía intención de destinarla (o en su defecto, al uso general al que la cosa se presta) o, al menos, disminuir de forma notable dicho uso[94]. El vicio ha de tener, además, carácter

[92] En la STS 2 diciembre 1954 el Tribunal consideró que los vicios de que adolecía la carne de membrillo debían considerarse como vicios ocultos y les aplicó el régimen del artículo 342 del C. de c. Esta solución es criticada por SÁNCHEZ CALERO, F: "Los vicios…" ob. cit. pág. 455 al afirmar que no se trataba de un vicio oculto sino de un defecto de calidad en la medida en que al membrillo le faltaba la nota esencial de la comestibilidad. Según el autor la consideración de este tipo de afectaciones como vicio oculto no resulta ni correcta ni justa en tanto que generaliza la aplicación de unos remedios (las acciones edilicias que se conciben como excepcionales y, por tanto, sujetos a interpretación restrictiva ni justo porque aplicar ese régimen tan estricto en cuanto a los plazos supone dejar fuera buen número de supuestos en los que el vicio no se manifiesta sino hasta pasados los treinta días que el artículo 342 C. de c. dispone para su denuncia.

[93] Definición que proporciona la referida STS de 2 de diciembre de 1954 comentada por SÁNCHEZ CALERO, F.: "Los vicios…." ob. cit. pág. 450.

[94] En el ámbito mercantil es frecuente que la compraventa se realice con ánimo de revender con posterioridad de manera que la aptitud para la reventa es uno de los usos mayoritariamente buscados por el comprador y habrá de ser tenido en cuenta en la valoración de la entidad del vicio. Si bien no ha de ser el

oculto. En un doble aspecto: no han de ser aparentes o susceptibles de ser precisados a simple vista (nótese que no se exige que el comprador los conociera sino simplemente que estuvieran a la vista) ni han de ser fácilmente reconocibles por aquellos compradores con especiales conocimientos en la materia. Según el artículo 1484 C.c. han de ser también preexistente o, al menos coetáneo, a la venta. Esta exigencia se formula pensando en el supuesto tipo de compraventa de cosa específica que el comprador tiene a la vista en el momento de la perfección del contrato. Pero en las compraventas de cosa genérica, las más habituales en el tráfico mercantil, el momento relevante no es tanto el de la perfección del contrato como el de la especificación pues es difícilmente sostenible que los géneros abstractamente considerados puedan adolecer de vicios. En el caso de ventas mercantiles de cosa específica (poco frecuentes) habría que matizar adicionalmente y afirmar que el momento relevante no sería tampoco la perfección del contrato sino la puesta a disposición de la cosa si tenemos en cuenta que hasta entonces los riesgos de la cosa recaen sobre el vendedor[95]. En la compraventa mercantil el requisito de la

único criterio puesto que cualquier mercancía, sea cual sea el estado en que se encuentre, es susceptible de ser revendida a cambio de un precio inferior. La consideración exclusiva del criterio de la "revendibilidad" de la cosa, siendo relevante, es insuficiente, por tanto, para dimensionar la entidad del vicio. En este sentido, SÁNCHEZ CALERO, F.: "Los vicios…", ob. cit. pág. 457.

[95] Así lo considera SÁNCHEZ CALERO, F.: "Los vicios….." ob. cit. pág. 461 para quien "*los vicios ocultos producidos antes de la puesta a disposición están a cargo del vendedor porque no resultaría lógico que la destrucción total de la cosa o su deterioro (daños o menoscabos dice el artículo 333 C. de c.) recaigan sobre él y los vicios ocultos producidos en el período que va entre la perfección del contrato y la puesta a disposición hubieran de gravar sobre el comprador*". A

preexistencia del vicio, como vemos, ha de ser modalizado en atención a la naturaleza de la cosa objeto de venta[96].

2.3. Plazos de denuncia

Otra de las cuestiones que merecen atención es el breve plazo (frente a los seis meses del Código civil) que concede al comprador para la interposición de las acciones oportunas lo que se justifica por las mayores exigencias de celeridad propias del tráfico mercantil. Al respecto es importante destacar que el plazo para la denuncia de los vicios ocultos es de treinta días desde la entrega de la cosa (y no desde el descubrimiento del vicio) aun cuando el comprador no haya tenido ocasión u oportunidad de examinar la mercancía con un mínimo detenimiento, técnica que también se emplea en el Código civil con claro sesgo en favor de los intereses del vendedor y que puede tener en ciertos casos indeseables consecuencias en el plano de la justicia material[97].

juicio del autor la responsabilidad del vendedor comprende también los vicios ocultos producidos en ese lapso de tiempo y esa responsabilidad, al seguir el régimen de los vicios ocultos estará sometida al término de decadencia establecido en el artículo 342 C. de c. que se comenzará a contar desde que se ha producido la entrega real al comprador.

[96] SÁNCHEZ CALERO, F.: "Los vicios….", ob. cit. pág. 460-461.

[97] SÁNCHEZ CALERO, F.: "Denuncia de los vicios….", ob. cit. pág. 1208 y 1209 se refiere a dos supuestos muy frecuentes en la práctica comercial. En primer lugar el caso del comerciante que adquiere mercancías del fabricante o de un distribuidor mayorista para luego proceder a su reventa. En muchos casos las mercancías que recibe se encuentran embaladas para garantizar no sólo su debida conservación sino también la ausencia de manipulación y su autenticidad. A este comerciante no le resulta posible proceder al examen de las mercancías puesto que para ello requeriría del previo desembalaje que no resulta posible puesto que minoraría el valor de la mercancía pero podría darse la circunstancia

2.4. Acciones ante los vicios ocultos

Por último, la falta de pronunciamiento acerca de cuáles son las acciones de las que el comprador puede hacer uso ante la manifestación de un vicio oculto. Ante esa falta de pronunciamiento cabría considerar la remisión al régimen común del artículo 1486 C.c[98] que pone a disposición del comprador las acciones edilicias (redhibitoria y *quanti minoris*) aunque también puede darse crédito a la hipótesis de que, si bien con una técnica legislativa manifiestamente mejorable, el legislador mercantil quiso diseñar un régimen especial omnicomprensivo tanto de los vicios ocultos como de los aparentes lo que supondría que las acciones del artículo 336 (rescisión y cumplimiento así como indemnización por los daños) son aplicables también a los vicios ocultos o internos[99].

---

de que el revendedor tenga que hacer frente a una reclamación por defectos de la cosa que, de no ser por la imposibilidad de proceder al desembalaje, habría podido interponer contra el vendedor inicial. El segundo caso referido es el de las mercancías cuyo reconocimiento no puede realizarse hasta el mismo momento de su consumo. Refiere el autor la STS de 7 mayo 1957 en la que el tribunal se muestra sensible con esta situación y afirma que la aplicación del artículo 342 habría dado lugar a una situación injusta al dejar sin protección al comprador en tanto que "*es doctrina razonable que debe prevalecer la justicia y la equidad a una aplicación rígida de formalismos legales que ha de actuarse en servicio y no en obstáculo y prohibición de aquella si los términos de la ratio legis no lo excluyen*". A juicio del autor nuestro sistema es criticable por haber sacrificado en determinados supuestos la justicia material en favor de la seguridad del tráfico.

[98] En la misma línea se sitúa CHULIA, F.: ob. cit. pág. 263 y URÍA, R./MENÉNDEZ, A./ VERGEZ, M.: ob. cit. pág. 110.

[99] LANGLE Y RUBIO, E.: ob. cit. pág. 81 afirma, por el contrario, que las acciones de las que puede valerse el comprador ante la existencia de un vicio oculto o interno son las del artículo 336.3 C. de c., esto es, las de rescisión del contrato y las de cumplimiento del mismo. Y ello es así porque, a juicio del autor, "*es justo resolver del mismo modo el problema del vicio externo o interno*".

El régimen de comprobación no se aplica, sin embargo, a los vicios ocultos en tanto que, por su propia naturaleza, no pueden ser detectados mediante un simple examen de la cosa. La realización del examen en estos casos (que puede verificarse si así lo desea el comprador o lo exige el vendedor) no es presupuesto de la exigencia de responsabilidad puesto que, como decimos, se trata de vicios que no podrán detectarse por esa vía[100].

3. Consideraciones comunes a vicios ocultos y aparentes

A modo de cierre es preciso referirnos a dos cuestiones de carácter transversal referidas indistintamente a los vicios ocultos o internos y a los vicios aparentes.

3.1. Naturaleza de los plazos

La primera de ellas referida a los plazos a los plazos de los artículos 336 y 342 ¿Son plazos de denuncia y a la vez de interposición de la acción o, por el contrario, son plazos de denuncia a los que habría que sumar plazos adicionales para el ejercicio de la acción[101]?

[100] Así lo entiende SÁNCHEZ CALERO, F.: "Denuncia de los vicios….", ob. cit. pág. 1206.

[101] La denuncia previa de los vicios detectados en las mercancías ha sido durante muchos años fuente de importante de litigios porque el Tribunal Supremo consideraba, sin que así pudiera inferirse del Código de comercio, presupuesto esencial para su validez que previamente se hubiere sometido la cosa a examen o reconocimiento judicial (ex. art. 2127 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, actualmente derogada) alegando que sólo de esa forma quedaban

Y en este último supuesto ¿qué plazos existirían para el ejercicio de las acciones? De considerarse plazos de denuncia el comprador contaría con plazos adicionales para el ejercicio de la acción que, a falta de pronunciamiento expreso por el C. de c. serían los del artículo 1490 C.c. de aplicación supletoria ex art. 50 C. de c[102]. Por el contrario, si optamos por considerar que son plazos de ejercicio de la acción no sería necesaria remisión alguna puesto que los mismos quedan claros en el C. de c. A nuestro entender la propia literalidad de los preceptos del C. de c. que en ningún momento se refieren a plazos de denuncia sino a plazos de ejercicio de la acción permitiría sostener esta interpretación que, por lo demás, iría más en consonancia con las necesidades de mayor celeridad del tráfico comercial.

3.2. Las condiciones subjetivas del comprador y su incidencia en la calificación del vicio

La segunda de las cuestiones "transversales" hace referencia a las condiciones subjetivas del comprador y su incidencia en la

debidamente salvaguardados los derechos de ambas partes y la identidad de la cosa objeto de litigio. La doctrina siempre se mantuvo crítica con esta exigencia por considerar que si bien representaba mayores dosis de seguridad acerca del estado e identidad de las cosas, no era la única vía para conseguir dichos niveles. Además, el recurso a este tipo de procedimientos introduce un principio de desconfianza entre las partes (recordemos que el artículo 57 C. de c. establece que los contratos deberán cumplirse con arreglo a la buena fe) y resulta difícilmente compatible con la fluidez que demanda el tráfico en masa al introducir en los normales procedimientos de negociación entre las partes elementos formales que lastran la flexibilidad necesaria. En este sentido crítico se manifiesta SANCHEZ CALERO, F.: "Denuncia de los vicios….", ob. cit. págs. 1191-1194. El problema ha sido, sin embargo, superado de forma que ya no constituye foco de polémica alguna.

[102] GARRIGUES, J.: ob. cit. pág. 82.

calificación del vicio. El artículo 1484 C.c. afirma que el vendedor "*no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieran 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*". Pues bien, en la medida en que la compraventa mercantil se integra en la actividad empresarial de quienes la realizan no será posible considerar al comprador como un profano puesto que se desenvuelve en el ámbito que constituye su profesión u oficio y en el que se le presumen especiales conocimientos. Ello implica que la mayor parte de los vicios que pueda presentar la mercancía y que para un profano tendrían la consideración de ocultos, habrán de calificarse como vicios aparentes que, o se denuncian en los plazos establecidos al efecto, o no generan responsabilidad alguna para el vendedor[103].

En todo caso, el régimen de los artículos 336 y 342 puede ser desplazado por la voluntad de las partes en tanto que se trata de normas de naturaleza dispositiva en virtud del artículo 1485.2 C.c. lo

[103] Así lo entiende CHULIA, F.: ob. cit. pág. 258 quien cita la célebre STS de 9 octubre de 1981 (RJ 1981\3595) en la que se analiza la demanda de nulidad por error en el consentimiento en la adquisición por un marchante de arte de un cuadro de Joaquín Sorolla que resultó ser falso. Aun cuando no se invoca la aplicación de las disposiciones sobre vicios de la cosa sino la más general de error en el consentimiento, el TS hace una interesante consideración acerca de las condiciones subjetivas del demandante y su incidencia en la apreciación del error (que podrían ser enteramente aplicables si lo que se invocase por parte del comprador perjudicado fuera la doctrina sobre vicios ocultos). Según el tribunal "*se trata de personas peritas, conocedoras del negocio que además asumen para sí la responsabilidad inherente a la garantía de autenticidad cuando el comprador es un profano, concretamente en el catálogo de la exposición en la que el comprador ponía en venta el cuadro adquirido se hacía constar, «todos los cuadros expuestos se venden con la garantía de autenticidad responsabilizándose A. Hípola*" razón por la cual desestima la demanda.

que permite una perfecta adecuación de las normas a las concretas circunstancias de cada caso[104]

4. La cláusula de garantía como remedio ante la inadecuación de las soluciones del Código de comercio.

4.1. Caracterización

La inadecuación de las acciones edilicias al tráfico actual ha propiciado la búsqueda por los propios operadores de soluciones que faciliten la racionalización jurídica de las actuales redes de distribución y se encuentra en el origen de una práctica negocial que comenzó a apreciarse en los años setenta del pasado siglo. Se trata de la inclusión en los contratos de una cláusula de garantía que comprende una promesa de duración y buen funcionamiento de la cosa durante un cierto período de tiempo y una obligación de reparación y sustitución que sustituyen el tradicional régimen codificado de saneamiento[105]. Se trata de una garantía de carácter voluntario o negocial que se superpone al régimen legal de los códigos buscando, precisamente, superar los inconvenientes que éste presenta tanto para compradores como para vendedores.

[104] La naturaleza dispositiva del régimen de saneamiento no ha sido, sin embargo, pacíficamente admitida por nuestro Tribunal Supremo que en diversas ocasiones se ha manifestado en contra de cualquier pacto de modificación de la responsabilidad del vendedor. Vid. SÁNCHEZ CALERO, F.: "Denuncia de los vicios…", ob. cit. pág. 1213.

[105] A la cláusula de garantía se refiere CHULIA, F.: ob. cit. pág. 268 y URÍA, R./ MENÉNDEZ, A./ VERGEZ, M.: ob. cit. pág. 113.

En virtud de la cláusula de garantía, el garante (que normalmente no es el vendedor ni el detallista sino el fabricante que es quien se encuentra en condiciones de satisfacer la promesa de duración y buen funcionamiento) asume frente al beneficiario (condición que en primera instancia se predica del comprador pero que cabe extender a los ulteriores adquirentes del bien) una promesa de duración y buen funcionamiento de los bienes adquiridos (generalmente la cláusula de garantía recae sobre bienes fungibles y duraderos) durante un plazo determinado o determinable a contar desde la entrega del bien.

4.2. Efectos

La cláusula tiene, como decimos, el efecto de ensanchar el ámbito de protección dispensado por los códigos dado que, en atención a su naturaleza contractual, permite modular tanto las exigencias legales acerca de las condiciones del vicio como de la obligación de examen y denuncia y sustituye las acciones edilicias que, amén de por diversas cuestiones procedimentales, no resultan adecuadas a la concreta composición de intereses de las partes en tanto que no contemplan ni la reparación ni la sustitución, remedios a través de los cuales el comprador puede obtener plena satisfacción y que permiten, además, la conservación del negocio para el vendedor.

El contenido de la cláusula de garantía queda, en principio, a voluntad del garante que es quien voluntariamente asume dicha obligación si bien es posible apreciar cierta tipificación en la práctica que permite afirmar la existencia de algunas obligaciones comunes[106]. Se trataría fundamentalmente de los compromisos de reparación y sustitución del bien así como de prestación de asistencia técnica.

El origen voluntario de la cláusula de garantía que, como decimos, se presta de forma voluntaria por el garante con el ánimo de hacer más atractiva su oferta no empece, sin embargo, la plena exigibilidad de la misma por parte del vendedor y, en consecuencia, la posibilidad de instar las acciones propias del incumplimiento del artículo 1124 C.c. en caso de contravención del tenor de la cláusula de garantía[107].

IV.LA INSATIFACTORIA SOLUCION DE LOS CÓDIGOS ANTE EL PROBLEMA DE LOS VICIOS DE LA COSA Y LA BÚSQUEDA DE SOLUCIONES ALTERNATIVAS

1. La concurrencia de las acciones generales de incumplimiento y las especiales de saneamiento por vicios

[106] CHULIA, F.: ob. cit. pág. 270 puntualiza que, si bien el contenido de la cláusula de garantía se fijaba por el garante, ya desde finales de los años setenta cuando en Alemania se aprobó la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 9 de diciembre de 1979 esa libertad contractual se vio constreñida por las disposiciones de la norma referida.

[107] En este sentido se manifiesta VICENT CHULIA, F.: ob. cit. pág. 270 quien sostiene el carácter vinculante de la cláusula en el principio de buena fe contractual del artículo 1258 del Código civil.

Desde apenas la entrada en vigor de nuestro Código y sus contemporáneos, se comienzan a dejar sentir movimientos doctrinales y jurisprudenciales en busca de alternativas jurídicas a la clásica regulación de los vicios o defectos de la cosa vendida, manifiestamente inadecuadas a las necesidades del tráfico moderno, con el propósito de procurar una mejor protección de los intereses del comprador. Los estrechos márgenes temporales para su ejercicio así como la falta de acomodación de los remedios edilicios a los supuestos de compraventa de cosa genérica característica del nuevo tráfico mercantil motivan el nacimiento de una serie de teorías que buscan soslayar los mencionados inconvenientes. La solución pasaría por entender que un mismo supuesto de patología contractual podría originar simultáneamente acciones de saneamiento y acciones de carácter general, particularmente, las acciones propias del incumplimiento y las del error en tanto que la compatibilidad con las acciones derivadas del dolo queda incuestionada desde el momento en que el propio artículo 1486 C.c. la admite al afirmar que, al margen de las acciones edilicias, cabe, en caso de dolo del vendedor, instar la acción de indemnización por daños y perjuicios (propia de la anulación por dolo) si el comprador opta por la resolución del contrato. La superposición de acciones generales y específicas por saneamiento permitiría al comprador soslayar el estrecho marco de éstas y decantarse por el ejercicio de las primeras.

La acumulación de opciones presenta, sin embargo, algunos inconvenientes. En primer lugar su contrariedad con el principio de especialidad en la aplicación de las normas (que podría salvarse, no obstante, afirmando que las normas especiales han de ser objeto de una interpretación restrictiva) y la cuestionable derogación *de facto* de las normas del Código civil en materia de vicios ocultos que supone[108]. En segundo lugar, la idea de que en un sistema jurídico

[108] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Incumplimiento de compraventa, acción de cumplimiento, *aliud pro alio*. Saneamiento por vicios ocultos" en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, nº2, pág. 636 analizando una STS de 10 de junio de 1983 sobre un supuesto de entrega de una máquina molturadora de piensos con potencia y rendimiento muy inferiores a los contratados saluda de forma positiva el pronunciamiento del tribunal en contra de la doctrina que admite la compatibilidad entre las acciones de saneamiento y las generales sobre incumplimiento contractual. El autor manifiesta que la aplicación concurrente de ambas acciones supone en la práctica dejar sin contenido alguno las acciones de saneamiento al privarlas de un propio campo de aplicación. Práctica que, a su juicio, únicamente tendría cierta disculpa por el afán de los tribunales de procurar mayores niveles de protección al comprador eludiendo el estricto plazo de seis meses que el artículo 1490 del Código civil establece para el ejercicio de dichas acciones cuando dicho plazo resulte inadecuado en atención a las circunstancias del caso. Reflexiones muy similares del mismo autor se encuentran en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "Compraventa: incumplimiento del vendedor; distinción entre *aliud pro alio* y cosa con vicios. Acción de incumplimiento y acción de saneamiento por vicios" en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 8, 1985, págs. 2471-2478 y en concreto en las págs. 2474 y 2475 donde critica la consolidada práctica jurisprudencial de admitir la compatibilidad entre acciones generales y edilicias que, pese a sus buenas intenciones, prescinde de las más elementales consideraciones de carácter técnico desconociendo los imperativos derivados de una interpretación lógica y sistemática de las normas. DE LA CUESTA RUTE, J. Mª: "De nuevo sobre la compraventa civil y mercantil. Saneamiento por vicios y responsabilidad contractual" en *Revista jurídica española La Ley*, 1982, tomo IV, págs. 155 y ss. y en concreto en las págs. 158 y 159 se manifiesta contrario a la compatibilidad en la aplicación de acciones generales de incumplimiento y acciones edilicias argumentando que la protección de la seguridad del tráfico económico ha sido la razón del establecimiento del régimen especial de saneamiento en un contrato de vital importancia como es la compraventa. El autor manifiesta que el criterio de especialidad cierra la puerta a la compatibilidad de acciones tanto en el ámbito civil como en el ámbito mercantil y critica la tendencia generalizada que existe a

suficientemente maduro, cada problema ha de tener una única solución[109]. En último término se trata de una solución excesivamente casuística en tanto que deja a criterio del juez la decisión acerca de esa compatibilidad entre acciones introduciendo elevadas dosis de impredecibilidad jurisprudencial y dando lugar a sentencias contradictorias ante supuestos de hecho esencialmente idénticos[110]. Sin embargo, la solución se asumió de forma pacífica por los tribunales que, primando el pragmatismo frente al rigor técnico, se decantan por una solución manifiestamente mejorable como la acumulación de acciones con el solo fin de eludir la aplicación de las acciones especiales sobre vicios ocultos y sus estrechos márgenes temporales.

1.1. Compatibilidad entre las acciones de saneamiento y la acción de anulación por error

admitirla en el ámbito civil. En idéntico sentido ORTI VALLEJO, A.: ob. cit. pág. 35.

[109] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa, ADC, tomo XXII, octubre-diciembre, 1969, pág. 787.

[110] ORTI VALLEJO, A.: ob. cit. pág. 33 hace referencia a este fenómeno ilustrándolo con referencia a algunas de las primeras sentencias del Tribunal Supremo en las que supuestos de hecho idénticos se resuelven aplicando tanto las acciones en materia de error en el consentimiento, la resolución por incumplimiento como las acciones propias de los vicios ocultos. Cabe citar como ejemplos de sentencias en las que se admite la acumulación de acciones especiales y generales, la STS 6 junio 1911 (que estima la reducción del precio y además la indemnización por daños y perjuicios en clara contravención del art. 1486.2 C.c.) o las STS 19 abril 1928 y 6 junio 1953 (que admite el ejercicio de la acción de nulidad por el error causado dolosamente en un caso de compraventa)

Una concepción estricta de la doctrina del error circunscribiría el solapamiento a un muy reducido número de supuestos puesto que el error relevante, según el artículo 1266 C.c., es únicamente aquel que recae sobre la sustancia de la cosa o sus cualidades esenciales que, salvo casos muy contados en los que hubiera radical diferencia entre lo que el comprador creía adquirir y lo realmente adquirido (ej.: adquisición de un líquido que se creía vino cuando era vinagre), no suele producirse. En la mayoría de los casos no cabría apreciar un error de esas características quedando reconducidos al ámbito de las acciones edilicias (ej.: si el vino adquirido está fermentado y no resulta apto para su consumo no habría error en la sustancia puesto que se compró lo que se pensaba estar comprando por mucho que *a posteriori* se revelara la existencia de un vicio) [111].

Con el ánimo de ensanchar en la mayor medida el ámbito de aplicación del error y, por ende, de la concurrencia de acciones, se ha optado por un concepto amplio de error que lo haría si no idéntico sí muy próximo al concepto de defecto oculto[112]. Es evidente que lo que mueve al comprador es el uso que pretende obtener de la cosa de forma que la afectación relevante de ese uso constituye un supuesto de error lo que permitiría la opción entre las acciones de saneamiento

[111] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: ob. cit. pág. 781 hace referencia a esta concepción estricta del error que, sin embargo, declara ya superada.

[112] En esa línea se sitúa CASTÁN TOBEÑAS, ob. cit. pág. 124 o DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 201-2.

y la acción de anulación derivada de dicho error, opción que únicamente es posible durante los seis primeros meses desde la entrega de la cosa pues, transcurrido ese término, no cabrá ya la interposición de las acciones edilicias sino únicamente la de anulación. El recurso por las acciones edilicias, si bien adolece del inconveniente de contar con un plazo muy reducido, proporciona, sin embargo, remedios más completos al comprador que podrá optar por la conservación del contrato con reducción del precio y, caso de optar por la rescisión del contrato, el abono de los gastos del contrato. Los efectos de la acción de nulidad son de exclusiva índole resolutoria y se reducen a la recíproca restitución de las prestaciones quedando por cuenta de cada parte los gastos en que hubiera incurrido.

La similitud de supuestos de hecho entre los artículos 1266 y 1484 C.c. que la mayoría de la doctrina ha empleado para justificar la aplicación concurrente de acciones ha servido también para negarla al sostener que, cuando se produzca el referido solapamiento, debe optarse por la aplicación de la ley especial en detrimento de la ley general lo que conduciría a la inaplicación de las normas sobre error. Se dice también que cuando se produzca la concurrencia de acciones se ha de optar por las edilicias en tanto que las mismas buscan, frente a las generales, reforzar la seguridad del tráfico estableciendo plazos más reducidos[113].

[113] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: ob. cit. pág. 786-787. El autor, amén del principio de especialidad, justifica su postura en la negación de identidad entre los supuestos de hecho de las acciones edilicias y los casos de

1.2. Compatibilidad entre las acciones de saneamiento y las acciones generales de incumplimiento. La doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio*

La diferenciación entre vicio y defecto de calidad permitiría deslindar el campo de aplicación de las acciones edilicias y generales restringiendo la acumulación de ambas al segundo de los supuestos. Sin embargo, resultará extraordinariamente difícil realizar esa labor de discernimiento si tenemos en cuenta que los códigos, lejos de adoptar una perspectiva ontológica o sustantiva para la definición del vicio, adoptan una perspectiva estrictamente funcional que se refiere indistintamente a vicios y defectos de calidad como cualquier incidencia que suponga una afectación funcional de la cosa[114].

error. Según él existen varios motivos que permiten trazar una nítida línea entre ambas acciones. En primer lugar, el carácter unilateral que presentan unas acciones edilicias claramente dispuestas en favor de los intereses del comprador y no del vendedor. Así, mientras que el comprador dispone de estas acciones el vendedor que haya vendido por error una cosa a un precio inferior al que tenía no podrá hacer uso de las acciones edilicias y se verá abocado a la acción de nulidad. Asimismo, las acciones edilicias favorecen al comprador a través de mecanismos totalmente impropios de la anulación por error. En caso de anulación por error la parte que incurre en éste puede desvincularse del contrato restituyéndose las prestaciones recibidas por ambas partes siendo por cuenta de cada parte los gastos en que haya podido incurrir con la celebración del contrato. Las acciones edilicias gravan más al vendedor, víctima indirecta del error, ya que habrá de abonar al comprador "los gastos que pagó" (art. 1486.1 C.c.) además del precio recibid siendo así que no hay razón para volcar exclusivamente sobre el vendedor las consecuencias del error de la otra parte. La última de las razones aducidas se refiere al carácter renunciable de la protección que dispensan las acciones edilicias ex. art. 1485.2 C.c. que, carecería de sentido si, verdaderamente, esas normas perteneciesen a la esfera del error en tanto que las normas sobre formación de la voluntad tienen carácter imperativo.

[114] Tanto el código napoleónico como los herederos de su tradición se refieren a los vicios o defectos desde una única perspectiva que no permite diferenciarlos. Según ORTI VALLEJO, A.: ob. cit., pág. 36 se deja sentir en este

Adoptando una perspectiva ontológica o sustancial sería posible distinguir un concepto estricto de vicio como imperfección o alteración de la cosa que la hace diferente a las de su género y un concepto amplio que comprendería, además, la falta de determinadas cualidades (defecto de calidad)[115]. Verificada la concurrencia debida

punto la construcción de Pothier para quien el fundamento de la responsabilidad por vicios residía en el incumplimiento de la obligación del vendedor de asegurar la utilidad de la cosa vendida lo que le obligaba a responder no sólo por los vicios sino también en casos de evicción en tanto que en ambos supuestos se veía entorpecida la utilidad de la cosa. La adopción de una perspectiva ontológica hubiese permitido esa diferenciación entre vicio y defecto de calidad entendiendo el primero como imperfección o daño de la cosa y el segundo como falta de calidad o de alguno de los atributos que le son propios. Esta sutil diferencia entre uno y otro concepto sería la base para la aplicación diferenciada de unas y otras acciones.

[115] SÁNCHEZ CALERO, F.: "Los vicios…", ob. cit. pág. 450 el autor formula las dos concepciones, amplia y estricta, del concepto de vicio siguiendo los postulados que ya enunciara la doctrina italiana a la que se remite. El autor analiza una sentencia del Tribunal Supremo en relación con la entrega de una partida de carne de membrillo que, por el empleo de materias primas inadecuadas en su proceso de elaboración, se encontraba descompuesta no resultando apta para el uso alimenticio requerido. El Tribunal Supremo calificó el supuesto como un caso de vicios ocultos y aplicó el artículo 342 del Código de comercio si bien el autor considera que no se trata de un vicio oculto sino de un defecto de calidad en tanto que faltaba una cualidad esencial como la comestibilidad. En cualquier caso, la resolución jurisprudencial resulta interesante por el análisis que realiza del concepto de vicio oculto en el ámbito mercantil. Según la sentencia, "*los vicios ocultos consignados en el artículo 342 del Código de comercio consisten en los graves, ocultos o no aparentes con existencia anterior o coetánea a la venta de la mercadería, no susceptibles de ser precisados por la simple vista*". El concepto de gravedad del vicio está implícito en nuestro Código civil (no así en el Código de comercio) cuando afirma que la responsabilidad del vendedor surge por vicios que hacen la cosa "*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*". Parece que sólo los vicios de cierta gravedad pueden tener la capacidad de afectar de forma sensible el uso al que la cosa se destina hasta cuestionar la propia adquisición de la misma. Los vicios de escasa entidad según los usos del tráfico deberán ser tolerados por el comprador y no darán lugar a responsabilidad alguna del vendedor. En segundo lugar se refiere la sentencia al carácter oculto de los vicios. Los vicios no han de estar a la vista y, aun cuando lo estén, no deben ser fácilmente reconocibles dada la

de todas las cualidades esenciales del bien, cualquier eventualidad que éste presente deberá calificarse como vicio. Se trataría de dos planos perfectamente diferenciados hasta el punto que bienes de primera calidad pueden verse afectados por vicios y bienes sin ningún tipo de vicio podrían presentar defectos de calidad[116]. Este

profesión u oficio del comprador y, además, ser desconocidos por el comprador (ningún sentido tiene el análisis del carácter oculto del vicio si el comprador conocía de su existencia) pues en caso contrario el vendedor queda liberado de responsabilidad. Los vicios, además, deberán tener existencia anterior o coetánea a la venta de la mercadería. En el ámbito civil el momento para determinar la existencia de los vicios será el de la perfección del contrato en el caso de venta de cosa específica o el de la especificación si se trata de cosas genéricas. En el ámbito mercantil resulta determinante en este punto el concepto de puesta a disposición (artículo 333 Código de comercio). Los vicios producidos antes de la puesta a disposición serán responsabilidad del vendedor mientras que los vicios posteriores a la puesta a disposición no le resultarán imputables a menos que se deban a una conducta dolosa o negligente por su parte. En los supuestos de ventas mercantiles de cosa genérica, al igual que en el ámbito civil, el momento determinante para el análisis de los vicios es el de la especificación o individualización que puede producirse con la entrega propiamente dicha o mediante pacto entre las partes.

[116] Según VIVANTE, C.: *Trattato di Diritto commerciale*, IV, 5ª ed., 1926, pág. 154. las diferencias de calidad son inherentes a la naturaleza de las mercancías mientras que los vicios son deformidades o anormalidades que la cosa presenta. Según el autor, las diferencias de tejido, de fibra, de color, de método, de origen, de materias primas, etc. podían considerarse vicios de calidad considerando estos como inherentes a la naturaleza de las cosas mientras que los vicos se refieren a la forma imperfecta en que la mercancía fue procesada de forma que una cosa puede estar viciada con independencia de cuál sea su calidad de la misma forma que una mercancía no pierde su calidad por el hecho de estar viciada. En su opinión, las cualidades son positivas y taxativas mientras que los vicios son innumerables y sólo pueden delimitarse negativamente de manera que, verificada la concurrencia de las cualidades, cualquier imperfección será calificada como vicio si bien el análisis deberá hacerse atendiendo a las circunstancias del caso concreto. En cualquier caso, cabe afirmar que resulta discutible que entre las cualidades esenciales normales y los vicios exista una diferencia "*extrínseca, metajurídica y de cualquier forma, que la diferencia sea tal como para justificar una diferencia de tratamiento jurídico*". Lo más acertado probablemente sea que tanto los vicios, defectos de calidad como la prestación diversa queden sometidos a idéntico régimen jurídico

criterio se mostró, sin embargo, insuficiente en la medida en que no integraba el papel de modulación de los pactos entre las partes y únicamente atendía a criterios de estricto carácter objetivo sobre la esencialidad del bien[117]. La voluntad de los contratantes puede transformar en vicio lo que, desde el punto de vista objetivo, no es más que un defecto de calidad o a la inversa lo que contribuye a desdibujar la línea entre ambos conceptos. El criterio ontológico puro resulta, por tanto, insuficiente para la delimitación entre los conceptos de vicio y defecto de calidad y reclama de una revisión integradora en la que tengan cabida no sólo los criterios estrictamente objetivos derivados de la naturaleza de las cosas sino también los de carácter subjetivo acordados por las partes[118].

[117] El carácter dispositivo del régimen de saneamiento queda claro en el artículo 1485 del Código civil según el cual "*El vendedor responde al comprador del saneamiento por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, aunque los ignorase. Esta disposición no regirá cuando se haya estipulado lo contrario y el vendedor ignorara los vicios o defectos ocultos de lo vendido*" SÁNCHEZ CALERO, F.: "Denuncia…", ob. cit. págs. 1191 a 1217 y particularmente en las págs. 1211 a 1216 afirma el carácter dispositivo de las normas de saneamiento tanto del Código civil pero también del Código de comercio (si el carácter dispositivo del régimen resulta claro en el ámbito civil llegando al punto de que pueda incluso eliminarse cualquier responsabilidad del vendedor si este desconocía los vicios, parece claro que en el ámbito mercantil, en línea con la ratio de este cuerpo legal de conceder mayor protección al vendedor para así reforzar la seguridad en el tráfico, sería un contrasentido que al vendedor mercantil no se le permitirá aligerar convencionalmente su responsabilidad al menos hasta el límite permitido al vendedor civil).

[118] SÁNCHEZ CALERO, F.: "Los vicios ocultos…", ob. cit. pág. 451 se refiere a esta realidad con citas de Ascarelli y Carnelutti, autores partidarios de integrar en el criterio ontológico puro las convenciones a que las partes hubiesen llegado. Para dichos autores, por tanto, la delimitación entre vicio y defecto de calidad dependerá de que la cosa presente las cualidades esenciales que le son propias por su naturaleza o bien aquellas que así se hayan dispuesto convencionalmente.

Lo único que pusieron de manifiesto los numerosos ensayos realizados por la doctrina de la primera mitad del siglo pasado fue que la diferenciación entre casos de vicio y defecto se vislumbraba difícilmente sostenible no ya desde la perspectiva funcional adoptada por los códigos sino incluso desde la pura perspectiva ontológica y que la muy loable intención de forzar esa distinción para procurar una mejor protección al comprador y superar los inconvenientes de las acciones edilicias no hacía sino incrementar la indefinición[119]. Es en este momento cuando surge la doctrina del *aliud pro alio*, una nueva vía a través de la que conseguir eludir los estrechos márgenes de las clásicas acciones edilicias y procurar mayores niveles de protección del adquirente de la cosa vendida

Esta nueva construcción, con amplio respaldo jurisprudencial, adolece, sin embargo, de un inconveniente como es su incierta delimitación conceptual. En efecto, los códigos no definen lo que debe entenderse por prestación diversa y simplemente se limitan a

[119] Para ORTÍ VALLEJO, A.: pág. 55 y 56 el mantenimiento de la distinción forzada entre vicio y defecto resultó muy problemática en Italia hasta el punto que el legislador de 1942 los sometió a idéntico régimen con el propósito de erradicar cualquier intento de la doctrina de establecer distinciones a través de las cuales sustraer los defectos de calidad del ámbito de las acciones edilicias. Sin embargo, el legislador no supo apreciar que las diferenciaciones artificiosas de la doctrina eran puramente instrumentales y únicamente respondían a la finalidad de actualizar un régimen jurídico obsoleto desde casi su entrada en vigor para dispensar al comprador un nivel de protección acorde a los nuevos escenarios económicos. Con ello se desaprovechó una oportunidad única para haber actualizado y modernizado el código en un asunto tan relevante como es el régimen jurídico de la compraventa. La doctrina del *aliud pro alio* surge precisamente tras la constatación de que la reforma del Código civil italiano no afrontaba la actualización del régimen de la compraventa.

reconocer al comprador la facultad de rehusarla si fuera el caso. Será necesario en esa tesitura delimitar las figuras de prestación diversa y prestación defectuosa a fin de clarificar las acciones aplicables en cada caso si bien hemos de anticipar que la conveniencia estratégica ha supuesto un progresivo ensanchamiento del ámbito del *aliud pro alio* hasta su práctica generalización[120].

En algunos casos la diferenciación entre prestación diversa y prestación defectuosa resulta sencilla pero, las más de las veces, esa sencillez no es tal y surgen importantes dificultades. El criterio ontológico o sustantivo podría aparecer como el más apropiado inicialmente aunque, como veremos, verá mermada su aplicabilidad a los casos más "groseros" que, por lo demás, serán los menos frecuentes[121]. Desde la perspectiva ontológica prestación diversa o *aliud pro alio* es aquella en la que no concurren las características tipológicas esenciales de la cosa adquirida bien porque se trate de una cosa absolutamente diversa (supuesto de laboratorio por infrecuente)

[120] ORTI VALLEJO, A.: ob. cit. pág. 55 hace referencia a este fenómeno de progresiva expansión del ámbito de la prestación diversa con el objetivo estratégico de eludir la aplicación de las normas en materia de saneamiento, mucho menos favorables para el comprador, en favor de las acciones de incumplimiento contractual.

[121] ULPIANO (Digesto 18, 1 9, 2) asumía esa perspectiva ontológica cuando definía la prestación diversa como casos de entrega de bronce por oro o plomo por plata, esto es, como la entrega de una cosa sustancialmente diversa a la que debida. Desde esta óptica, puede predicarse una total autonomía conceptual entre los conceptos de prestación diversa y prestación defectuosa, autonomía que, sin embargo, comenzó a desdibujarse por razones de pura índole estratégica en el momento en que se intenta articular la "huida" del régimen legal del saneamiento a través del expediente de la prestación diversa.

bien porque dichas características, aun estando presentes, adolecen de defectos cualitativos de envergadura que convierten la cosa en otra distinta. Es precisamente en este segundo punto donde surgen las dificultades por la proximidad entre el concepto de *aliud pro alio* y el de vicio. Resulta extraordinariamente complicado establecer un criterio apriorístico que permita diferenciar los casos de defectos de calidad simples de aquellos otros que, por su entidad, desnaturalizan la cosa y la convierten en una prestación diversa. La doctrina no ha renunciado, sin embargo, a formular criterios diferenciadores de una y otra patología prestacional.

Es posible, en segundo término, abordar el concepto de *aliud pro alio* desde la perspectiva funcional como un estricto problema de satisfacción del comprador. Desde esa óptica, cabría hablar de entrega diversa no sólo cuando se entrega una cosa materialmente diferente a la debida sino también cuando se entrega una cosa inhábil para el fin al que se la destina por carecer las cualidades previstas por las partes[122]. La mayor o menor extensión que se le confiera a la

[122] DE LA CUESTA RUTE, J. Mª: *ob. cit.* pág. 161 formula esta argumentación a partir del análisis de sendas resoluciones jurisprudenciales del TS de 12 y 23 de marzo de 1982, compraventas mercantiles en las que se cuestionaba la adecuación de la cosa entregada: anomalías en el índice higrométrico de un suelo de parquet en un caso y mala calidad de unos tabiques prefabricados (que no eran de escayola como se indicaba en el contrato sino de yeso) en el segundo supuesto. En el primer caso el TS, si bien por falta de prueba no llega a condenar al vendedor, se remite en todo momento a las acciones edilicias entendiendo que se trata de un defecto de calidad y no de un supuesto de *aliud pro alio*. En el segundo caso, sin embargo, el TS, adoptando un criterio estrictamente ontológico, argumenta que la falta de calidad de los tabiques (derivada del material con que se han fabricado) determina la existencia de un supuesto de prestación diversa y no de un defecto de calidad en tanto que en el

contrato se especificaba el material con que los tabiques debían ser fabricados. El autor pone de manifiesto que, de haberse analizado desde una perspectiva funcional, el supuesto no habría dado lugar a responsabilidad alguna del vendedor en tanto que el yeso y la escayola pueden considerarse materiales con idéntico nivel prestacional y utiliza este argumento para elaborar su propia tesis acerca de los conceptos de prestación diversa y prestación defectuosa. Según el autor, es necesario huir del debate conceptual y analizar ambas patologías desde criterios meramente funcionales atendiendo al nivel de satisfacción de los intereses del comprador sin que quepa una diferenciación apriorística entre ambas situaciones. Únicamente el carácter aparente u oculto de la afección de la cosa deberá servir como criterio para determinar las acciones aplicables en atención a los intereses concurrentes en uno y otro supuesto. El autor encuentra refrendo a su teoría en los artículos 336 y siguientes del Código de comercio que someten a un tratamiento unificado los supuestos de vicio de calidad y *aliud pro alio* (si bien no aluden expresamente a este concepto, éste puede entenderse incluido en el precepto) y únicamente establecen diferencias de régimen jurídico en función de su carácter aparente u oculto permitiendo en el primer supuesto el recurso a las acciones generales de incumplimiento (se reconoce al comprador la facultad de rehúse de la mercancía junto con la acción de cumplimiento y, en ambos casos, la indemnización por daños y perjuicios) y en el segundo a las acciones edilicias cuyos plazos son más dilatados en atención al carácter oculto del vicio (a esta última conclusión llega el autor ante la falta de pronunciamiento del artículo 342 del Código de comercio sobre las acciones pertinentes ante la existencia de vicios ocultos que, por aplicación del principio de subsidiariedad del derecho común, remitiría al régimen del Código civil aunque las sentencias del TS se remiten a las acciones del artículo 336 del Código de comercio también en el supuesto de vicios ocultos del artículo 342). El autor formula en su trabajo una crítica al empleo del expediente del *aliud pro alio* para eludir la aplicación del artículo 336 del Código de comercio (que prima la consecución de seguridad en el tráfico económico mediante el establecimiento de plazos breves de denuncia) en favor de los artículos 1101 y 1124 del Código civil puesto que "*incluido el defecto de calidad en el presupuesto del artículo 336 Ccom., no es concebible que cuando su gravedad permita hablar de cosa distinta no sea cabalmente manifiesto y no haya de entrar en juego aquel precepto, teniendo además en cuenta el carácter de experto del comprador*". A juicio del autor la aplicación de los preceptos del Código civil no tendría cabida en supuestos de compraventa mercantil como los que el tribunal analiza si se tiene en cuenta que el artículo 336 del Código de comercio no es sino la mera traslación al ámbito mercantil de las acciones generales de incumplimiento del Código civil y que, por aplicación del principio de especialidad, debiera ser el Código de 1885 el aplicable en tales supuestos. DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 203 cita como ejemplos de *aliud pro alio* las SSTS de 9 marzo 2005 (RJ 2005\2219 sobre entrega de máquina de calzado que resultaba inservible para su uso; 21 octubre 2005 (RJ 2005\1689) sobre entrega de aceite que, por su composición química no resulta apto para el uso que se pretendía darle; 15 diciembre 2005 (RJ 2006\1224) sobre entrega de papel para

inhabilidad de la cosa para el uso al que se destina determinará una muy notable extensión del ámbito de las acciones generales en claro detrimento de las edilicias.

El TS parece referir la diferencia, sin embargo, a un criterio de gravedad o entidad del vicio según se infiere de numerosas sentencias entre las que cabe citar la STS 20 noviembre 2008 (RJ 2009\283) en la que se afirma que la doctrina del *aliud pro alio* "*se aplica cuando (…) hay una falta tan grave en las cualidades del bien entregado, sea ontológica o funcionalmente, que permite considerar que se está ante un incumplimiento contractual*".

En el caso de prestación diversa o *aliud pro alio* se produciría la confluencia tanto de las acciones edilicias (puesto que, en última instancia, la prestación diversa puede subsumirse en el supuesto de hecho del artículo 1484 C.c. por entrañar una afectación al uso del bien que de haber sido conocida por el comprador le habría llevado bien a no contratar bien a hacerlo por un precio inferior) como de las generales en materia de incumplimiento de la prestación que, en virtud de los artículos 1166 y 1124 C.c. habilitarían al comprador en primer término a rehusar la mercancía y, en segundo lugar, a instar o bien el cumplimiento mediante una nueva entrega o bien la resolución con el abono de los daños y perjuicios en ambos casos. Los defectos o faltas de calidad que no tuvieran tal gravedad como para

etiquetado de botellas de vino al que no se le puede dar tal uso por no ser resistente a la humedad de las bodegas, entre otras muchas.

privar la cosa de cualquier uso se reconducirán por la vía de las acciones edilicias lo que no deja de constituir una contradicción evidente con la finalidad de la doctrina del *aliud pro alio* que no era otra que sustraer al ámbito de las acciones edilicias la mayor cantidad posible de supuestos. Que un vicio no tenga la magnitud como para instar la resolución del contrato no significa, sin embargo, que no pueda justificar otras medidas como la sustitución o, en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios, quedando condenado al solo ejercicio de las acciones edilicias que, amén de no proporcionarle tales remedios, han podido ya estar caducadas al tiempo en el que se descubre el vicio[123].

Otro de los criterios que se ha empleado para diferenciar prestación diversa y prestación defectuosa ha sido el carácter manifiesto u oculto de la patología que presenta el bien entregado partiendo de la consideración de que, por la entidad que representan, los casos de entrega diversa serán fácilmente detectables en el momento de la entrega lo que les haría merecedores de la condición de vicios manifiestos. De esa forma, querían fuera del ámbito de las acciones edilicias en el caso de compraventas civiles y en el caso de ventas mercantiles darían la opción al comprador a ejercitar tanto la pretensión de cumplimiento instando a la entrega de un bien de las mismas características como la resolución del contrato y, en ambos casos, la indemnización por daños y perjuicios (ex. art. 336 C. de c.).

[123] DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: ob. cit. pág. 204 así lo manifiesta.

Sensu contrario, el resto de vicios o afecciones que no revistan tal carácter se considerarán vicios ocultos resultándoles aplicables únicamente las acciones edilicias que se configuran como acciones especiales a cuyo amparo se concede una protección adicional al comprador en atención al carácter oculto del vicio que impidió la posibilidad de accionar en el momento de la entrega. Esa protección adicional se articula mediante la ampliación del plazo para proceder a la denuncia del defecto que, en el caso de vicios ocultos, como sabemos, se prolonga hasta los seis meses siguientes a la entrega de la cosa (artículo 1490 del Código civil). Quedarían de esa forma perfectamente diferenciados los respectivos ámbitos de aplicación de las acciones generales y edilicias y superado el importante escollo de articular un criterio diferenciador entre los casos de *aliud pro alio* y los casos de prestación viciada. Con esta tesis el *aliud pro alio* como expediente técnico a través del que deslindar el campo de aplicación de uno y otro tipo de acciones queda reducido al momento inmediatamente posterior a la entrega pues ahí es donde se registran los vicios manifiestos. A partir de ese momento solo podría acudirse a las acciones edilicias[124].

[124] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, A.: "Incumplimiento de compraventa…", ob. cit. págs. 637 a 639 donde el autor desarrolla la idea y la aplica al supuesto de hecho de la STS de 10 de junio de 1983 para finalizar considerando que el ejercicio de las acciones generales frente a los vicios detectados en la cosa fue plenamente procedente (recordemos que se trataba de la entrega de una máquina para moler piensos que carecía de la capacidad técnica que inicialmente se había pactado). Efectivamente, el autor considera acertado el criterio del Tribunal Supremo en tanto que los vicios fueron puestos de manifiesto casi de forma inmediata a la entrega de la cosa y por el carácter

Se ha llegado incluso a afirmar que no existe la posibilidad de distinguir conceptualmente entre entrega de una cosa distinta y entrega de una cosa viciosa puesto que las cosas con vicios o defectos son siempre cosas distintas a las debidas debiéndose hablar en puridad de *aliud pro alio* en sentido propio en referencia a los supuestos de entrega de cosa manifiestamente distinta a la debida y de *aliud pro alio* en sentido amplio referido a los casos en que se entrega una cosa con vicios ocultos[125]. En el primer supuesto las exigencias del tráfico y la buena fe imponen que la reclamación sea inmediata mientras que cuando los defectos de la cosa no resultan manifiestos esas mismas exigencias del tráfico y la buena fe conceden un tiempo más dilatado para ejercitar la reclamación correspondiente[126].

aparente de los mismos que fueron detectados por el comprador desde las primeras pruebas de funcionamiento.

[125] BADENES GASSET, R.: ob. cit. pág. 685 que en realidad la distinción ente vicio y defecto de cualidad no ha sido creada por la ley sino que ha nacido en el mundo metajurídico. Ello explica las razones por las que resulta tan difícil la separación entre ambos conceptos, imposible de condensar en una fórmula única válida para todos los tipos de cosas. El autor hace referencia a la unificación de supuestos que se realiza en el artículo 336 C. de c. que dispensa un tratamiento unitario tanto a los vicios como a las faltas de calidad y cantidad.

[126] En este sentido se pronuncia BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "Compraventa: incumplimiento….", ob. cit. págs. 2473 y 2474. El autor encuentra sostén a su formulación en el entonces Proyecto de Ley Uniforme sobre la Venta Internacional de los Objetos Muebles Corporales (cuyo texto inicial puede consultarse en ADC, 1958, págs. 1142 y ss.) cuyo artículo 40 afirma lo siguiente: "*El vendedor no ha dado una cosa conforme al contrato: 1) cuando no ha dado más que una parte de la cosa vendida o cuando ha entregado una cantidad mayor o menor que aquélla que había prometido en el contrato 2) cuando ha dado una cosa distinta de la prevista en el contrato o una cosa de diversa especie 3) cuando ha dado una cosa que no posee las cualidades necesarias para su uso normal o para su utilización comercial 4) cuando ha dado una cosa que no posee las*

Se afirma que, aunque conceptualmente no existen diferencias con los vicios ocultos, el recurso a la doctrina del *aliud pro alio* tiene la innegable ventaja de permitir al comprador eludir los breves plazos de los artículos 1490 del Código civil y 342 del Código de comercio (aunque, en puridad, los supuestos de *aliud pro alio* en sentido propio tendrían que denunciarse con carácter inmediato o, a lo sumo, en los plazos dispuestos para la inspección por el comprador). Sin embargo, es conveniente dosificar el empleo de esta técnica a los supuestos en los que sea estrictamente necesario en atención a los intereses en juego y únicamente en los supuestos de total inadecuación de la cosa para la satisfacción del comprador de acuerdo con el destino natural del bien o expresamente contemplado en el contrato[127].

cualidades necesarias para un uso especial previsto expresa o tácitamente por el contrato 5) y, en general, cuando ha dado una cosa que no posee las cualidades y particularidades previstas, expresa o tácitamente, por el contrato. La diferencia en la cantidad, la falta de una parte, de una cualidad o de una particularidad no son tomadas en consideración cuando carecen de importancia para los intereses del comprador o cuando son toleradas por los usos". Nótese que este régimen jurídico es el antecedente de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías que, a su vez, impulsó un cambio de paradigma en el modelo regulatorio de los vicios ocultos, al menos en las compraventas de consumo, en el continente europeo. Al margen de esta cuestión el autor utiliza el proyecto normativo para justificar su tesis de que realmente no hay diferencias conceptuales entre prestación diversa y prestación defectuosa adoptando una perspectiva funcional de análisis de las patologías de la prestación. Según el autor la única diferencia ha de establecerse entre vicios aparentes y vicios ocultos lo que supondría reformular el clásico debate doctrinal huyendo de disquisiciones vidriosas y, en muchos casos, carentes de efecto práctico. El autor reclama una acción legislativa que reelabore el régimen de los vicios en general articulándolo en torno al carácter oculto o manifiesto de los vicios que, por lo demás, es un criterio mucho más aquilatado que los tradicionales de vicio, defecto, defecto de calidad, etc. en torno a los que se articulaba el régimen del Código civil.

[127] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: Compraventa…., ob. cit. pág. 2476. El autor cierra su análisis afirmando que la doctrina del *aliud pro alio*,

2. La superación del problema mediante las normas sobre protección del consumidor

En cualquier caso, el problema planteado por la inadecuación de las viejas acciones edilicias a las necesidades del tráfico moderno y la búsqueda de soluciones alternativas que permitieran soslayar tales inconvenientes ha quedado circunscrito a los supuestos de compraventas civiles entre particulares (de muy reducida relevancia) y a las compraventas interempresariales.

Para el caso de las ventas de consumo el modelo de las acciones edilicias ha quedado superado como consecuencia de la aprobación de diversas normas, nacionales y comunitarias, que abordan el problema de los vicios en la cosa objeto de venta desde una nueva perspectiva. La aprobación de la Ley 23/2003, de 10 de

a la que previamente ha negado virtualidad en favor de la diferenciación entre vicios ocultos y manifiestos pero a la que, sin embargo, reconoce una utilidad clara para procurar mayores niveles de protección al comprador, debe aplicarse de forma restrictiva a los supuestos de completa inadecuación de los bienes entregados con respecto al programa prestacional diseñado por las partes. De esa forma se pondría fin a la existencia de resoluciones judiciales tan contradictorias como las que se han venido produciendo en nuestro país (de las que el autor hace una relación detallada en las pág. 2476 in fine a 2478). En el supuesto de hecho objeto de análisis por la STS de 6 de marzo de 1985 el Tribunal entendió la existencia de una prestación diversa y estimó procedente la aplicación de las acciones generales de incumplimiento. Se trataba de una compraventa mercantil de una partida de parquet de roble afectado de carcoma por no haber sido sometido a un tratamiento antiséptico que hubiese evitado la anidación de insectos. El tribunal afirma que "*habida cuenta de la inhabilidad del objeto suministrado, de imposible aprovechamiento por el comprador*" ha de considerarse como un supuesto de prestación diversa resultando procedente la aplicación de los artículos 1101 y 1124 del Código civil "*por constituir ello un verdadero incumplimiento y no un mero supuesto de vicio interno de la cosa vendida*".

julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo, a través de la cual se produce la trasposición 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 que, a su vez, sigue las directrices marcadas por la Convención de Viene de 11 de abril de 1980, sobre compraventa internacional de mercancías supuso la ruptura definitiva con el sistema de las viejas acciones edilicias al introducir la obligación del vendedor de entregar un bien conforme con el contrato y someter a un tratamiento integral y unitario cualquier incumplimiento de ese deber contractual. La nueva disciplina supera los dos mayores inconvenientes de que adolecía el sistema de saneamiento de los códigos. En primer lugar, introduce remedios jurídicos como la reparación y la sustitución, que resultan más apropiados a los intereses del consumidor que las estrictas acciones de reducción del precio o de resolución del contrato y, en segundo término, establece un sistema de plazos más prolongado a disposición del comprador afectado.

El Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), vigente en estos momentos, establece en su artículo 114 la obligación a cargo del vendedor de entregar un bien conforme con el contrato (se introducen una serie de parámetros para valorar la conformidad) imponiéndole en caso de que se

produzca una entrega no conforme la obligación de proceder bien a la reparación o sustitución del bien y, caso de que éstas no sean posibles o no hayan restaurado la conformidad, rebajar el precio o resolver el contrato. El vendedor deberá responder de cualquier falta de conformidad que se haya manifestado en un plazo de dos años a contar desde la entrega del bien (para las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis primeros meses desde la entrega opera una presunción de preexistencia al momento de la entrega). Este régimen legal de naturaleza imperativa se completa con otro de naturaleza enteramente voluntaria mediante el que el vendedor puede incrementar los niveles mínimos de protección que la ley confiere al comprador (garantía comercial adicional, tributario de las primitivas cláusulas de garantía que los operadores económicos incluían de forma voluntaria en los contratos y que supusieron el primer paso hacia el modelo legal hoy vigente).

La Disposición adicional única de la Ley 23/2003 (en cuya virtud "*el ejercicio de las acciones que contempla esta ley derivadas de la falta de conformidad será incompatible con el ejercicio de las acciones derivdas del saneamiento por vicios ocultos*") y la propia Exposición de motivos al afirmar que "*el régimen de saneamiento de vicios ocultos en el Código civil permanece inalterado, siendo de aplicación a las compraventas civiles no comprendidas en el ámbito de la Directiva*" y que "*las acciones de reparación y sustitución del bien vendido, de rebaja de su precio y de resolución de la compraventa previstas en esta ley sustituyen a las acciones redhibitoria y quanti minoris derivadas del saneamiento pro vicios ocultos y*

dejan a salvo las acciones indemnizatorias que asisten a los compradores" representan el acta de defunción definitiva de las acciones edilicias para el caso de las ventas verticales entre un empresario y un consumidor.

2.1. La técnica de la falta de conformidad. Un nuevo modelo de regulación para las ventas de consumo

2.1.1. Origen y carácter novedoso del concepto

El régimen legal de la garantía introducido por la Directiva 1999/44/CE introduce el principio de conformidad del bien con el contrato, un concepto que, en un principio, resulta novedoso y ajeno a nuestro ordenamiento jurídico. Sin embargo, la novedad y ajenidad que inicialmente pueden apreciarse resultan ser más aparentes que reales, más terminológicas que sustantivas[128]. Efectivamente, se trata de un concepto de origen angloamericano extraño a la tradición jurídica continental que, sin embargo, ya había sido incorporado en la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías de la que la práctica totalidad de los estados del continente europeo son parte lo que permite afirmar que, siquiera por esa vía, el concepto no resulta del todo desconocido en nuestro entorno[129]. En segundo término, puede observarse que nuestros

[128] CASTILLA BAREA, M.: El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo, Madrid, 2005, pág. 67

[129] España ratificó la Convención de Viena el 17 de julio de 1990 si bien la publicación en el Boletín Oficial del Estado y, por consiguiente la entrada en vigor de la norma, se pospuso hasta el 30 de enero de 1991. El artículo 35.1 de la Convención de Viena, inmediato antecedente de la norma comunitaria, es

códigos civil y de comercio manejan una idea muy próxima al principio de conformidad cuando regulan la obligación de entrega que pesa sobre el vendedor[130]. En ambos cuerpos legales parece latente un modelo de regulación en el que el cumplimiento se concibe como la plena correspondencia entre la prestación ejecutada y el programa prestacional acordado por las partes y el cumplimiento defectuoso o incumplimiento total*, sensu contrario,* como la divergencia entre la prestación ejecutada y la prestación

sustancialmente coincidente aunque no idéntico a la formulación contenida tanto en la Directiva 1999/44/CE como en la LGDCU (arts. 2.1 y 114, respectivamente).

[130] VERGEZ SÁNCHEZ, M.: L*a protección del consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Cizur Menor, 2004, pág. 46 afirma que, si bien el concepto de conformidad con el contrato puede parecer novedoso (y lo es con respecto al artículo 1484 del Código civil que afirma que la cosa debe entregarse en el estado en que estaba en el momento de perfeccionarse el contrato), lo cierto es que el artículo 336 del Código de comercio parece manejar ese mismo concepto si bien no lo explicita. Cuando el precepto citado afirma que en caso de vicios el comprador puede optar entre "*la rescisión del contrato o por su cumplimiento con arreglo a lo convenido*" (el subrayado es nuestro) está manejando de forma implícita el criterio de la falta de conformidad del bien con el contrato. CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 56-57 afirma que se trata de una novedad más aparente que real puesto que, en su opinión, hay suficiente base jurídica para entender que en nuestro Código civil existe la obligación del vendedor de entregar una cosa sana y exenta de vicios ocultos, tal y como se configura el principio de conformidad con el contrato. Ello exigiría una interpretación "correctora" del artículo 1468.1 del Código en cuya virtud "*El vendedor deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato*". Sostiene la autora que "*el régimen codicial (sic) de saneamiento por vicios ocultos no está claramente consignado en la ley, pero que sólo puede identificarse con la obligación de entregar una cosa carente de vicios ocultos, una cosa que se encuentra en el estado que aparentemente tenía cuando el comprador celebró el contrato (…) En consecuencia, aunque el Código no facilite una base literal en que apoyar de manera indubitada esta conclusión, el contenido de la obligación del vendedor comprende la entrega de una cosa exenta de vicios que mermen su utilidad. Si no fuera así, no se entendería que el hecho contrario, es decir, la entrega de una cosa viciada, generara la responsabilidad del vendedor*".

programada[131]. Si el parámetro de referencia es el estado en el que la cosa se encuentra en el momento de contratar (*ex* art. 1484.1 Código civil), el vendedor deberá responder de todos los vicios existentes en el momento de la perfección contractual pero que, sin embargo, no fueran apreciables en ese momento por su carácter oculto pues de otra forma mermaría el interés. Sin embargo, el equívoco tenor literal de los códigos no permite afirmar con rotundidad esta interpretación sino que, antes al contrario, introduce numerosas dudas en torno a la naturaleza y extensión de la obligación del vendedor[132].

Sí que es cierto, sin embargo, que los códigos contienen una formulación poco afortunada y carente de un tratamiento unitario de todas las patologías de que puede adolecer la entrega del bien, circunstancias ambas que han supuesto notables dificultades en su aplicación práctica. Desde este punto de vista la introducción de la técnica de la conformidad con el contrato ha de saludarse

[131] Tanto el artículo 1091 cuando afirma que las obligaciones surgidas de los contratos "*deben cumplirse a tenor de los mismos*" como el artículo 1098 que permite al acreedor instar la ejecución contra el deudor si este se comportara "*contraviniendo el tenor de la obligación*" o el artículo 1101 que impone la obligación de indemnizar los daños y perjuicios causados por actos dolosos o negligentes y por cualesquiera otros que "*contravinieren el tenor de aquellas* (las obligaciones)" toman como referente de valoración de la prestación del deudor el contenido del contrato del que surge la obligación y conceptúan como incumplimiento contractual todos los casos en que exista una divergencia entre prestación debida y prestación ejecutada.

[132] Estas dudas se refieren, en primer término, a la propia configuración del saneamiento por vicios ocultos como una obligación contractual; a la calificación del saneamiento como un supuesto de responsabilidad contractual o extracontractual; a la posible apreciación de un error de consentimiento en el comprador o a las dificultades a la hora de definir el estado originario en que se encontraba el bien.

positivamente en tanto que supera la inapropiada formulación de los códigos unificando el tratamiento jurídico de las desviaciones en la prestación. Se trata asimismo de un importante cambio de paradigma con respecto a los modelos codiciales que erradica las históricas dudas acerca de la correcta interpretación y el ámbito de responsabilidad del vendedor.

2.1.2. Un nuevo y funcional paradigma para los defectos de la cosa

Ha de observarse, no obstante, que la conformidad con el contrato resulta un concepto más amplio que la noción de vicio redhibitorio que recoge el artículo 1484 del Código civil en tanto que éste únicamente da lugar a responsabilidad a cargo del vendedor en los casos de total inaptitud o sensible disminución de la misma mientras que la falta de conformidad se hace extensiva a cualquier defecto o falta que el bien pudiera presentar aun cuando no incidan de manera sustancial en su utilidad. En la medida en que se reconoce a las partes la posibilidad de para completar las presunciones legales de conformidad se admite la posibilidad de que estos pactos incluyan la consideración como falta de conformidad de defectos de pequeña envergadura o de carácter puramente estético. A esta conclusión se llega igualmente desde el momento en que el artículo 121 sobre los criterios a seguir en la rebaja del precio o la resolución del contrato establece que "*la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa cuantía*". Si la única limitación que se impone a las faltas

de conformidad de escasa cuantía es que no pueden justificar la resolución contractual, ha de entenderse, en primer lugar, que se admiten las pequeñas faltas de conformidad y, en segundo término, que las mismas habrán de resolverse por la vía del resto de remedios que la ley dispone para la restitución de la conformidad, esto es, la reparación, la sustitución o la rebaja proporcional del precio. Asimismo, el concepto de falta de conformidad recogido en el artículo 116 TRLGDCU comprende tanto la presencia de vicios ocultos tradicionalmente regulados en el Código civil como cualquier otro defecto, oculto o aparente, que entrañe divergencia entre el bien entregado y las condiciones pactadas. Resulta por tanto aplicable no sólo a la existencia de vicios ocultos sino también a todos los supuestos de prestación defectuosa, vicios o defectos de calidad y cantidad e incluso los casos de prestación distinta o *aliud pro alio*[133], todos ellos supuestos de patología contractual sometidos a tratamiento jurídico diferenciado y en la mayoría de casos insatisfactorio en nuestro ordenamiento[134]. Quedan fuera del ámbito

[133] VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 47 afirma que el tratamiento unitario de la prestación defectuosa y la prestación distinta debería realizarse siguiendo la línea del §378 del HGB alemán que desde siempre ha equiparado la prestación distinta a la prestación defectuosa salvo que los bienes sean tan ostentosamente diferentes que no puedan considerarse aceptados por el comprador.

[134] VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 20 afirma que la introducción del concepto de la falta de conformidad debe llevar necesariamente a la consideración de su futura integración en el régimen general de la compraventa "como tratamiento de una serie de supuestos de insatisfacción del interés del comprador que la dogmática tradicional no ha contribuido a resolver" afirmando que la obligación de conformidad en cuanto tal es un concepto jurídico neutro al servicio de la más justa composición de los intereses en juego en el contrato.

de la falta de conformidad los supuestos de incumplimiento de la obligación de entrega o de entrega tardía pues, en ambos casos, falta la entrega, presupuesto básico para considerar la falta de conformidad[135]. La técnica de la falta de conformidad con el contrato, si bien no se encuentra exenta de dificultades en su aplicación, constituye en cualquier caso un remedio funcional y práctico a través del cual se someten a un tratamiento unitario las situaciones de insatisfacción del interés del comprador y se amplía de forma notable el ámbito de protección del consumidor en este punto.

2.1.3. Naturaleza jurídica de la responsabilidad por falta de conformidad

La falta de conformidad del bien con el contrato supone un incumplimiento de la obligación legal de entregar un bien conforme y se configura como presupuesto de la responsabilidad del vendedor de suerte que éste deberá responder en todos aquellos casos en los que pueda apreciarse la falta de adecuación entre el bien entregado y el contrato del que trae causa la entrega[136]. La responsabilidad por

[135] MARTÍN ARESTI, P.: Garantías y servicio postventa en REBOLLO PUIG, M/ IZQUIERDO CARRASCO, M. (dirs).: *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 2011, págs. 1687-1808 y en concreto pág. 1700

[136] El criterio de la conformidad con el contrato fue el que finalmente utilizó el legislador comunitario en la redacción de la directiva comunitaria frente a otro de los conceptos manejados en el Libro Verde sobre garantía de los bines de consumo y servicios postventa (COM 93 509 final, Bruselas 15 de noviembre de 1993) que era el de la conformidad del bien con las expectativas legítimas del consumidor. Este segundo criterio por el que inicialmente se decantaba la Comisión y recibió el apoyo entusiasta de las organizaciones en defensa de los derechos de los consumidores y usuarios, fue, sin embargo, desechado por su carácter subjetivo. *Vid*. Dictamen del Comité Económico y Social sobre el Libro

falta de conformidad se configura como una responsabilidad de carácter objetivo y obligatorio para el vendedor de forma tal que surge con el sólo hecho de que exista una divergencia entre lo entregado y la prestación debida en virtud del contrato, al margen de cualquier consideración acerca del comportamiento del vendedor en relación con la falta de conformidad[137].

El análisis de conformidad del que posteriormente se derivará, en su caso, la exigencia de responsabilidad al vendedor ha de hacerse, en primer término, a la luz de las disposiciones contractuales que las partes hayan podido acordar al respecto y que tendrán aplicación preferente. Ello es así por tratarse de una responsabilidad de origen contractual ajena a las posibles responsabilidades de carácter extracontractual o derivadas de productos defectuosos[138]. Se reconoce, por tanto, a las partes la libertad para pactar criterios de conformidad propios y específicos para cada bien adquirido si bien tales pactos particulares de conformidad en ningún caso podrán suponer una rebaja en los

verde de garantías, DOCE nº C295-02/14, de 22 de octubre de 1994, apartado 3.9.

[137] MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1698 afirma el carácter objetivo de la responsabilidad por falta de conformidad definiéndola también como una responsabilidad obligatoria en tanto que impuesta por la propia Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios

[138] VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 51. En idéntico sentido se manifiesta CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 75-76.

derechos legalmente reconocidos al consumidor en este ámbito so pena de nulidad *ex*. art. 10 TRLGDCU[139].

En previsión de que tales pactos contractuales no existan, como, por otra parte resulta habitual en la contratación de bienes de consumo[140], la norma prevé una serie de criterios de conformidad que operan de forma supletoria[141] como cláusulas de protección mínima en favor del consumidor[142]. Con la forma de presunciones legales, se

[139] El considerando octavo de la exposición de motivos de la Directiva 1999/44/CE afirma cuando se refiere a la introducción de una presunción impugnable de conformidad que "*esta presunción no limita el principio de libertad contractual de las partes*"

[140] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 77 pone de manifiesto lo infrecuente de tales pactos en los supuestos de contratación con consumidores que raramente van precedidas de una negociación tan específica y, menos aún, de la plasmación de tales pactos en documento alguno, sino que lo único que generan es un mero ticket de compra.

[141] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 81 critica el carácter heterogéneo de los criterios legales de conformidad afirmando que ni todos son normas supletorias *stricto sensu* ni todos se pueden aplicar de igual forma. En concreto se refiere al artículo 116.c referido a los usos especiales del bien. La autora afirma que no se trata de una norma supletoria aplicable en ausencia de pacto sino, antes al contrario, de una norma cuyo único sentido podría ser el de completar un pacto que previamente haya existido pero que resulte incompleto. Se trata a su juicio de un criterio inoperante a falta de pacto pues no se puede dar por supuesto un pacto que a menudo no existe, no se puede considerar, a menos que haya otros indicios en tal sentido, que las partes buscaron un uso especial diferente al uso estandarizado al que el bien se destina.

[142] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 76 critica que ni la Directiva ni la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios que incorpora el texto comunitario se refieran de forma expresa al carácter supletorio de las presunciones de conformidad con respecto a los pactos contractuales como sí lo hace la Convención de Viena antecedente inmediato de la Directiva en su artículo 35.b) cuando al enunciar las presunciones de conformidad afirma que "*salvo que las partes hayan pactado otra cosa las mercaderías no serán conformes con el contrato a menos que* (…)". No obstante, al menos en el caso de la Directiva es posible inferir de su exposición de motivos el carácter subsidiario de los criterios legales de conformidad con respecto a los pactos. Según el considerando octavo de la Directiva "*a falta de cláusulas contractuales concretas (…) los elementos*

trata de una serie de parámetros que tipifican y agrupan los supuestos más habituales de faltas de conformidad que se presentan en el tráfico económico con la intención de servir de pauta orientativa al intérprete encargado de enjuiciar la conformidad. Por la amplitud con la que los parámetros de contraste de conformidad se conciben en el texto legal es posible que alguno de ellos no resulte aplicable al concreto supuesto de hecho, circunstancia que la propia norma prevé en el artículo 116.1 *in fine* al excepcionar su aplicación. Salvo que alguno de los parámetros de conformidad no resulte aplicable al caso concreto, el legislador establece de forma presuntiva que aquellos bienes que cumplan con todos los parámetros de conformidad serán conformes al contrato y, por tanto, no generarán responsabilidad alguna al vendedor (art. 116.1). Se exige, por tanto, la concurrencia cumulativa[143] de todos los parámetros de conformidad que resulten aplicables al caso para afirmar la plena conformidad del bien con el contrato.

mencionados en la presunción podrán utilizarse para determinar la falta de conformidad de los bienes con el contrato"

[143] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. págs. 84-85 afirma el carácter cumulativo de los criterios negando la existencia de un orden de prelación entre ellos. Según la autora, el hecho de que alguno de los parámetros no resulte aplicable excluye la existencia de cualquier jerarquización entre los mismos, la operatividad de los criterios depende no tanto de su posición ordinal en la lista como de su aplicabilidad al supuesto de hecho concreto. A favor de ese carácter cumulativo se manifiesta nuevamente la Directiva no en su texto articulado, que es menos explícito, sino en su parte expositiva al afirmar que "*los elementos mencionados en la presunción son acumulativos y que cuando por las circunstancias de cada caso un elemento particular sea manifiestamente inadecuado, seguirán siendo aplicables, sin embargo, los elementos restantes de la presunción*".

Cabe puntualizar que se trata de una presunción *iuris tantum* que, por lo tanto, admite prueba en contrario por parte del vendedor que deberá acreditar que el producto era conforme en el momento de la entrega y que la falta de conformidad no se debe a un defecto originario del bien sino a un mal uso por parte del comprador, al normal deterioro por el uso o a la intervención de terceros[144].

[144] MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1703.

CAPÍTULO II
EL NUEVO RÉGIMEN DE LA CONFORMDIAD CON EL CONTRATO
ÁMBITO DE APLICACIÓN

I. AMBITO SUBJETIVO DE APLICACIÓN

1. El consumidor como sujeto protegido

1.1. El concepto de consumidor en la directiva 44/1999/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[145]

La directiva 44/1999/CE sitúa la figura del consumidor como sujeto destinatario de las especiales medidas de protección que articula. Central resulta, por tanto, la correcta definición de lo que haya de entenderse por consumidor[146].

[145] DOCE nº L 171, de 7 de julio de 1999

[146] Ha de hacerse la advertencia previa de que, en brillantes palabras de VICENT CHULIÁ, F.: *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2008, pág. 59, el concepto de consumidor es "*proteico y caleidoscópico*" resultando de gran dificultad técnica la correcta delimitación del mismo. Aun cuando la LGDCU contiene un concepto legal de pretendida aplicación general lo cierto es que son muy numerosas las normas sectoriales que acuñan conceptos propios de consumidor no siempre coincidentes y a menudo contradictorios con la formulación de aquélla. A esta circunstancia se une, además, la existencia de normas autonómicas en materia de protección al consumidor que formulan sus propios conceptos de consumidor. Tales dificultades definitorias han sido apuntadas por RECALDE CASTELLS, A.: "El derecho de consumo como derecho especial" en TOMILLO URBINA, J (dir.): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Navarra, 2008, pág. 537-568, en concreto pág. 548, como uno de los mayores impedimentos a la hora de delimitar el derecho de consumo como un derecho especial frente al derecho común. El autor realiza un interesante análisis, que sin embargo no compartimos, sobre la justificación de las medidas de protección al consumidor como vía para corregir la desigualdad estructural que padecen los consumidores en sus relaciones contractuales. En su opinión la incidencia de las normas de protección a los consumidores en algunos fundamentos básicos del derecho privado tradicional no sólo supone una ruptura del clásico dogma de la neutralidad ideológica de aquel sino que no resulta ni necesaria ni justificada en tanto que existen otros instrumentos, como el derecho *antitrust*, a través de los cuales se puede conseguir idéntica labor de reequilibrio de situaciones estructurales de debilidad sin afectar a los postulados clásicos del

El hecho de que tradicionalmente no haya existido en el ámbito comunitario un concepto jurídico general y uniforme de consumidor sino diversas definiciones contenidas en otras tantas normas sectoriales[147] suponía una seria dificultad a la hora de abordar el estudio de la figura del consumidor en ese ámbito que ya puso de

derecho privado. El autor niega la autonomía del derecho de consumo no sólo por las dificultades que entraña la determinación de su ámbito subjetivo de aplicación sino también porque resulta difícil apreciar la razón sustantiva del derecho especial del consumo al considerar que *"la identificación de un principio de tutela del consumidor no sería suficiente para disgregar una rama respecto del resto del ordenamiento*". En la medida en que la debilidad estructural que suele invocarse para justificar la intervención normativa no concurre de forma exclusiva en las relaciones en que intervienen consumidores no puede utilizarse esa "pretendida" debilidad como argumento axiológico que justifique las medidas de intervención. A juicio del autor la generalización de las normas intervencionistas en aras de la protección del consumidor podría entrañar costes desmesurados y dar lugar a la aparición de grupos económicos organizados capaces de orientar el camino del legislador hacia las posiciones que resultan más favorables a sus intereses.

[147] Entre ellas y sin ninguna pretensión de exhaustividad cabe citar la directiva 87/102/CEE sobre crédito al consumo que en su artículo 1.2.a) define al consumidor como "*la persona física que, en las operaciones reguladas por la presente Directiva, actúa con fines que puedan considerarse al margen de su oficio o profesión*"; la Directiva 93/13/CE sobre cláusulas abusivas (modificada por la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento y del Consejo, sobre derechos de los consumidores) en cuyo art. 2.b) se define al consumidor como "*toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*"; la Directiva 2000/31/CE sobre comercio electrónico en su artículo 2.e) define al consumidor como "*cualquier persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad económica, negocio o profesión*"; la Directiva 97/7/CE relativa a los contratos a distancia (derogada por la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento y del Consejo, sobre derechos de los consumidores) en su art. 2.2 alude a "*toda persona física que, en los contratos contemplados en la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*"; la Directiva 2002/65/CE relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores en su artículo 2.d "*toda persona física que, en los contratos a distancia, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial o profesional*" o la propia Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (modificada por la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores) en su art. 1.2.a) "*toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional*".

manifiesto el Libro Verde sobre la revisión del acervo comunitario en materia de consumo [COM (2006) 744 final de 8 de febrero de 2007][148]. Es cierto, sin embargo, que la disparidad de definiciones se ha producido más en el plano formal que en el material ya que de la lectura conjunta y sistemática de todas estas normas se infieren una serie de notas comunes que permitirían la formulación de un concepto de consumidor con cierta vocación de generalidad. Este concepto se articularía en torno a una persona física que actúa al margen de cualquier actividad empresarial o profesional, es decir, en el marco de satisfacción de necesidades puramente domésticas o privadas[149]. La aprobación de la Directiva 2011/83/UE del

[148] Como ya pusiera de manifiesto el Libro Verde sobre la revisión del acervo comunitario en materia de consumo [COM (2006) 744 final de 8 de febrero de 2007], la disparidad de criterios con que cada uno de los instrumentos normativos define conceptos tan importantes para la aplicación del derecho comunitario como el de consumidor o el de profesional supone un lastre importante para la consecución del mercado interior que es necesario solucionar. El proceso de revisión y actualización del derecho comunitario de consumo cuya necesidad apuntaba el Libro Verde ha dado como resultado, hasta el momento, la aprobación de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre los derechos de los consumidores (DO L 304, de 22 de noviembre de 2011, pág.64 y ss.). Vid. GOZALO LÓPEZ, V.: "La protección jurídica de los consumidores en Europa: el Libro Verde de 2007 para la revisión del derecho de consumo" en TOMILLO URBINA, J (dir)/ ALVAREZ RUBIO, J. (coord): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Cizur Menor, 2008, págs. 611-619

[149] Aun cuando no puede hablarse de un único concepto en el ámbito comunitario sí que es cierto, sin embargo, que la mayor parte de las directivas adoptan conceptos de consumidor bastante similares. Uno de los referentes ineludibles en este punto por su carácter pionero (hoy derogada por la Directiva 2011/83/UE del Parlamento y del Consejo, sobre derechos de los consumidores) es la Directiva 85/577/CEE, sobre contratos negociados fuera de establecimiento mercantil en cuyo art. 2.1 se define al consumidor como "*toda persona física que, para las transacciones amparadas por la presente Directiva, actúe para un uso que pueda considerarse como ajeno a su actividad profesional*". Según MARCO MOLINA, J.: "La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva

Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre, sobre derechos de los consumidores (DO L 304, de 22 de noviembre de 2011, pág.64 y ss.) podría representar, sin embargo, un cambio sustancial[150] si,

1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías sobre bienes de consumo", *RCDI*, núm. 674, 2002, pág. 2289 la Directiva tiene una clara inspiración en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales en cuyo art. 5.1 se dice que "*El presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional, así como a los contratos destinados a la financiación de tales suministros*". A partir de ese momento son numerosas las normas comunitarias que hacen referencia al concepto de consumidor. De la lectura conjunta y sistemática de todas estas normas se infieren una serie de notas comunes que permitirían la formulación de un concepto de consumidor con cierta vocación de generalidad. Este concepto se articularía en torno a una persona física que actúa al margen de cualquier actividad empresarial o profesional, es decir, en el marco de satisfacción de necesidades puramente domésticas o privadas. En similar sentido se pronuncian los Reglamentos CE 44/2001, del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DOCE nº L12, de 16 de enero de 2001) y 593/2008, del Parlamento y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I) (DOCE nº L177, de 17 de junio de 2008) en cuyos artículos 15 y 6, respectivamente, se incide en que el consumidor será la persona física que contrata para satisfacer usos ajenos a su actividad empresarial o profesional. Ello no empece, sin embargo, la existencia de otros conceptos de consumidor que se apartan de esta línea uniforme referida como es el caso del contenido en la Directiva 90/314/CE sobre viajes combinados que alude a "*la persona que compra o se compromete a comprar el viaje combinado (contratante principal), la persona en nombre de la cual el contratante principal se compromete a comprar el viaje combinado (demás beneficiarios) o la persona a la cual el contratante principal u otro beneficiario cede el viaje combinado (cesionario)*".

[150] Interesa remarcar al respecto que la Directiva sobre derechos de los consumidores, con la intención de erradicar la existencia de discordancias e incoherencias entre normas a que ha dado lugar la armonización mínima, ha optado por un enfoque de armonización plena lo que supone reducir a la mínima expresión las posibilidades de los Estados miembros de adoptar medidas más exigentes con el propósito de conseguir mayores niveles de protección para sus nacionales. Ha de hacerse notar en este punto que la opción por la armonización plena puede suponer una merma en los niveles de protección del consumidor que algunos países hayan podido o estuvieren dispuestos a alcanzar por la vía de una normativa interna más exigente en tanto que el "punto" de esa armonización

como afirma el Libro Verde el legislador europeo en su labor de actualización del derecho comunitario de consumo ha optado por un enfoque mixto que combina una intervención de carácter vertical que supondrá la reforma y adaptación de numerosas directivas sectoriales al tiempo que se ha elaborado un instrumento normativo de carácter horizontal (la Directiva 2011/83/UE sobre derechos de los consumidores) en el que se abordan de manera sistemática algunas cuestiones comunes aplicables a la gran parte de los contratos de consumo conformando algo así como un marco general, habríamos de concluir necesariamente que la dispersión normativa en torno al concepto de consumidor ha concluido con la aprobación de la Directiva[151]. Sin embargo, existen razones para poner en duda esa pretendida aplicación universal del concepto de consumidor de la Directiva. Fundamentalmente nos referimos a la literalidad de varios de los preceptos de la norma. En primer término, el artículo 2 que contiene una serie de definiciones, entre las que se encuentra la definición de consumidor formuladas "*a los efectos de la presente Directiva*", expresión reveladora de que no se trata de conceptos de

plena, que actúa como una suerte de mínimo común múltiplo entre las legislaciones, deberá rebajarse atendiendo a la existencia de Estados miembros en los que la legislación en materia de consumo es aún incipiente y que no se encuentran en condiciones de revolucionar su ordenamiento jurídico en este momento.

[151] Sobre la conveniencia de la adopción de un instrumento de estas características y los principales aspectos que habría de tratar vid. GOZALO LÓPEZ, V.: "La protección jurídica de los consumidores en Europa: el Libro Verde de 2007 para la revisión del derecho de consumo" en TOMILLO URBINA, J (dir)/ ALVAREZ RUBIO, J. (coord): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Cizur Menor, 2008, págs. 611-619 y particularmente pág. 616.

aplicación universal. En segundo lugar, el artículo 3.1 referido a su ámbito de aplicación al afirmar que "*la presente Directiva se aplicará, en las condiciones y en la medida fijadas en sus disposiciones, a los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor (…)*". Por último, el artículo 3.2 al anteponer la aplicación de normas especiales en detrimento de la Directiva asumiendo, por tanto, la existencia de especialidades que pueden afectar a todo el contenido de la Directiva incluido el propio concepto de consumidor. Todos estos motivos conducen a concluir que la pretendida aplicación universal del concepto de consumidor de la Directiva no es tal y que deberemos esperar futuros instrumentos normativos que acometan la anunciada armonización del derecho privado de consumo[152]. En cualquier caso,

[152] Tanto en el seno de la Unión Europea como de Naciones Unidas han sido muchos los esfuerzos dedicados a la elaboración de un derecho contractual uniforme que ponga fin a la disparidad normativa entre ordenamientos que supone un serio obstáculo para un mayor desarrollo del comercio internacional. La comunicación sobre *Derecho contractual europeo*, de 2001 elaborada por la Comisión Europea [COM (2001) 398 de 11.7.2001] proponía mejorar la calidad y coherencia del Derecho contractual europeo estableciendo un Marco Común de Referencia (MCR) que incluyera principios, terminología y reglas modelo comunes que debieran ser observados por el legislador de la Unión al crear o modificar legislación. La publicación en 2009 del Proyecto de Marco Común de Referencia elaborado por un grupo de investigadores europeos [Von Bar, C., Clive, E. and Schulte Nölke, H. (eds.), *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier, 2009] así como la aprobación en 2011 de la Directiva sobre derechos de los consumidores supusieron un primer paso para la consecución del objetivo señalado por la Comisión. El Programa de Estocolmo 2010-2014 (Acto del Consejo de 2 de diciembre de 2009, nº 17024/09) invita a la Comisión a presentar una propuesta sobre el Marco Común de Referencia y a seguir estudiando la promulgación de un Derecho contractual. La Comunicación de la Comisión «Europa 2020» [COM (2010) 2020 de 3.3.2010] reconoce la necesidad de facilitar y abaratar la consecución de contratos con terceros de otros países de la UE, especialmente mediante la oferta de soluciones armonizadas en los contratos de consumo y modelos de cláusulas contractuales aplicables en toda la

los futuros textos únicamente supondrían novedades en el plano formal puesto que desde el punto de vista sustantivo el concepto de consumidor que se maneja en las normas comunitarias proyectadas es esencialmente idéntico al que vienen utilizando las normas vigentes en la materia.

UE avanzando hacia una legislación europea sobre contratos opcional. La Agenda Digital para Europa [COM (2010) 245 de 19.05.2010], primera iniciativa emblemática adoptada en el marco de la estrategia Europa 2020, está dirigida a lograr beneficios económicos y sociales sostenibles del mercado interno digital eliminando la fragmentación jurídica. La acción que propone se refiere a "*un instrumento opcional de Derecho contractual que complementará la Directiva sobre derechos de los consumidores para atenuar la fragmentación del Derecho contractual, en particular en lo que se refiere al entorno en línea".* Tras la publicación del Libro Verde de la Comisión sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas [Bruselas, 1.7.2010, COM(2010)348 final] y la posterior resolución del Parlamento Europeo de 8 de junio de 2011, sobre opciones para avanzar hacia un Derecho contractual europeo para consumidores y empresas la Comisión adoptó, el 11 de octubre de 2011, una propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a una normativa común de compraventa europea [COM (2011) 635 final, de 11.10.2011]. El legislador comunitario opta por elaborar un instrumento normativo de carácter opcional para las partes y en el que se dispone el régimen jurídico común para la compraventa europea aplicable tanto a las transacciones transfronterizas como, si las partes así lo disponen, a las transacciones domésticas. En el artículo 2.f) de la propuesta de reglamento se incluye la siguiente definición de consumidor: "*toda persona física que actúa con fines ajenos a su actividad comercial, negocio, oficio o profesión*". Este concepto de consumidor, por lo demás, sigue la tendencia arraigada en el derecho comunitario de circunscribir la calificación de consumidor a las personas físicas (a diferencia de algunos estados, como España, en los que también las personas jurídicas se consideran consumidores) y, en segundo término, exigir la actuación al margen de cualquier actividad empresarial o profesional. Desde este punto de vista la futura aprobación del instrumento opcional sobre compraventa no supondría grandes alteraciones de carácter sustantivo en lo que al concepto de consumidor se refiere. Sobre el desarrollo de este proceso de reforma del derecho contractual europeo vid. REDING, V.: Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional, *InDret*, 2/2011, (trad. por AGUILERA RULL, A. y AZAGRA MALO, A.); GÓMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M.: El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos, *InDret* 1/2012, págs. 1-27.

1.1.1. La actuación al margen de una actividad empresarial como criterio determinante de la condición de consumidor

Este concepto, que gira en torno a la actuación al margen de cualquier actividad empresarial, profesional o comercial es precisamente el que contiene la Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y garantía de los bienes de consumo. La directiva dispone en su artículo 1.2.a) que, a los efectos de su aplicación, se entenderá por consumidor "*toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional*". La norma acoge en este punto la definición de consumidor que, de forma generalizada aunque no exclusiva, emplean la mayor parte de las directivas comunitarias en materia de protección a los consumidores[153]. La actuación al margen de cualquier actividad empresarial o profesional se erige, por tanto, en criterio tipificador de la condición de consumidor. Desde un punto de vista técnico el empleo de un parámetro negativo para la definición de la condición de consumidor supone una ventaja en cuanto a claridad y

[153] Según MARCO MOLINA, J., ob. cit. pág. 2275 y ss. el primer texto comunitario que acoge la definición de consumidor como persona física que actúa con fines ajenos a su actividad empresarial es la Directiva 85/577/CE, de 20 de diciembre, sobre protección de los consumidores en contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales tomando como inspiración, a su vez, el convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales en cuyo artículo 5.1 se establece que "*el presente artículo se aplicará a los contratos que tengan por objeto el suministro de bines muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional*".

sistemática evitando los problemas de interpretación a que daría lugar la utilización de un criterio positivo de perfiles a menudo difusos como el que se empleaba hasta hace bien poco en el ordenamiento jurídico español donde se exigía que el sujeto actuase como destinatario final del producto o servicio.

Como primera consecuencia de la definición del artículo 1.2.a) de la Directiva puede afirmarse que estarán protegidos no sólo los destinatarios finales *stricto sensu*, esto es, las personas que adquieren para el consumo propio o en el seno de su entorno familiar sino también aquellas otras que adquieren para transmitir a un tercero, bien de forma onerosa o gratuita, siempre que la transmisión no se enmarque en una actividad empresarial[154].

A diferencia de los ordenamientos de algunos Estados, entre los que se encuentra España, los textos comunitarios de forma unánime circunscriben la condición de consumidor exclusivamente a las personas físicas que actúen al margen de una actividad empresarial o profesional[155].

[154] Vid. MARCO MOLINA, J.: ob. cit. pág. 2289.

[155] También la jurisprudencia del TJUE es unánime en la consideración de las personas jurídicas al margen del concepto de consumidor. Por ser especialmente reveladora de tal posición cabe citar la sentencia Cape vs Idealservice (asunto C-541/99, de 22 de noviembre de 2001 acumulado al asunto C-542/99) que analiza el concepto de consumidor al hilo del conflicto surgido entre dos sociedades por la contratación de una serie de servicios destinados a los empleados de una de ellas. La sociedad adquirente alega que por tratarse de bienes y servicios que no guardaban relación alguna con su propia actividad profesional y empresarial debe ser considerada como consumidora a efectos de determinar la competencia judicial para conocer del conflicto. El Tribunal afirma que si bien los gobiernos español y francés creen posible la consideración como

1.1.2. Los pequeños empresarios y los profesionales no especialistas y su posible consideración como consumidores

Existe una viva polémica en torno a la posible extensión de la protección propia de los consumidores a los pequeños y medianos empresarios al menos en algunos sectores como la contratación en régimen de condiciones generales donde por su escasa envergadura se ven expuestos al uso sistemático de condiciones abusivas por parte de las grandes empresas con las que contratan[156]. Particular referencia

consumidores de las personas jurídicas, *"del tenor literal del artículo 2 de la Directiva* (sobre cláusulas abusivas) *se deduce claramente que una persona distinta de una persona física, que celebra un contrato con un profesional, no puede ser considerada un consumidor en el sentido de la citada disposición."*

[156] El debate en torno a la posible extensión de la protección propia de los consumidores a los pequeños y medianos empresarios se suscitó durante la tramitación de la Directiva 93/13/CE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores a raíz de un dictamen del Comité Económico y Social de la UE en el que se instaba a la Comisión "*a que considere en un futuro muy próximo la posibilidad de prohibir las cláusulas abusivas en todos los contratos, independientemente de que estos se celebren o no con consumidores, teniendo particularmente en cuenta los problemas experimentados por las PYME*" (DOCE C 159, de 17 de junio de 1991). También en el marco de la contratación mediante condiciones generales LETE ACHIRICA, J.: La transposición de la directiva de 5 de abril de 1993 en el derecho francés: la ley de 1 de febrero de 1995, sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos, *La Ley (Diario 3974, de 14 de febrero de 1996)*, págs. 1720-1728 se muestra igualmente partidario de una concepción extensiva del concepto de consumidor que incluya a los pequeños y medianos empresarios incluso cuando estos sean personas jurídicas. Hace referencia el autor a la nutrida jurisprudencia francesa en tal sentido y particularmente a la sentencia del tribunal de casación de 28 de abril de 1987 en la que se dirime el conflicto entre una sociedad anónima dedicada al negocio inmobiliario y otra sociedad que le instala un sistema de alarma. El tribunal considera que el contrato celebrado "*escapa a la competencia profesional*" de la agencia inmobiliaria "*cuya actividad de agente inmobiliario es extraña a la técnica muy especial de los sistema de alarma*" y por esa razón "*estaba en el mismo estado de ignorancia que cualquier otro consumidor*". Se trata de la primera sentencia que considera consumidor a una persona jurídica

se hace a los profesionales no especialistas, esto es, aquellos que adquieren bienes que, si bien van a ser empleados en la realización de su actividad empresarial, no tienen que ver directamente con el tráfico al que se dedican. En sus relaciones con los grandes empresarios los profesionales no especialistas padecen una situación de asimetría e inferioridad parangonable a la que sufre el consumidor lo que podría justificar la extensión de las medidas correctoras en favor de la parte débil de la relación contractual al concreto ámbito de estos empresarios, generalmente de reducidas dimensiones, cuando operan en un ámbito ajeno al que constituye su actividad principal[157].

permitiendo entender incluido en la noción amplia de consumidor a cualquier profesional que contrata fuera de su ámbito normal de actividad. En una línea similar se pronuncian la sentencia de la Corte de Casación de 25 de mayo de 1992 o la sentencia 24 de enero de 1995. En todos los casos se considera que cuando el empresario adquiere un bien o contrata un servicio que no está directamente relacionado con su tráfico empresarial padece idéntica situación de desprotección a la de un consumidor y por ello merece ser protegido de igual forma. Si bien no se trata de la línea jurisprudencial consolidada existen algunos pronunciamientos que van más allá y han considerado merecedores de especial protección incluso a empresarios que contrataban en el ámbito de su propia actividad profesional o empresarial. Así, la sentencia del Tribunal de Angers de 16 de diciembre de 1987 en la que se reconoce a un grupo de agricultores que sufrieron un corte de suministro eléctrico en sus explotaciones, la condición de consumidores frente a la compañía eléctrica alegando que "*hayan utilizado la energía eléctrica para sus necesidades domésticas o para calentar sus invernaderos (…) en cuanto a la electricidad, se encontraban en el mismo estado de ignorancia que cualquier otro consumidor*". El autor considera, sin embargo, que una ampliación excesiva de la noción de consumidor como la que propugnan los tribunales franceses puede convertirla en superflua por demasiado general. Se muestra partidario, en su lugar, de revisar la *ratio* de la protección y universalizar el control de las condiciones generales prescindiendo de la consideración subjetiva del adherente como finalmente han hecho las leyes nacionales en materia de control de condiciones generales de la contratación.

[157] TENREIRO, M.: La proposition de directive sur la vente et les garanties de biens de consommation, *REDC*, 1996, pág. 197 se muestra partidario de extender la protección de la misma a las adquisiciones de bienes realizadas por pequeños y medianos empresarios para la satisfacción de necesidades

Reveladoras de los términos en los que el debate se ha desarrollado resultan las posiciones contradictorias entre la Comisión Europea, partidaria de la extensión, y el TJUE partidario de una interpretación restrictiva del concepto de consumidor referida únicamente al consumidor final privado que no participe en actividades empresariales o profesionales[158]. Los trabajos preparatorios de la

empresariales (el autor cita a modo de ejemplo la adquisición de un ordenador por un abogado, de una caja registradora por el propietario de un kiosko de prensa o de un tractor por un agricultor). En palabras de MARCO MOLINA, J.: ob. cit. pág. 2291 se trata de ampliar la protección a los denominados *profesionales no especialistas*, aquellos que adquieren bienes que, si bien van a ser empleados en la realización de su actividad empresarial, no tienen que ver directamente con el tráfico al que se dedican y con respecto a los cuales el empresario adquirente padece una situación de asimetría e inferioridad parangonable a la que sufre el consumidor. A juicio de la autora si el fundamento de la protección al consumidor lo constituye la corrección de la desigualdad entre los contratantes y la asimetría posicional que el consumidor ocupa con respecto al empresario en las relaciones de carácter vertical, esa misma situación de inferioridad técnica y económica la padecen los pequeños empresarios en sus relaciones con empresarios de mayor dimensión.

[158] MARCO MOLINA, J.: ob. cit. pág. 2291 refiere algunas de las sentencias más representativas del TJUE para ilustrar las enfrentadas visiones del Tribunal y de la Comisión acerca de la noción de consumidor y su extensión. En el caso Di Pinto (asunto C-361/89, de 14 de marzo de 1991) el tribunal analiza si un empresario que había recibido una visita comercial por parte de los agentes de la empresa de Di Pinto, dedicada a publicitar la venta de negocios, puede solicitar la aplicación de la Directiva sobre contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil alegando su condición de consumidor ya que la contratación de publicidad no constituya la actividad específica a la que se dedicaba la empresa. En el procedimiento las representantes de la Comisión se muestran partidarias de aplicar la directiva por considerar que en el caso planteado (contratación de publicidad en una revista que promueve la venta de negocios) se trata de actos ajenos a la actividad comercial propia del empresario, ajenos a aquellos que el empresario realiza con habitualidad y que por esa ajenidad se reproduce la situación de desprotección e inferioridad característica de los consumidores. El Tribunal se muestra partidario, sin embargo, de un entendimiento estricto del concepto de consumidor que contiene la Directiva. Así afirma que "*los actos preparatorios de la venta de un fondo de comercio, tales como la celebración de un contrato para la publicación de un anuncio en una revista periódica, están relacionados con la actividad profesional del comerciante*

Directiva 1999/44/ sobre garantías en la venta de bienes de consumo consideraron esta posible extensión si bien, finalmente, la opción no se prosperó[159]. La Comisión pretendió extender el concepto de

(…) constituyen actos de gestión realizados para satisfacer necesidades que no son las necesidades familiares o personales del comerciante y por esa razón la argumentación de la Comisión no puede acogerse". Otra sentencia citada por MARCO MOLINA, J.: ob. cit. pág. 2292 en apoyo de su argumentación (favorable a extender a los pequeños y medianos empresarios la protección dispensada a los consumidores) es la del caso Benincasa vs Dentalkit (asunto C-269/95 de 3 de julio de 1997) en la que se debate la condición de consumidor a efectos de la aplicación del convenio de Bruselas (tras la ruptura de un contrato de franquicia firmado entre la compañía Dentalkit y el Sr. Benincasa éste alega su condición de consumidor para someter el litigio al conocimiento de los tribunales alemanes alegando que, si bien se trataba de un contrato preparatorio de una futura actividad empresarial, como la misma aún no había comenzado, no podía considerársele empresario sino consumidor a efectos de determinar el tribunal competente. El TJUE afirma que el concepto ha de interpretarse restrictivamente de forma que "(…) *Por consiguiente, las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económicamente más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo. La protección particular que estas disposiciones pretenden no se justifica en el caso de contratos cuyo objeto es una actividad profesional, aunque ésta se prevea para un momento posterior, dado que el carácter futuro de una actividad no afecta en nada a su naturaleza profesional".*

[159] HONDIUS, E. H.: Consumer guarantees: towards a european sale of goods act, *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, 1996, Roma (http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hondius1.html, consultado en agosto de 2013) afirma, de hecho, que uno de los borradores iniciales de la directiva definía al consumidor de la siguiente forma: "*Consumer means a natural person who purchases a consumer good other than in the course of his trade, business or profession. Natural or legal persons purchasing consumer goods for purposes other than reselling them or making them available to a third party for financial gain shall be considered as a consumers when the circumstances and nature of the transaction are such that they are indistinguishable from purchases normally made by consumers*" (el subrayado es nuestro). Según afirma el autor la redacción referida era producto de la existencia de dos posturas enfrentadas en el seno del grupo de expertos encargados de confeccionar la propuesta de directiva. De un lado, los partidarios de extender la protección a los pequeños y medianos empresarios y de otro, aquellos que, si bien no se mostraban en contra, no consideraban, sin embargo, que tal extensión debiera hacerse por la vía de la modificación del concepto de consumidor sino de la aplicación analógica de las normas dirigidas a los consumidores

consumidor a estos profesionales al exigir una actuación con fines que no entrasen *directamente* en el marco de la actividad profesional del adquirente[160]. Finalmente esta formulación no cristalizó quedando la redacción en los términos del actual artículo 1.2.a) y cerrándose con ello la vía a una hipotética extensión de la protección no sólo a los profesionales no especialistas sino también a los pequeños empresarios.

1.2. El concepto de consumidor en la legislación española sobre garantías en la venta de bienes de consumo

Como consideración previa al análisis del concepto de consumidor en nuestro ordenamiento ha de señalarse que la calificación de un sujeto como tal es siempre ocasional o relativa, es

[160] LETE ACHIRICA, J.: La Directiva sobre la venta y las garantías de los bines de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el derecho español, *Act. Civ*., Ref. LXVII, 1999, pág. 1365 y ss. se refiere también a la versión inicial de la Directiva en la que se afirmaba que consumidor era persona física que actuaba con fines que no entraban "directamente" en el marco de su actividad profesional. Según el autor la inclusión del adverbio "directamente" parecía mostrar por primera vez la voluntad de la Comisión Europea de ampliar la noción de consumidor a los profesionales no especialistas. Sin embargo, los términos en que la definición de consumidor quedó plasmada en la Directiva 44/1999/CE prescinden del adverbio lo que evidencia la voluntad del legislador europeo de que, al menos en el ámbito de la Directiva, cualquier adquisición que pueda circunscribirse al marco de la actividad empresarial, tanto directa como indirectamente, quedara fuera del ámbito de actuación de la norma. SANZ VALENTIN, L. A.: La Directiva 1999/44, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, *Act. Civ*, Ref. LV, 1999, pág. 1073 y ss.; AVILES GARCIA, J.: Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantáis de los bienes de consumo, *Act. Civ*., Ref. XLIX, 2000, pág. 1179 y ss. se refieren también a esta cuestión si bien otorgan a la expresión "*actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional*" un sentido diferente referido a las adquisiciones con fin común o actos mixtos a los que nos referiremos más adelante.

decir, se determina por referencia a la posición que ocupa en cada concreto tipo de relación, no se trata de una condición subjetiva de carácter permanente e inalterable. Se trata en definitiva de una condición subjetiva de índole funcional por relación a cada contrato[161]

1.2.1. La técnica del destinatario final

La derogada Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (BOE nº 165, de 11 de julio) a través de la que se incorporó a nuestro ordenamiento el nuevo régimen jurídico diseñado por la Directiva 44/1999, no contenía una definición propia de consumidor sino que se remitía a la enunciada en el artículo 1.2 y 1.3 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios (BOE nº 176, de 24 de julio), vigente en aquel momento[162]. El concepto de consumidor[163] que esta norma

[161] MIRANDA SERRANO, L.M.: "La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales" en MIRANDA SERRANO, L.M./VELA TORRES, P. J./PRÍES PICARDO, A.: *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, 2006, págs. 179 -221, pág. 195 y 196 afirma que la condición de consumidor responde a un rol social en tanto que nadie es consumidor sino que se comporta o actúa en determinados ámbitos como tal. Lo que ha ocasionado, según el autor, que cierta doctrina prefiera aludir al acto de consumo como elemento delimitador de la aplicación del derecho de consumo. En el mismo sentido se manifiesta CALAIS AULOY, J.: *Droit de la consommation*, 9ª ed, París, 2015, pág. 20 afirma que los consumidores no constituyen una clase especial diferente a los ciudadanos sino que tal calificación se derivará del tipo de acto que, en cada caso, esté llevando a cabo el sujeto.

[162] Derogada por 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 (BOE 287, de 30 de noviembre), en vigor desde el día 1 de diciembre de 2007.

[163] Tradicionalmente se suele distinguir entre una noción abstracta o amplia de consumidor, equiparable a la de ciudadano y normalmente utilizada por las normas jurídicas en la atribución y reconocimiento de derechos de carácter

contenía se definía doblemente desde un punto de vista positivo y negativo. Desde un punto de vista positivo la norma atribuía la consideración de consumidores a *"las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales, bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones, cualquiera que sea la naturaleza pública o privada, individual o colectiva de quienes los producen, facilitan, suministran o expiden"*. Desde el punto de vista negativo "*No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes sin constituirse en destinatarios finales, adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios, con el fin de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros"*[164].

general, y otra más concreta, que es a la que nos referimos en este punto, y que tiene como función individualizar al sujeto destinatario de las medidas de protección de una concreta norma jurídica. Un ejemplo de la noción amplia de consumidor lo encontramos tanto en la propia Constitución Española (art. 51) como en la Resolución del Consejo de la CEE, de 14 de abril de 1975, relativa a un programa preliminar de la Comunidad Económica Europea para una política de protección y de información de los consumidores cuando establece que "*en lo sucesivo el consumidor no es considerado ya solamente como un comprador o un usuario de bienes o servicios para un uso personal, familiar o colectivo, sino como una persona a la que conciernen los diferentes aspectos de la vida social que pueden afectarle directa o indirectamente como consumidor*".

[164] MIRANDA SERRANO, L.M.: ob. cit. pág. 200 afirma que, a la vista de las carencias técnicas del artículo 1 LGDCU, se impone la necesidad de corregir por vía interpretativa la desafortunada redacción del legislador. A tal efecto ha de interpretarse que el verdadero núcleo de la definición se encuentra en el artículo 1.2 mientras que el artículo 1.3 no hace sino completarlo (con poco acierto) definiendo en negativo los criterios con arreglo a los cuales un sujeto no es destinatario final del bien. Esa formulación negativa es la que a juicio del autor (que compartimos) introduce un elemento de distorsión que ha dado lugar a interpretaciones incorrectas del sentido de la norma. De hecho propone una reinterpretación del artículo 1.3 LGDCU que prescinda de algunas de sus expresiones para hallar el verdadero sentido del mismo.

La condición de destinatario final[165] de los bienes, productos o servicios se erigía entonces como el elemento determinante del concepto de consumidor. La naturaleza pública o privada, individual o colectiva del sujeto que suministra o vende los bienes resulta de todo punto irrelevante así como la existencia de vínculo contractual entre el responsable legal y el sujeto que sufre la aparición de vicios o defectos en la cosa[166] puesto que, como se analizará más adelante en esta misma obra, la protección que la norma dispensa no se reduce sólo al adquirente originario del bien sino que alcanza a otros sujetos que ninguna relación tuvieron con el fabricante, suministrador o vendedor del bien.

[165] Resulta curioso comprobar que tal expresión, cuyo antecedente más próximo se sitúa en el Proyecto de Ley del Consumidor de 1981, no se incluye por el legislador en un intento de aquilatar el concepto de consumidor sino que la expresión se inserta en la norma como consecuencia de la aceptación parcial de sendas enmiendas parlamentarias (la número 7 y 373) presentadas al proyecto de ley por el grupo parlamentario popular en tal sentido cuya única justificación es de la de operar una mera corrección técnica del texto. Parece que ni el gobierno ni el grupo parlamentario que formuló la enmienda fueron verdaderamente conscientes de la esencialidad que iba a adquirir la expresión "destinatarios finales". En este sentido, BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, A.: La noción de consumidor en la LCU, en BERCOVITZ, R. Y SALAS, J.: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992, págs. 28-29. Este mismo autor señala que la expresión "*destinatario final*" ha sido tomada del ámbito del transporte, donde se utiliza para hacer referencia, como en el ámbito del consumo, al sujeto que recibe una mercancía no para reexpedirla sino para quedarse con ella.

[166] Es la *doble indiferencia* de la norma a la que alude ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: La responsabilidad del fabricante en el derecho español y en la directiva 85/374/CE en *Colección de estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Montero*, Oviedo, 1988, págs. 1253 y ss. concretamente en la pág. 1262.

En virtud del art. 1.3 no son destinatarios finales aquellos sujetos que adquieren bienes con la intención[167] de integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros[168]. Esta formulación resulta criticable por imprecisa[169] en la medida en que su interpretación literal conduciría a la afirmación, poco acorde con la teleología protectora de la norma, de que el empleo del bien en cualquier proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros privaría al

[167] ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: ob. cit. pág. 1263 pone de manifiesto el hecho de que la norma no exija una integración real actual del bien en un proceso de producción sino que baste con la simple intención de proceder a dicha integración para que el sujeto deje de considerarse como destinatario final. Llevada al extremo, la norma permitiría que sujetos que adquieren bienes con la intención inicial de aplicarlos a su consumo privado o doméstico sean considerados destinatarios finales aun cuando tras someter dichos bienes a un uso privado procedan a su reintroducción en el mercado directamente como bienes usados o de segunda mano o indirectamente aplicándolos en ulteriores procesos de producción o transformación.

[168] La referencia a procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros que realiza la LGDCU en este punto ha de hacerse extensiva no sólo a aquellos sujetos que la legislación mercantil considera empresarios sino también a aquellos sujetos que tradicionalmente han estado excluidos de tal consideración como son los agricultores, ganaderos, artesanos y profesionales. Vid., entre otros, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: ob. cit. pág. 32 y ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: ob. cit. pág. 1264 *in fine. CALAIS AULOY, J.: Droit de la consommation,* pág. 19 manifiesta dudas acerca de la consecuencia inicial que tendría una interpretación literal del artículo preliminar introducido en el Code de consommation por la Loi Hamon de 17 de marzo de 2014 en cuya virtud se afirma que "*au sens du présent code, est consderé comme un consommateur toute persone physique qui ait à des fins qui n'entrant pas dans le cadre de son activité commerciale, industrielle, artisanale ou libérale"* en tanto que no menciona de forma expresa al agriculator y sí a otros sujetos que, con él son tradicionalmente excluidos de la condición de consumidor, como el artesano. Se muestra partidario, no obstante, de entender que la actividad agrícola resulta equiparable a cualquier actividad industrial

[169] Así lo entiende también ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: ob. cit. pág. 1263.

sujeto de la condición de destinatario final lo que supondría excluir de la condición de destinatario final, por ejemplo, a una persona que compra lana para tejer con ella una chaqueta para uso propio en la medida en que somete el bien adquirido a un proceso de transformación[170]. Realizando una interpretación sistemática de este precepto en la que se tenga en cuenta la condición de empresario del sujeto frente al que se establecen las medidas de protección y las características tipificadoras del mismo, se desprende fácilmente que aun cuando no se haya hecho constar de forma expresa, los procesos de producción, transformación y comercialización a terceros a que se refiere la norma son aquellos que no se realizan de forma esporádica o anecdótica sino los desarrollados de forma seriada en ejercicio de una actividad empresarial considerada en sentido técnico. Hubiese sido deseable, sin embargo, una mayor concreción por parte del legislador que dejase claro un aspecto tan relevante[171]. Y es que la

[170] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: ob. cit. pág. 30-31 cita numerosos ejemplos a los que una aplicación estricta de la ley excluiría de su ámbito de protección pese a constituir claros actos de consumo. Sería el caso de compra de lana o tejidos para confeccionar prendas de vestir para el propio adquirente o personas de su entorno familiar, la compra de semillas, abonos, desinfectantes o cualesquiera materiales para una huerta destinada al consumo familiar, o incluso la adquisición de combustible para la calefacción doméstica. MIRANDA SERRANO, L.M.: ob. cit. pág. 198 refiere algunos otros ejemplos pero, sobre todo, critica la deficiencia que supone la ausencia de precisión del art. 1.3 LGDCU que ha tenido que superarse mediante la interpretación teleológica del mismo que supere la pura interpretación literal.

[171] Circunstancia ésta que sí se ha hecho constar expresamente en la Ley de Cantabria 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios en la que se especifica que los procesos de producción, transformación o comercialización que privan al sujeto de la protección específica como consumidor son aquellos "*dirigido*(s) *al mercado, aun cuando dicha actividad no implique un lucro directo*". Se gana así en claridad evitando que interpretaciones

referencia al mercado, si bien no aparece de forma explícita en el texto legal (aunque podría considerarse implícita en el término "procesos", detrás del que late la idea de producción seriada, y en el término "comercialización", que también emplea el texto legal[172]), resulta absolutamente determinante para el correcto entendimiento del precepto[173]. Aquellos procesos de transformación o comercialización con virtualidad para privar al sujeto que los ejecuta de la consideración de consumidor son únicamente los que se realizan de forma profesionalizada en el marco de una actividad empresarial, por definición, dirigida al mercado lo que permitiría afirmar que algunos actos controvertidos como la adquisición de una vivienda para destinarla a alquiler o la contratación de productos de ahorro, en tanto que no se realizan de forma seriada y profesionalizada, no privarían a quienes los llevan a cabo de la condición de consumidor[174].

más o menos desafortunadas del precepto puedan suponer un recorte en los niveles de protección perseguidos por la ley.

[172] Así lo manifiesta BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: ob. cit. pág. 31 y MIRANDA SERRANO, L. M.: ob. cit. pág. 201.

[173] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: ob. cit. pág. 31 quien hace referencia a la mayor corrección técnica del texto propuesto por las enmiendas 247 y 248 presentadas por el Grupo Popular en el Congreso de los Diputados al proyecto de LGDCU en virtud de las cuales la redacción del artículo 1.3 sería la siguiente: "*Quedan fuera del ámbito de esta Ley el uso o consumo industrial o comercial de bienes o servicios*". En idéntico sentido se pronuncia ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: ob. cit. pág. 1263 para quien la referencia al mercado también resulta indispensable para la correcta valoración del carácter y entidad de los procesos de producción a que la norma se refiere.

[174] CARRASCO PERERA, A.: "Delimitación del ámbito del derecho de consumo" en CARRASCO PERERA, A. (coord.): *El derecho de consumo en España*, Madrid, 2002, pág. 24. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: ob. cit.

1.2.1.a) La integración del bien en procesos de producción

La integración directa del bien en una actividad de carácter empresarial no suscita ninguna duda de interpretación[175]. Menos certeza existe cuando la integración del bien en una actividad empresarial no se realiza de forma directa sino indirecta o mediata.

pág. 36 otorga diferente calificación al arrendador del piso excluyéndole de la condición de consumidor por entender que está reintroduciendo el piso en el mercado mediante el alquiler. RECALDE CASTELLS, A.: ob. cit. pág. 549 al criticar la amplitud con que se define el concepto de consumidor que llevaría a entender incluidas en ella las operaciones que responden a una finalidad de ahorro o inversión, por su propia naturaleza contrarias a la "*percepción natural del acto de consumo*" como dirigido a la satisfacción de necesidades personales haciéndose eco de la postura sostenida por, entre otros, SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: La protección del inversor en el mercado de capitales en GALÁN CORONA, E. (dir.): *Reforma del derecho privado y protección del consumidor*, 1994 para quien la función de consumo repugna por naturaleza la esencia de la inversión en la medida en que "*lo que se consume es capital o renta que ni se ahorra ni se invierte*". En posición radicalmente contraria y reclamando la adopción de un estatuto jurídico propio para el consumidor financiero se muestra TOMILLO URBINA, J.: "Planteamientos y perspectivas del derecho de consumo en las sociedades en crisis: nuevos desafíos, nuevas discriminaciones" en TOMILLO URBINA, J (dir)/ ALVAREZ RUBIO, J (coord.): *La protección jurídica de los consumidores en el espacio euroamericano*, págs. 1-23 y en concreto pág. 16 al afirmar que "*la protección a los consumidores de estos productos supera anteriores visiones refractarias al empleo de determinadas técnicas del derecho de consumo, centradas en que la función de consumo repugna por naturaleza la esencia de la inversión, porque quien invierte coloca el capital excedente de su economía, en tanto que lo que se consume es capital o renta que ni se ahorra ni se invierte*" en tanto que la normativa europea atribuye la condición de consumidores a todos aquellos que actúen con un propósito ajeno a una actividad profesional. MIRANDA SERRANO, L.M.: ob. cit. pág. 203 también sostiene que los actos de inversión realizados por un sujeto no empresario pueden ser considerados actos de consumo en tanto que la integración que se realiza de los mismos no se realiza con vistas al mercado. CALAIS AULOY, J.: ob. cit. pág. 22 refiere a la consideración de consumidor que este tipo de sujetos tiene en el código de consumo francés.

[175] Este sería el caso, por ejemplo, de las materias primas o de los bienes de equipo. Vid. por todos BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: ob. cit., pág. 30.

Se trata en definitiva de determinar cuál es la extensión de la integración que ha de tenerse en cuenta para la calificación del sujeto que la realiza. Al respecto cabrían dos interpretaciones bien distintas[176]. En primer lugar, una interpretación más estricta según la cual únicamente existe integración cuando el propio bien se "*utiliza o consume en la fabricación de un producto distinto o cuando se incorpora como parte constitutiva o integrante de un producto o determinado*". Se trata de una interpretación interesada y rechazada por la mayor parte de la doctrina que conduce a una notable expansión del concepto de consumidor hasta alcanzar a sujetos plenamente dedicados a una actividad empresarial lo que, amén de no resultar coherente con la opción de política-jurídica que persigue la aprobación de la propia LGDCU y en general las normas sobre protección de los consumidores[177]. A nuestro juicio, no puede defenderse puesto que tales sujetos, por mucho que en ocasiones puedan encontrarse en situación de inferioridad con respecto a los grandes empresarios, no dejan de tener por ello una situación que no resulta parangonable con

[176] ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: ob. cit. pág. 1263-4

[177] MIRANDA SERRANO, L. M.: ob. cit. pág. 199. Explica que los partidarios de esta doctrina restrictiva del término "integración" entienden que la exclusión del concepto de consumidor requiere de la concurrencia cumulativa de dos requisitos: a) que el sujeto no sea destinatario final y b) que se produzca la integración del bien en un proceso de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. En la medida en que el bien adquirido por un empresario se destina a su consumo empresarial y no a la enajenación en el mercado a terceros con o sin transformación el sujeto continúa siendo destinatario final y, por ende, le resulta de aplicación la norma de protección al consumidor.

la del consumidor[178]. Frente a esta interpretación surge otra de carácter más amplio que considera que la integración se produce no

[178] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 39 a 41 se refiere a la adquisición por parte de un empresario que produce clavos de una mesa para el despacho que éste tiene en la fábrica. El objeto de dicha adquisición, a juicio de la autora, no va a ser sometido a ningún proceso de producción o transformación de manera que el empresario que lo ha adquirido debe ser considerado destinatario final del producto y, por ende, beneficiario de la especial protección de que éstos gozan. En apoyo de su teoría la autora cita el pronunciamiento del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 3 de julio de 1997 (Francesco Benincasa c. Dentalkit) según el cual *"(…) para determinar si una persona actúa en calidad de consumidor, concepto que debe interpretarse de forma restrictiva, hay que referirse a la posición de esta persona en un contrato determinado, en relación con la naturaleza y finalidad de éste, y no a la situación subjetiva de dicha persona (…) las disposiciones protectoras del consumidor como parte considerada económica más débil sólo engloban los contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo (…)*".En nuestra opinión el texto de referencia utilizado por la autora avalaría justamente la tesis contraria a la que la autora sostiene, en la medida en que en él se acoge una interpretación restrictiva de la condición de consumidor reservada únicamente a aquellos "*contratos celebrados para satisfacer las propias necesidades de consumo privado de un individuo*" que son en los que el consumidor se enfrenta a una especial situación de debilidad frente a la otra parte del contrato. Junto con CASTILLA BAREA también abogan por considerar acto de consumo todas aquellas adquisiciones de bienes que no sean directa sino mediatamente afectados a una actividad de producción (como sería el caso anteriormente citado de la adquisición de mobiliario de despacho por parte de un empresario dedicado a la fabricación de clavos) RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: obligaciones y contratos*, Madrid, 2000, pág. 283-284 así como MARCO MOLINA, J, ob. cit. pág. 2275 y ss. Ha de tenerse en cuenta, en este sentido, que como indica DE LEÓN ARCE, A.: "La protección de los consumidores y usuarios en España" en DE LEÓN ARCE, A. (dir)/ GARCÍA GARCIA, L.M. (coord.): *Derechos de los consumidores y usuarios, Valencia, 2006*, pág. 139, también la jurisprudencia francesa está comenzando a considerar como compraventas de consumo aquellas realizadas con un fin empresarial por un profesional que, sin embargo, no actúa en el ámbito sectorial en el que normalmente se desenvuelve su actividad profesional. Tal sería el caso del empresario que fabrica clavos al que se refería CASTILLA BAREA. Según esta línea jurisprudencial, seguida implícitamente por la citada autora, por actuar el empresario fuera del ámbito sectorial que le es propio se reproduciría idéntica situación de desigualdad e indefensión ante el empresario contraparte que si la compra hubiese sido realizada por un consumidor, razón por la cual la protección especial conferida a éste ha de resultar aplicable también a este tipo de empresarios cuando actúan en un campo en el que no son especialistas. De

sólo en los supuestos citados sino siempre que el bien "*esté afecto funcionalmente a la actividad del empresario*" de lo que cabría deducir que los actos de consumo empresarial no pueden recibir amparo del derecho de consumo por mucho que se trate de adquisiciones de bienes que no van a ser transmitidos a terceros sino que van a permanecer en poder del empresario. Esta última interpretación resulta, a nuestro juicio, más acertada. En primer término por razones de seguridad jurídica pero, lo que es más importante, porque en tales adquisiciones no se verifica la existencia del uso personal, familiar o doméstico definitorios de la adquisición de consumo ni existe en tal relación la desigualdad que origina la adopción de especiales medidas protectoras. También porque es la interpretación más consecuente con el carácter especial de las normas de protección al consumidor que, frente a la legislación general tanto civil como mercantil, articulan una serie de medidas dirigidas, precisamente, a corregir las disfunciones a que la aplicación de esas normas generales daría lugar en supuestos en que las posiciones de las partes no son homogéneas. En tanto que normas especiales, entendemos que su aplicación ha de ser restrictiva a aquellos supuestos en los que existe

hecho AVILÉS GARCÍA, J.: Las garantías en la venta de bienes de consumo, en DE LEÓN ARCE, A. (dir.)/ GARCÍA GARCÍA, L. Mª (coord.): *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valencia, 2006, págs. 939-1151, pág. 1033 indica que algunos países tienen la intención de ampliar el concepto de consumidor hacia los denominados "profesionales no especialistas".

ese desequilibrio posicional, verdadera *ratio* de la normativa de protección al consumidor[179].

[179] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: ob. cit. pág. 33-34 cuestiona, sin embargo, que en tales casos sea oportuno extender las medidas especiales de protección concebidas para los consumidores a unos empresarios que, pese a no actuar en su específico sector profesional, siguen teniendo unos conocimientos técnicos y profesionales superiores a los del consumidor medio al que va dirigida esa protección. Según el autor todos los actos que se realizan dentro del ámbito de actividad de la empresa "*contribuyen al proceso de producción o comercialización, aunque sea de forma indirecta*" de manera que, en el ejemplo citado, la adquisición de la mesa de despacho debiera calificarse como una adquisición de carácter empresarial al margen de cualquier medida protectora. Las adquisiciones de bienes que realizan los empresarios al margen de su actividad empresarial y con el ánimo de satisfacer necesidades estrictamente personales o domésticas caen, sin embargo, en el ámbito de protección especial de las normas de protección a los consumidores en tanto que ningún ánimo existe de integrar los bienes adquiridos en procesos de producción orientados al mercado. Aun cuando por razones de seguridad jurídica esta es la calificación pacíficamente admitida, cabría cuestionarse con BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: ob. cit. pág. 33 si es la más acertada teniendo en cuenta la circunstancia de que, incluso cuando el sujeto actúe fuera del ámbito sectorial en el que desempeña su actividad empresarial, el empresario dispone, como consecuencia del ejercicio de su actividad, de formación e información de las que carece el consumidor y que le permiten evitar la situación de desequilibrio característica de las relaciones de consumo. La distinción radical entre el consumo personal, doméstico, privado y el consumo empresarial fue puesta de manifiesto, incluso antes de la aprobación de la LGDCU, por MUÑOZ-PLANAS, J. Mª: La prescripción del derecho al precio en las ventas de consumo en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, págs. 744-747. Aun cuando el objeto de tal distinción era la justificación del distinto régimen de prescripción del derecho al precio aplicable a las ventas interempresariales y a las ventas realizadas entre un empresario y un consumidor, la argumentación resulta particularmente interesante en el aspecto que nos ocupa. El autor acoge una interpretación amplia y dinámica del concepto de actividad empresarial y opta por calificar como mercantiles no sólo aquellas adquisiciones de bienes destinados a su posterior reventa sino también la de aquellos otros "*preordenados a subvenir las necesidades*" de la explotación empresarial pues entre unas y otras adquisiciones existe una identidad funcional. Esta concepción de la actividad empresarial como un fenómeno complejo ampara nuestra tesis de que no sólo las adquisiciones directamente encaminadas a la integración en un proceso de producción sino también aquellas indirectamente ordenadas a tal fin van a verse excluidas del ámbito de protección de la LGDCU.

Integrando ambos preceptos de la LGCDU de 1984, es unánime la consideración de que la expresión destinatario final hace referencia a aquel sujeto que destina los bienes o productos adquiridos a un consumo privado, personal, doméstico o familiar al margen del mercado no gozando, por contra, de tal condición aquellos sujetos que integran, bien directa, bien indirectamente, los bienes adquiridos en ulteriores procesos producción orientados al mercado.

Ha de precisarse en segundo término que la referencia a la figura del destinatario final contenida en el artículo 1.2 no puede interpretarse de forma estricta atendiendo únicamente a la circunstancia puramente fáctica de quién es el sujeto que va a utilizar el bien en último lugar pues con ello se llegaría a la conclusión, nuevamente poco acorde con la teleología protectora de la norma, de que carecen de la condición de consumidores aquellos sujetos que adquieren bienes, productos o servicios no para destinarlos a su consumo directo y personal sino con la intención de cederlos a personas de su entorno familiar o doméstico, puesto que en esos casos no son destinatarios finales de los bienes. La doctrina más autorizada considera, sin embargo, que tales adquisiciones de bienes, por más que se realicen con la intención de proceder a su futura cesión, caen dentro del ámbito de protección de la norma[180].

[180] TOMILLO URBINA, J. L.: "Realidad y futuro del sistema arbitral de consumo" en *Práctica arbitral de consumo*, Navarra, 2007, pág. 41; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: ob. cit. pág. 30 y VERGEZ, M.: *La protección del*

1.2.1.b) Los actos mixtos, un tema sin resolver

No se resuelve en el artículo 1.3 el espinoso asunto de los usos mixtos, es decir, de aquellas situaciones en que un bien se utiliza de forma indistinta tanto para un consumo privado y personal como para el ejercicio de una actividad empresarial o profesional, especialmente frecuentes en la actividad de pequeños empresarios y profesionales. Respecto de tales usos se plantea un problema esencial de definición del régimen jurídico que les resulta aplicable. Una interpretación literal de los preceptos 1.2 y 1.3 que exija la concurrencia de un uso exclusivamente privado, doméstico o personal para la calificación como destinatario final del sujeto que lo realiza conduciría a afirmar que los usos mixtos caen fuera del ámbito de protección de la norma en tanto que, siquiera esporádico o aislado, implican un uso profesional del bien. La integración, siquiera circunstancial, del bien en un proceso de producción, comercialización o prestación a terceros tendría, desde este punto de vista, una suerte de "efecto contaminante" y excluyente de la protección legal. Si bien esta interpretación aporta grandes dosis de seguridad jurídica[181] no resulta del todo satisfactoria en la medida en

consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, Navarra, 2004, pág. 34 consideran indubitada la calificación como consumidor de aquel sujeto que adquiere bienes para posteriormente regalarlos a personas de su entorno familiar o social. En la misma línea se pronuncia ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: ob. cit. pág. 1263 quien afirma que la atribución de la condición de destinatario final del producto puede hacerse no sólo a los destinatarios directos sino también a los indirectos o incluso eventuales.

[181] Argumento destacado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: ob. cit. pág. 36 quien, en aras de la seguridad jurídica, se manifiesta partidario de

que supone excluir de la protección determinadas situaciones en las que, si bien ha existido una actividad aislada de integración, persiste la situación de debilidad estructural del sujeto frente al empresario que le vende el bien o le proporciona el servicio. Resulta en este punto de singular interés la formulación del concepto de consumidor contenida en el artículo 2 de la Ley 1/2006, de 7 de marzo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios de Cantabria[182]. La inclusión de los adverbios *generalmente* y *principalmente*[183] en la delimitación del uso

una interpretación rigorista del precepto que exija el exclusivo uso personal, privado o personal para calificar al sujeto como consumidor. El autor alaba, en este sentido, la redacción del artículo 3.3.a) de la derogada Ley Ley 5/1985, de 8 de julio, de los Consumidores y Usuarios de Andalucía en el que se exigía de forma expresa que la adquisición de bienes se realice con la exclusiva finalidad de uso o disfrute privado y personal, línea seguida por la Ley 13/2003, de 17 de diciembre, de Defensa y Protección de los Consumidores y Usuarios de Andalucía en su artículo 3.b) según el cual tendrán la consideración de destinatarios finales "*Las personas físicas que adquieran, utilicen o disfruten bienes o servicios cuya exclusiva* (el subrayado no aparece en el texto original) *finalidad sea el uso o disfrute personal, familiar o doméstico*".

[182] *Artículo 2. Concepto de consumidor y usuario*

1. A los efectos de esta Ley, son consumidores y usuarios las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan bienes y servicios en Cantabria, como destinatarios finales y con objetivos ***generalmente*** (la negrita no figura en el texto original) *ajenos a cualquier actividad comercial o profesional.*

2. No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes integren ***principalmente*** *(*la negrita no figura en el texto original) *los bienes o servicios en un proceso de fabricación, comercialización o prestación dirigido al mercado, aun cuando dicha actividad no implique un lucro directo".*

[183] Solución ya apuntada por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: ob. cit. pág. 35. Este criterio remite a la valoración casuística de las circunstancias en las que se produce la adquisición y puede completarse con otros parámetros. En aquellos casos en que el bien adquirido esté relacionado directamente con la actividad empresarial o profesional del adquirente se presumirá que el bien se utiliza prevalentemente para fines empresariales o profesionales y, por el

que ha de hacerse del bien introduce una notable dosis de ponderación que evita situaciones de injusticia material en las que, pese al empleo esporádico y eventual del bien en un uso profesional, subsisten en el sujeto todas las circunstancias objetivas que le hacen merecedor de protección. Como se recoge en el apartado segundo de la exposición de motivos de la norma cántabra, *"se ha puesto especial cuidado en introducir el adverbio "generalmente" para extender la protección legal a aquellos consumidores que realizan una operación en el mercado con carácter esporádico o eventual. No por ello dejan de ser merecedores de la protección legal, ya que su nivel de diligencia sigue siendo el de un buen padre de familia y no el de un ordenado empresario, manteniendo por tanto una situación de debilidad en relación con aquel que les hubiera facilitado el bien.(…) la inclusión del adverbio "principalmente" permite, contrario sensu, extender la protección legal a todos aquellos que adquieran un bien para su uso personal o familiar aunque también lo utilicen, pero sólo esporádicamente, en su negocio o empresa. Naturalmente, continuará excluido de la protección legal el empresario que haga exactamente lo contrario. La exégesis casuística que deba desarrollar el texto legal se verá sobradamente compensada por el incremento de la protección que dispensará a muchos ciudadanos, todavía carentes de ella".*

La solución propuesta por la norma cántabra permitiría superar el ya añejo problema de los actos mixtos introduciendo las

contrario, cuando la adquisición tenga por objeto bienes ajenos a la actividad empresarial o profesional se entenderá que el uso prevalente es privado.

deseables dosis de flexibilidad sin por ello cercenar la seguridad jurídica.

1.2.2. La reforma de 2007 y la introducción de la actuación al margen de una actividad empresarial o profesional

La LGDCU aprobada en 2007[184] enuncia un concepto de consumidor esencialmente idéntico en cuanto a su contenido[185] pero de diferente formulación al concepto que postulaba la LGDCU de 1984. Así el artículo 3 establece lo siguiente: *"A efectos de esta norma*

[184] La nueva LGDCU ha sido aprobada por 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 normas complementarias (BOE de 30 de noviembre de 2007, corrección de errores en BOE de 13 de febrero de 2008).

[185] Así lo entiende BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: Comentario al artículo 3 en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): Comentario al texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y otras normas complementarias, Cizur Menor, 2008, pág. 90 para quien el colectivo al que se sigue refiriendo la protección es el de personas que actúan para la satisfacción de necesidades de índole personal, familiar o doméstica. Si bien el supuesto de hecho al que la definición se refiere no ha variado sustancialmente sí lo ha hecho la formulación de la norma circunstancia que puede plantear la duda de si el Gobierno se ha extralimitado en el cumplimiento del mandato contenido en la norma de habilitación (Disp. Fin. 5ª de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios) incurriendo en un supuesto de *ultra vires*. La habilitación legislativa ordenaba al gobierno refundir en un mismo texto la antigua Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 1984 y las normas sectoriales fruto de la trasposición de normas comunitarias "*regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos*" con lo cual habrá de determinarse hasta qué punto la variación siquiera nominal del concepto de consumidor está amparada o no por el mandato legislativo. En este sentido parece que, dado que el cambio no implica la extensión del concepto sino una reformulación del mismo para situarlo en la línea del concepto comunitario tal cambio no habría mayores problemas para salvar el riesgo de extralimitación legislativa apuntado. Convenimos en este punto con lo afirmado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: ob. cit. pág. 90.

(…) son consumidores o usuarios[186] *las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*[187]*"*. Esta diferente formulación ha de valorarse positivamente por un doble motivo. En primer lugar porque se acomoda plenamente a la definición históricamente utilizada en el derecho comunitario[188] y segundo término porque resulta mucho más clara que la anterior. La atribución de la condición de consumidor ya no depende de la actuación en calidad de destinatario final del bien, un concepto de perfiles un tanto difusos cuya interpretación se había manifestado harto problemática durante los años de vigencia de la ley anterior, sino de que la adquisición se realice al margen de cualquier actividad

[186] TOMILLO URBINA, J.: ob. cit. pág. 43-44 critica la ligereza con que se emplea el término de usuario como sinónimo de consumidor cuando en realidad los vocablos se refieren a dos clases de relaciones jurídicas distintas. El consumidor es quien interviene como parte en una relación jurídica de consumo mientras que el usuario es quien accede a la utilización del producto "merced a una relación jurídica de consentimiento o tolerancia entablada no frente al empresario o profesional sino con el consumidor o adquirente". Aun cuando la cuestión carece de trascendencia jurídica en tanto que a ambos les resulta aplicable el mismo régimen jurídico, razones de corrección técnica reclamarían un uso apropiado de uno y otro término. En el mismo sentido se pronuncia BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: ob. cit. pág. 96 quien afirma, no obstante, que la denominación de usuario no sirve para nada salvo para confundir haciendo pensar que el consumidor se refiere a los bienes y el usuario a los servicios, distinción que, afirma, carece de sentido alguno.

[187] La expresión "*empresarial o profesional*" constituye una duplicidad inútil puesto que, por definición, todo profesional es empresario. Así lo pone de relieve BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. ob. cit., pág. 91 para quien hubiese bastado con referirse la expresión empresario, más amplia y que comprende también a los profesionales.

[188] También contenido en la Directiva 2011/83, de 25 de octubre, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre derechos de los consumidores que en su art 2.1 define al consumidor como "*toda persona física que, en los contratos regulados por la presente directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión*".

empresarial o profesional, circunstancia esta de mucha más fácil y objetiva apreciación. La nueva formulación permite superar algunas interpretaciones erróneas de la expresión destinatario final, únicamente centradas en un aspecto puramente locativo según las cuales la mera ausencia de transmisión o reventa del bien era suficiente para calificar al adquirente como consumidor y, *contrario sensu*, cualquier transmisión de que fuera objeto el bien excluía a su adquirente de la consideración como consumidor[189]. Parece claro que en ningún caso puede ser este el único criterio de discernimiento puesto que conduciría a calificar erróneamente tanto los consumos empresariales como las transmisiones en el ámbito familiar o doméstico. En el primer caso y aun cuando las mercancías adquiridas no sean objeto de reventa es claro que se emplean en la realización de una actividad empresarial y que quien las adquiere no necesita una protección especial[190]. En el segundo, aun cuando se pueda realizar una transmisión lo cierto es que la misma se desenvuelve en el ámbito puramente doméstico o familiar y siempre al margen de cualquier

[189] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: ob. cit. pág. 87 deja claro que quedan excluidos de la consideración como actividad empresarial la producción, transformación, comercialización o prestación a terceros realizadas en favor de amigos y familiares.

[190] BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: ob. cit. pág. 88 afirma textualmente que "*no basta pues que quien adquiera bienes o servicios no proceda a su reventa o comercialización ulterior. De ahí que el destino final empresarial o profesional de un bien o servicio no transforme a su adquirente en un consumidor*". El mismo autor cita, como ejemplo de un incorrecto entendimiento de la expresión "destinatario final" la SAP de Madrid, sección 10ª, de 26 de abril de 2004 (AC 2004\1201) que considera consumidor al adquirente de un equipo informático para traducciones de carácter profesional por no tener como destino su reventa.

actividad empresarial o profesional[191]. Del mismo modo, la adquisición de bienes que con posterioridad van a ser sometidos a algún tipo de transformación o manufactura también quedará protegida por la norma siempre y cuando tal actividad de manipulación no se realice de manera empresarial o profesional[192].

1.2.2.a) El eterno problema de los actos mixtos

Se ha desaprovechado, sin embargo, la oportunidad de abordar una completa redefinición del concepto de consumidor que afronte, de una forma definitiva, el problema de los actos mixtos. Y es que, nuevamente, en la formulación del concepto de consumidor se prescinde de la inclusión de elementos de modulación suficientes como para dar cabida en el ámbito de protección de la norma a aquellas adquisiciones de bienes que, destinados a un consumo mayoritariamente privado, se destinan de forma esporádica y eventual a un uso profesional. Será el intérprete quien deba hacer una

[191] TOMILLO URBINA, J. L., ob. cit. pág. 43 sostiene idéntica opinión referida al concepto de consumidor contenido en la ley cántabra de protección de los consumidores y usuarios que, con algunas diferencias que no inciden en este punto, resulta similar al que ha adoptado 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 normas complementarias.

[192] Este sería el supuesto ya citado con anterioridad de adquisición de semillas para cultivar un huerto familiar o de lana para confeccionar prendas de abrigo. Aun cuando en puridad tales productos se ven sometidos a un proceso de transformación o manufactura, lo cierto es que, por desenvolverse tal manipulación en el ámbito puramente doméstico, no puede despojarse al sujeto que los adquiere de la protección reforzada que le otorga la consideración de consumidor. La teleología de las normas de protección al consumidor en ningún caso ampararía semejante conclusión.

valoración caso por caso que permita atemperar el rigor de la norma incorporando una visión teleológica de la misma. El uso al que de forma preeminente se destine el bien o servicio adquirido ha de ser necesariamente tenido en consideración de forma que las adquisiciones encaminadas a satisfacer usos mayoritariamente privados se verán incluidas en el ámbito de la norma incluso cuando se puedan verificar puntuales usos empresariales o profesionales[193].

1.2.3. La reforma del concepto de consumidor de 2014

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 normas complementarias aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (BOE nº 76, de 28 de

[193] El Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas atiende a este criterio en su sentencia de 20 de enero de 2005 en la que se planteaba como cuestión prejudicial determinante de la aplicación del Convenio de Bruselas sobre competencia judicial y ejecución de resoluciones en materia civil y mercantil la calificación, como empresario o consumidor, de un agricultor que había adquirido una partida de tejas destinadas a la reparación de un inmueble de su propiedad. La cuestión litigiosa derivaba del hecho de que el inmueble cuya cubierta iba a ser reparada con las tejas albergara tanto la explotación agrícola como la vivienda particular del agricultor. El Tribunal expone que en los casos de usos mixtos ha de atenderse al uso preeminente al que se destina el bien para determinar si el adquirente debe considerarse consumidor o empresario y en aplicación de este criterio considera que en el supuesto concreto el agricultor merece la consideración de consumidor. En palabras del Tribunal "*una persona que ha concluido un contrato referente a un bien destinado a un uso en parte profesional y en parte ajeno a su actividad profesional no puede prevalerse del beneficio de las reglas de competencia específicas previstas en los arts. 13 a 15 del mencionado Convenio, salvo si el uso profesional es marginal hasta el punto de tener un papel despreciable en el contexto global de la operación de que se trate, de tal forma que el aspecto extraprofesional que predomine no tendrá incidencia a estos efectos*". Vid. ROMERO GARCÍA-MORA, G.: "En torno al concepto de consumidor en el derecho comunitario. A propósito de la STJCE Gruber vs. Bay Wa", *Act. Civ*. Nº22, 2005, págs. 2704 ss.

marzo) se aprobó con el objetivo de trasponer a nuestro ordenamiento interno la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Esta norma ha tenido como principal efecto, en lo que ahora nos interesa, la modificación del artículo 3 LGDCU referido al concepto de consumidor para adaptarlo (copiarlo literalmente para ser más exactos) al contenido de la Directiva. En relación con las personas físicas la modificación apenas tiene consecuencias prácticas puesto que la nueva definición es sustancialmente idéntica a la anterior. En ambos casos lo relevante es que la adquisición del bien o del servicio se materialice en un ámbito ajeno a cualquier actividad empresarial o profesional. Solamente algunos pequeños matices sin mayor trascendencia diferencian ambos conceptos. En el concepto de 2007 se hacía referencia a la actuación en un "*ámbito ajeno*" mientras que en la nueva definición se hace referencia a la actuación con "*propósito ajeno*" sin que ello suponga que el enfoque objetivo se reemplaza por otro de carácter subjetivo; la referencia a la "*actividad empresarial o profesional*" del texto originario se sustituye por la alusión a la "*actividad comercial, empresa, oficio o profesión*" sin que de nuevo el cambio suponga alteración del ámbito al que se refiere, antes al contrario, se introducen en el nuevo texto reiteraciones innecesarias

en relación con la actividad comercial, el oficio o la profesión en tanto que todos estos conceptos resultan comprendidos en la expresión más genérica de actividad empresarial que puede ir referida a cualquier sector, incluido el comercial y el profesional. Se trata en definitiva de pequeños matices que nada añaden con respecto a la formulación anterior y que deberían ser corregidos por el legislador[194].

1.2.4. La persona jurídica como consumidor

La normativa española de protección a los consumidores presenta una particularidad que debe ser analizada en este punto. Y

[194] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario al artículo 3" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (dir.): *Comentarios al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras normas complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, 2015, pág. 60. En el mismo sentido MARÍN LÓPEZ, M. J.: "El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU" en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 9/2014, págs. 9-16 y en particular en la pág. 10 y 11se sitúa en la misma línea aunque llama la atención sobre otra modificación que la Ley 3/2014 opera en el artículo 3 y que, pese a la apariencia inicial no resulta tampoco ser de gran calado. Se refiere al autor al hecho de que en el nuevo texto se haga referencia a la actuación con propósito ajeno a *su* actividad comercial, empresarial, oficio o profesión mientras que la redacción anterior se refería a la actuación ajena a *una* actividad empresarial o profesional. A la vista del cambio podría pensarse que el nuevo texto está dando cabida en el concepto de consumidor a aquellos empresarios que adquieren bienes o contratan servicios que pertenecen al ámbito de su especialidad sino que guardan con ésta una relación instrumental o mediata (Ej.: un abogado que contrata una alarma para su despacho). De ser así estaríamos ante un cambio de gran trascendencia en tanto que se incorporaría al derecho de consumo a los empresarios no especialistas. Sin embargo, una interpretación sistemática de la norma en relación con la exposición de motivos en la que se alude a que el empleo de los bienes en una actividad empresarial no puede ser ni directo ni indirecto y con el propio artículo 3.2 donde se sigue haciendo referencia a la actuación al margen de una actividad empresarial o profesional nos llevan a concluir que el cambio no tiene la envergadura que pudiera parecer inicialmente y no es más que una variación, probablemente inconsciente, en la formulación del precepto que carece de consecuencias prácticas.

es que, a diferencia de las normas comunitarias, la calificación de consumidor se ha venido predicando históricamente no sólo a las personas físicas sino también a las jurídicas[195]. Esta arraigada tendencia[196], tradicionalmente amparada en el principio de armonización mínima de las normas de protección a los consumidores, genera, sin embargo, ciertas asimetrías de regulación entre la normativa comunitaria y la nacional lo que ha sido objeto de numerosas y fundadas críticas que, con buen criterio, evidencian la

[195] Las normas comunitarias así como la jurisprudencia del TJCE siguen una clara línea en cuya virtud las personas jurídicas no gozan de la consideración de consumidores. En este sentido se ha pronunciado el TJCE en sentencia de 22 de noviembre de 2001 [Cape Snc contra Idealservice Srl (C-541/99) y Idealservice MN RE Sas contra OMAI Srl (C-542/99)]. Idealservice procedió a la instalación de sendas máquinas expendedoras de bebidas en los establecimientos mercantiles de las demandantes (Cape y OMAI) destinadas exclusivamente a dar servicio a los trabajadores de éstas. En la ejecución del contrato se generó una controversia que motivó la demanda de Cape y OMI en la que alegaban la nulidad de determinadas cláusulas contractuales amparándose en la protección que les dispensaba la directiva sobre cláusulas abusivas en la contratación consumidores. La defensa de Idealservice niega el carácter de consumidor de las demandantes y, por ende, la aplicabilidad de la directiva. En la sentencia el tribunal se pregunta si una persona jurídica y más concretamente una sociedad puede considerarse consumidor concluyendo de forma tajante que "*El concepto de «consumidor», tal como se halla definido en el artículo 2, letra b), de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que se refiere exclusivamente a las personas físicas*."

[196] Esta tendencia no ha sido corregida tampoco con la aprobación de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 2007 probablemente por el tenor del mandato que recibió el ejecutivo que únicamente se encontraba facultado a refundir, armonizar y coordinar, nunca a introducir modificaciones de calado como habría sido la alteración del tradicional concepto de consumidor. Como una de las normas que excepcionalmente restringe la condición de consumidor a las personas físicas cabe citar la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de crédito al consumo que en su artículo 2.1 afirma que "*a efectos de esta Ley, se entenderá por consumidor la persona física que, en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley, actúa con fines que están al margen de su actividad comercial o profesional*".

necesidad de proceder a una reforma de nuestro derecho en este punto[197].

1.2.4.a) Aproximación inicial

Aun cuando podría admitirse que determinadas colectividades (personas jurídicas pero no sólo personas jurídicas) que no realizan labores de producción, transformación y comercialización en el mercado puedan encontrarse en una posición equiparable a la de una persona física y por tanto requieran similares medidas de protección, no puede, sin embargo, generalizarse tal afirmación. La referencia genérica a las personas jurídicas resulta muy criticable. Utilizando una expresión coloquial pero muy ilustrativa, ni son todas las que están ni están todas las que son. En primer lugar porque no todas las personas jurídicas podrán considerarse consumidoras. Habría de tratarse de una persona

[197] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: "El concepto de consumidor" en AZPARREN LUCAS; A. (dir): *Hacia un código del consumidor*, 2006, págs. 19-37, en concreto, pág. 32 a 34. Según el autor, lo realmente problemático es que la noción de consumidor de la LGDCU (que incluye a las personas jurídicas) no se puede aplicar en las leyes que trasponen Directivas comunitarias donde la noción de consumidor se refiere exclusivamente a las personas físicas. Y ello porque el principio de armonización mínima permite a los Estados ampliar los derechos reconocidos por las normas comunitarias pero en ningún caso sustenta la ampliación del ámbito de aplicación de las mismas que es lo que ocurre cuando se extiende la noción de consumidor a las personas jurídicas. El autor advierte, asimismo, que este principio de armonización mínima no debe aplicarse a las medidas de protección de los consumidores que se adopten "*en el marco de la realización del mercado interior*" (artículo 153.3.a del Tratado de la Unión Europea), circunstancia que claramente concurre en la regulación de los efectos del contrato de compraventa. Por todo ello, el autor se muestra partidario de terminar con la inveterada tradición española de extender la noción de consumidor a las personas jurídicas.

jurídica que actúe al margen de cualquier actividad empresarial o profesional[198], circunstancia esta que permitiría excluir, por ejemplo, a las sociedades mercantiles, sujetos paradigmáticos de la actividad empresarial. En segundo lugar porque existen otras realidades sin

[198] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: ob. cit. pág. 41 no considera consumidoras a las cooperativas de consumidores por entender que realizan una actividad de comercialización dentro del mercado en tanto que no sólo proveen de bienes a sus asociados sino a terceros ajenos y siempre mediante contraprestación económica. Según este autor, la persona jurídica consumidora deberá carecer de ánimo de lucro y transmitir a título gratuito los bienes o servicios adquiridos, de una manera similar a lo que acontece en las cesiones dentro del ámbito familiar o doméstico lo que, según él, ocurre con las fundaciones o asociaciones o con las comunidades de propietarios, "*que adquieren bienes o servicios para que sean utilizados por los miembros de la entidad o por personas a ellas vinculadas pero siempre que la cesión individualizada de los bienes o servicios para su utilización se haga a título gratuito*". Esta interpretación chocaba con la propia realidad puesto que en buena parte de los casos la prestación de servicios por parte de asociaciones, fundaciones y comunidades de bienes a sus miembros se realiza de forma onerosa. Ha de hacerse notar que con la nueva redacción de la LGDCU de 2007, que únicamente exige la actuación en un ámbito ajeno a cualquier actividad empresarial o profesional, podría prescindirse de la consideración tanto del ánimo de lucro como de la gratuidad de los bienes o servicios superándose la interpretación un tanto forzada que el autor se ve obligado a articular para justificar la exclusión de las cooperativas al tiempo que la inclusión de asociaciones, fundaciones y comunidades de bienes. Con la redacción de 2007 todas ellas quedarían cubiertas siempre que no realicen una actividad de carácter empresarial o profesional y ello aun cuando puedan prestar servicios a sus miembros mediante contraprestación económica. En este sentido se manifiesta BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: ob. cit. pág. 94. El tratamiento jurisprudencial de esta cuestión ha sido profundamente equivocado y existen numerosas sentencias en las que se aplican normas de protección al consumidor a relaciones jurídicas trabadas entre dos sociedades mercantiles, ambas en el pleno ejercicio de su actividad empresarial. Así resultan llamativas, por descabelladas, la STS de 13 de noviembre de 1995 (RJ 1995\8601) que resuelve un conflicto entre una sociedad anónima dedicada a la comercialización de productos deportivos y turísticos con otra sociedad, también anónima, ambas partes en un contrato de *leasing*, y en la que el tribunal anula por abusivas y contrarias al artículo 10 de la por entonces vigente Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios de 1984 determinadas cláusulas del contrato; la SAP de Valencia de 26 de enero de 1999 (AC 1999\100), en la que el tribunal anula por abusivas a la luz de la LGDCU de 1984 varias cláusulas de un contrato de concesión entre dos sociedades mercantiles.

personificación jurídica que, por estar en idéntica posición al consumidor, debieran tener su misma consideración y, sin embargo, no tendrían cabida en la norma. Tal es el caso de las comunidades de bienes a las que una interpretación estricta de la LGDCU situaría fuera del ámbito de la ley por carecer de personalidad jurídica aun cuando no parece que existan inconvenientes para considerarlas consumidores cuando su función no excede de la pura gestión y administración de bienes comunes titularidad de los comuneros[199].

1.2.4.b) La persona jurídica como consumidor tras la reforma de la LGDCU de 2014. La revisión del concepto

El artículo 3 LGDCU que en su redacción originaria incluía en la misma proposición a las personas físicas y a las jurídicas ha quedado ahora dividido en dos apartados dedicados a cada una de ellas. El apartado 3.2 LGDCU declara que *"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"*. En este caso, las diferencias introducidas por la Ley 3/2014 sí son de calado y recogen algunas de las críticas que la doctrina había formulado con respecto a la ya inveterada tradición

[199] Así lo entiende BERCOVITZ, R.: ob. cit. pág. 94 que, sin embargo, excluye a aquellas comunidades que no se dediquen a la gestión y administración de un bien común sino a la realización de actividades empresariales. La jurisprudencia se ha mostrado con mucha frecuencia partidaria de una interpretación *inclusiva* de la LGDCU que permitiera extender la aplicación de sus normas a las comunidades de propietarios en sus relaciones con las empresas proveedoras de servicios de mantenimiento, ascensores, etc.

española de considerar a las personas físicas como consumidoras[200]. Y es que la forma en que se hacía ese reconocimiento pecaba no tanto por exceso como por defecto al no incluir ningún criterio de ponderación. Particularmente grave era la exclusión de los entes sin personalidad jurídica como las comunidades de bienes que, por carecer de la personalidad quedaban al margen del derecho de consumo siendo uno de los colectivos más necesitados de protección (en relación con la contratación de servicios de ascensor, mantenimiento, seguros, etc.). Con la expresa referencia a las entidades sin personalidad jurídica el problema queda definitivamente resuelto y a salvo de pronunciamientos judiciales contradictorios.

La inclusión de las personas jurídicas, como decimos, completada con las entidades sin personalidad jurídica, se condiciona al cumplimiento de dos requisitos que el propio artículo recoge: la actuación al margen de cualquier actividad empresarial o profesional y la ausencia de ánimo de lucro. El primero de los requisitos ya se encontraba en el texto anterior y resulta, además, plenamente lógico en tanto que sigue la línea marcada para las personas físicas. De manera que la inclusión en el concepto de consumidor queda

[200] BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: ob. cit. pág. 61 afirma que ello no supone problemas de encaje en la Directiva 2011/83/CE pues aunque la misma se plantea como de armonización máxima, se trataría de una cuestión que quedaría fuera de su ámbito de aplicación (únicamente referido a las personas físicas) y del alcance armonizador con lo que los Estados conservarían plena libertad de regulación. Así lo indica el párrafo decimotercero de la exposición de motivos de la Directiva.

reservada únicamente a aquellas personas jurídicas o entidades sin personalidad que actúen al margen de una actividad empresarial o profesional. Lo que supone excluir a todas las sociedades mercantiles y aquellas sociedades civiles cuyo objeto sea el desempeño de una actividad empresarial[201]. En cuanto a las fundaciones habría que distinguir los casos en los que estas realizan una actividad empresarial, que excluiría su condición de consumidor, de aquellos otros en los que no se produzca una actividad de esa naturaleza[202]. La actuación al margen de una actividad empresarial o profesional por parte de las asociaciones y, por ende, su hipotética consideración como consumidoras, viene determinada por quiénes sean los destinatarios de los bienes o servicios que contratan de forma que en los casos en que esos servicios revierten en el ámbito interno de la asociación cabría su consideración como consumidoras[203].

La novedad del artículo 3 reside en la exigencia de que las personas jurídicas no tengan ánimo de lucro ni directa ni indirectamente, exigencia que no se contemplaba hasta el momento

[201] CÁMARA LAPUENTE, S.: El concepto legal de consumidor en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos, *Cuadernos de derecho transnacional*, marzo 2011, vol. 3, nº 1, págs. 84-117 afirma en la pág. 100 que las fundaciones y las cooperativas no podrían ser consideradas como consumidores en tanto que revisten rasgos de operadores económicos o participantes en el mercado (aunque el artículo 23.1.2 LGDCU equipara las cooperativas de consumidores a las asociaciones de consumidores). Quedarían incluidas únicamente las asociaciones siempre que no lo fuesen de empresarios o de profesionales.

[202] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 14.

[203] Así lo entiende MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 14.

aunque había sido referida por la doctrina. Podría considerarse como una exigencia prescindible en tanto que no siendo un requisito necesario para la calificación de un sujeto como empresario ningún sentido tiene que lo sea para la calificación inversa y porque, acreditada la circunstancia de que el sujeto no está realizando una actividad empresarial, no hay razón para que la concurrencia de ánimo de lucro prive de protección a determinados sujetos en el marco de auténticas relaciones de consumo[204].

Ninguna duda suscita la inclusión en el concepto de consumidor de las comunidades de bienes que no desempeñen una actividad empresarial. De hecho es muy probable que la inclusión de estas en el concepto de consumidor haya sido el motivo fundamental por el que el legislador ha decidido reformar el concepto de consumidor más allá de lo que estaría obligado para trasponer la Directiva[205]

[204] Así lo considera, a nuestro juicio con acierto, CÁMARA LAPUENTE, S.: ob. cit. pág. 101 refiriéndose al ejemplo de una asociación de vecinos que adquiere una motocicleta para sortearla y recaudar fondos y que, sin embargo, ve cómo la motocicleta padece faltas de conformidad. MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 15 concibe el ánimo de lucro no como la sola intención de obtener ganancias sino la intención de repartir esas ganancias entre los socios o miembros de la persona jurídica. Ello permitiría ensanchar el ámbito del concepto de consumidor al permitir la inclusión de entidades que, persiguiendo la obtención de dicha ganancia, no la destinan al reparto entre los socios sino a la consecución de los fines asociativos.

[205] En este sentido se pronuncia BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. ob. cit. pág. 64. MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 15 saluda positivamente la referencia a estas entidades tan largamente reclamada por doctrina y jurisprudencia.

1.2.5. La protección de los ulteriores adquirentes del bien

El principio de relatividad de los contratos recogido en el artículo 1257 del Código civil español supone que, con carácter general, los contratos únicamente generan obligaciones y derechos para los sujetos que son parte en los mismos. Este principio, de honda raigambre en nuestra tradición jurídica, se verá excepcionalmente quebrado en determinadas situaciones en las que un contrato puede generar consecuencias jurídicas a un sujeto que carece de la condición de parte en el mismo[206]. Aun cuando no se trata de una postura pacífica en la doctrina[207], cabe afirmar que uno de los supuestos en que tal ruptura se produce es precisamente el de la transmisión de un bien de consumo. Los subadquirentes del bien, que no intervinieron

[206] DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, II, Madrid, 2008, pág. 403 indica que el principio de relatividad de los contratos se funda en la esencia misma del contrato que, en tanto que manifestación de la autonomía de la voluntad, únicamente puede vincular a quien libremente lo consiente. Sin embargo, tal principio carece de validez universal en la medida en que, atendiendo a la complejidad del tráfico económico, existen numerosas relaciones jurídicas interdependientes en las que es posible predicar con respecto a terceros ciertos efectos contractuales derivados de contratos en los que nunca fueron parte.

[207] En contra del reconocimiento de protección a los ulteriores adquirentes del bien se manifiesta MARÍN LOPEZ, M., ob. cit. pp. 80 afirma que la responsabilidad que articula la Directiva y, por ende, nuestra legislación interna es de origen contractual de manera que únicamente ampara a los sujetos que fueron parte en el contrato y no a ulteriores adquirentes del bien. MARCO MOLINA, J., ob. cit. quien, tomando como referencia los considerandos de la directiva en los que se identifica consumidor con adquirente y el Libro Verde en el que se hace referencia a la necesidad de convertir en beneficiarios de la garantía legal a los sucesivos compradores del bien, niega la extensión de la protección más allá de las partes en el contrato.

en el contrato de compraventa inicial, se subrogan en la posición jurídica que hasta ese momento ocupaba el adquirente original del bien, pudiendo, dentro de ciertos límites, disfrutar de los derechos que frente al vendedor otorga la garantía legal. De forma tal que los destinatarios de la protección legal no van a ser solamente los adquirentes iniciales, entendiendo por tales aquellos que fueron parte en el contrato de compraventa, sino también los ulteriores adquirentes tanto a título oneroso o incluso lucrativo del comprador inicial[208]. Se articula una suerte de garantía *ob rem*, una garantía vinculada al bien que lo acompaña al margen de quién sea su titular en cada momento concreto.

El reconocimiento de protección a los ulteriores adquirentes del bien o producto no se produce, sin embargo, de forma automática e indiscriminada sino que será necesaria la concurrencia de una serie de presupuestos para su surgimiento. En primer lugar, la garantía original ha de estar aún vigente[209] pues de otro modo ni los ulteriores adquirentes ni el adquirente originario podría hacer nada para combatir una hipotética falta de conformidad que aparece una vez transcurrido el plazo legal; en segundo lugar, el ulterior adquirente

[208] Partidarios del reconocimiento de protección a los subadquirentes del bien se muestran VERGEZ, M.: ob. cit. pág. 34 y 121; AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1068

[209] A falta de pacto en contrario que amplíe el plazo legal, éste sería de dos años desde la entrega en el caso de bienes nuevos y el tiempo pactado en el contrato (nunca inferior a doce meses) en el caso de bienes usados. Artículo 123 de la LGDCU

del bien que pretenda hacer valer esa garantía ha de tener, como el original comprador, la condición de consumidor pues, de lo contrario, se estaría reconociendo protección subsidiaria a un sujeto que, por sus características, quedaría al margen del ámbito de aplicación de las normas sobre falta de conformidad[210].

2. El vendedor como primer sujeto responsable de la falta de conformidad

Tradicionalmente ha sido el vendedor del bien el obligado a afrontar la responsabilidad derivada de la hipotética aparición en el mismo de algún tipo de vicio o defecto. Así lo recoge el Código civil en su artículo 1474 y, más específicamente referido al saneamiento por vicios, su artículo 1484 según el cual "*el vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen*

[210] En idéntico sentido se pronuncia GARCÍA AVILÉS, J.: ob. cit. pág. 1130 para quien la protección legal alcanza no sólo al comprador original sino a todos aquellos que le sucedan siempre y cuando conserven la condición de consumidores. En caso contrario estaríamos protegiendo con el régimen reforzado destinado a los consumidores a un sujeto que no se encuentra en posición de subordinación alguna frente al empresario vendedor del bien y que, además, adquiere el bien para reintegrarlo en un ulterior proceso de producción. Situación ésta que supondría una inaceptable desnaturalización del régimen jurídico de las garantías en las ventas de bienes de consumo. Especialmente relevante resulta esta precisión en el ámbito de la compraventa de vehículos de ocasión donde el concesionario profesional que adquiere de un consumidor su antiguo vehículo para luego revenderlo no podrá, mientras el bien esté bajo su titularidad, reclamar al fabricante o vendedor del vehículo por carecer de la condición de consumidor circunstancia esta que, en la práctica se soslaya habitualmente entendiendo que el concesionario que adquiere el vehículo de ocasión para revenderlo actúa siempre en representación del titular anterior del vehículo y nunca en nombre propio. Sin embargo, el ulterior adquirente del bien gozará de toda la protección legal frente al vendedor original y productor del vehículo en tanto que se cumplan el resto de presupuestos para el surgimiento de responsabilidad.

impropia para el uso a que se la destina (…)". Aun cuando la referencia al vendedor podía entenderse implícita[211] en la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, no es encontrar referencias explícitas hasta la aprobación de la derogada Ley 23/2003, de 13 de julio, de Garantías en las Ventas de Bienes de Consumo que en su artículo 1.2 establecía que tendrían la consideración de vendedores *"las personas físicas o jurídicas que, en el marco de su actividad profesional, venden bienes de consumo"*.

También el vendedor es el responsable de las faltas de conformidad del bien según el tenor literal del artículo 114 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias que establece que "*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"*. Aunque esta norma no proporciona una definición del concepto de vendedor, la Exposición de motivos de la Ley en su apartado III nos indica que vendedor *"(…) aunque no se define, por*

[211] Aunque se podía inferir fácilmente haciendo una interpretación *sensu contrario* del artículo 1.2 y 3 de la LGDCU y tomando en consideración los planteamientos hechos por la doctrina al hilo del análisis del concepto de consumidor. En tal sentido no era demasiado difícil concluir que el responsable de los defectos sería aquella persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, individual o colectiva que produce, facilita, suministra o expide bienes muebles o inmuebles, productos, servicios, actividades o funciones en el seno de una actividad de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

remisión a la legislación civil es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta ley, actuando en el marco de su actividad empresarial". En definitiva, vendedor será aquel empresario (entendido en el sentido del artículo 4 como *"aquella persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada"*) dedicado de forma profesional a la intervención en contratos de compraventa de bienes de consumo con consumidores.

Se acogen en este punto los clásicos criterios de imputación de la condición jurídica de empresario según los cuales éste será el sujeto, persona física o jurídica, que por sí o por medio de representantes desarrolle en nombre propio y de manera profesional una actividad económica de producción o de comercialización de bienes o de servicios en el seno del mercado[212].

Ahora bien, cuando la norma identifica al vendedor como primer responsable ante las faltas de conformidad lo hace con el solo propósito de facilitar al consumidor el efectivo ejercicio de sus derechos designando como interlocutor a aquel sujeto más fácilmente accesible[213]. Ello no quiere decir, sin embargo, que sobre él pesen en

[212] ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., en Uría-Menéndez, *Curso de Derecho mercantil*, Madrid, 1999, tomo I, pág. 59 ss.

[213] Por lo demás, esta es una de las técnicas más comunes de las que se emplean en la protección jurídica de los consumidores. En muchos casos el consumidor carece de la formación e información necesarias para identificar a quién de todos los intervinientes en el proceso de fabricación, distribución y comercialización de los productos debe dirigir la reclamación. Y en el caso de conocer a ese responsable suele ser habitual que el domicilio de éste, a efectos

exclusiva las consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad legal. Máxime si se tiene en cuenta que, en la mayor parte de las ocasiones, el vendedor es un perfecto desconocedor de las características técnicas y de fabricación del producto cuyo papel se limita a la pura intermediación comercial y que, las más de las veces, carece también de capacidad técnica suficiente para subsanar las faltas de conformidad[214].

Centrando en este momento la atención en el análisis detallado de la figura del vendedor como sujeto responsable *prima facie* por las faltas de conformidad del bien ha de advertirse, en primer lugar, que la exigencia que contienen los distintos preceptos analizados de que el sujeto que actúa como vendedor lo haga en el marco de su actividad profesional excluye del ámbito de aplicación de tales normas a las ventas realizadas por un particular, un sujeto que carece de la condición de empresario, ventas que quedarán sometidas únicamente a la disciplina del Código civil[215].

---

de posibles reclamaciones, se halle en ciudades lejanas al domicilio del consumidor o, incluso, en países diferentes lo que obligaría al consumidor que desee reclamar a realizar un sobreesfuerzo adicional no sólo en el terreno económico sino a tomarse una serie de molestias que en muchos casos, sobre todo cuando la cuantía de la reclamación no es elevada, pueden desincentivar el ejercicio efectivo de los derechos legalmente reconocidos al consumidor.

[214] En este sentido se pronuncia VERGEZ, M. ob. cit. pág. 112.

[215] Así lo afirma CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 37. A favor de la inclusión en el ámbito de aplicación de las normas sobre falta de conformidad del vendedor no empresario se manifiestan CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARTÍNEZ ESPÍN, P. en su obra "Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de bienes de consumo. Propuestas de regulación, textos articulados y bibliografía" en *Estudios sobre Consumo*, 2000, núm. 52, pág. 125-146, pág. 129. Entienden que a fin de cohonestar las

Cualquier sujeto que en el marco de su actividad profesional comercialice bienes a los consumidores habrá de hacer frente a tal responsabilidad legal. Y ello con independencia de si se trata de una persona física o jurídica y, en este último caso, de cuál sea la forma jurídica elegida para su constitución.

Puede que no resulte tan claro, sin embargo, que otro tipo de personas jurídicas como las asociaciones o las fundaciones también deban hacer efectiva dicha responsabilidad en el caso en que, por ejemplo, decidan subvenir una campaña benéfica o su propio

disposiciones de la ley de garantías con el Código civil hubiese sido deseable que el legislador encargado de transponer la directiva comunitaria hubiese ampliado el concepto de vendedor responsable no sólo a aquellos sujetos que actúan en el marco de su actividad profesional sino también a los particulares que realizan ventas de bienes de consumo al margen de una actividad profesional. La propuesta no fue acogida por el legislador quien, en línea con lo establecido en la directiva, únicamente contempla las ventas realizadas por vendedores profesionales. A nuestro juicio, tal decisión resulta acertada en la medida en que las dos situaciones referidas son bien diferentes y como tales han de ser tratadas. Frente a la situación de paridad posicional que caracteriza las relaciones entre privados, en una relación trabada entre un empresario y un consumidor esa posición de equilibrio no existe en la medida en que uno de los sujetos, dedicado profesionalmente a tal actividad, posee mayores conocimientos técnicos y jurídicos que el otro así como también tiene mayor capacidad económica como para poder, en un momento dado, menoscabar los derechos del consumidor con el que contrata. Esa y no otra es la razón por la que en los últimos años la intervención estatal ha sido decidida a favor del consumidor, parte débil de la relación contractual. Cuestión distinta es que, aprovechando la necesidad de trasponer la directiva comunitaria, se hubiese realizado en España, como así lo han hecho otros países de nuestro entorno como Alemania, una reforma de la disciplina de la compraventa y, en general, de las obligaciones en la que pudiese generalizarse la aplicación de algunos de los principios inicialmente pensados para la contratación con consumidores. En tal caso sí podría valorarse la posibilidad de extender el régimen de responsabilidad de la directiva a la generalidad de los contratos como lo ha hecho, por ejemplo, el legislador alemán que ha tomado la técnica de la conformidad como elemento vertebrador del derecho de compraventa y, por extensión, del derecho de obligaciones.

funcionamiento ordinario con la venta al público de bienes de consumo o la prestación de determinados servicios. El hecho de que estas entidades carezcan de ánimo de lucro en la realización de estas ventas y de que esa no sea su primordial actividad podría llevar a pensar que no estarían obligados a responder por la faltas de conformidad de los bienes que venden. Sin embargo, si tenemos en cuenta los fundamentos de tal responsabilidad veremos cómo ninguna de las circunstancias mencionadas les exonera de la obligación legal de responder por las faltas de conformidad del bien. Y es que en tanto que la responsabilidad legal por las faltas de conformidad no es sino una medida de reconducción del programa de la prestación que, como consecuencia de la falta de conformidad, no se cumple de la forma previamente establecida en el contrato, resulta idénticamente aplicable a cualquier supuesto en el que la prestación realmente ejecutada se haya desviado del programa inicialmente previsto para su desarrollo al margen de cuál haya sido la finalidad perseguida con la venta.

La inclusión del adjetivo posesivo "su" referido a la actividad empresarial en el marco en el que se desarrolla el contrato de compraventa podría interpretarse como una intención del legislador de circunscribir el surgimiento de la responsabilidad legal sólo a aquellos casos en los que la venta del bien de consumo se realice por un sujeto profesionalmente dedicado a tal actividad de manera que aquellos sujetos de los que pueda afirmarse que la entrega de bienes

de consumo cae fuera de "su" actividad empresarial o fuera de su objeto social quedarían exentos de tal responsabilidad. En nuestra opinión no debe ser esta la tesis a mantener atendiendo a la teleología protectora de la norma sino que deben considerarse amparadas por las medidas de protección todas aquellas adquisiciones de bienes de consumo realizadas por un consumidor a un empresario que actúe en el marco de una actividad empresarial orientada al mercado con independencia de si esa concreta actividad de venta de bienes constituye o no "su" actividad principal.

2.1 Otros sujetos responsables de la falta de conformidad (remisión)

La designación del vendedor como responsable en primera instancia de las eventuales faltas de conformidad del bien se realiza por el legislador con la intención de facilitar al consumidor el ejercicio efectivo de sus derechos proporcionándole un sujeto cercano y fácilmente identificable contra quien dirigir su reclamación. Ahora bien, en un tráfico económico como el actual en el que la labor de venta al público suele realizarse por sujetos que poco o nada tienen que ver con el proceso de diseño y fabricación del bien y, por ende, con la mayor parte de las faltas de conformidad que, en un alto porcentaje, se generan precisamente en la fase de producción, puede resultar excesivo hacer cargar con las consecuencias económicas de la restitución de la conformidad a los vendedores a menos que tales faltas se deriven exclusivamente del tratamiento y manipulación de

los productos que éstos hayan realizado. Máxime si se tiene en cuenta que en la mayor parte de los casos el vendedor será un comerciante de reducidas posibilidades técnicas y económicas en comparación con los grandes fabricantes o productores.

Por esta razón se articulan en la norma dos mecanismos diferentes a través de los cuales asegurar la correcta atribución de los riesgos económicos derivados de la falta de conformidad a quien debe asumirlos. Se trata, en primer lugar, de la acción de regreso que puede ejercitar el vendedor final frente al resto de miembros integrados en la cadena de producción y distribución y, en segundo, término de la acción directa contra el productor.

2.1.1. Acción de regreso del vendedor final frente al responsable de la falta de conformidad.

Establece la Directiva 1999/44/CE (artículo 4) que "*cuando el vendedor final deba responder ante el consumidor por la falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario, el vendedor final podrá emprender acciones contra la persona responsable en la cadena contractual*".

Tanto la derogada ley de transposición de la directiva comunitaria en su artículo 10[216] como el texto actualmente vigente en

[216] El artículo 10 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo recogía en los siguientes términos el derecho de repetición del vendedor frente al responsable material de la falta de conformidad: "*Quien haya respondido frente al consumidor dispondrá del plazo de un año para*

su artículo 124 recogen disposiciones en ese sentido otorgando al vendedor que hace efectiva la responsabilidad frente al consumidor una acción de regreso ante el sujeto o sujetos materialmente responsables de la falta de conformidad. Sin perjuicio del posterior análisis más detallado (vid. capítulo IV) procede en este momento realizar algunas consideraciones en torno a los aspectos puramente subjetivos de la acción. En particular interesa analizar los sujetos legitimados, tanto activa como pasivamente, para el ejercicio del regreso.

2.1.1.a) La legitimación activa del vendedor final

El tenor del artículo 124.2 LGDCU introduce una novedad de relevancia con respecto al artículo 4 de la Directiva. El texto comunitario atribuye el derecho de regreso al vendedor final mientras que la norma nacional prescinde de esa referencia concreta en favor de una determinación mucho más abstracta como es la referencia a "*quien haya respondido frente al consumidor*" lo que tiene un efecto

repetir del responsable de la falta de conformidad. Dicho plazo se computa a partir del momento en que se completó el saneamiento".

Casi idéntica formulación se contiene en el artículo 124 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de diciembre por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias a cuyo tenor "*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".*

distorsionador en la lógica del sistema. Si, como parece, la *ratio* de la acción de regreso no es otra que evitar que el vendedor deba asumir la carga económica de una falta de conformidad de la que no es responsable material (sólo formalmente frente al consumidor) carece de fundamento sustituir la referencia al vendedor por otra expresión de más vago contenido. A menos que el legislador nacional estuviese pensando en aquellos supuestos excepcionales en los que el productor puede responder directamente frente al consumidor[217]. De ser así tampoco sería justificable el cambio de nomenclatura en tanto que el productor únicamente responde, como veremos, de las faltas de conformidad referidas al origen, identidad e idoneidad del producto, esto es, de las faltas de conformidad de las que en cualquier caso sería materialmente responsable sin posibilidad de ejercer ningún tipo de regreso. Sólo en un muy reducido número de casos podría darse la circunstancia de que el productor tuviera que asumir responsabilidad por faltas relacionadas de las que no fuera materialmente responsable (lo que puede considerarse casi como una hipótesis de laboratorio) tendría sentido una afirmación de tales características. Pero incluso en esos supuestos, en tanto que el productor tiene otras vías para hacer efectiva esa responsabilidad la

[217] En idéntico sentido se pronuncia CASTILLA BAREA M., ob. cit. pág. 302 y 303 para quien la concesión de acción de regreso al productor frente al vendedor final del bien, aun cuando técnicamente correcta, resulta desproporcionada teniendo en cuenta las circunstancias excepcionales en las que tal responsabilidad directa frente al consumidor puede llegar a verificarse y considerando, además, que son muy pocas las faltas de conformidad causadas por el vendedor y por las que el productor éste deba responder.

medida resultaría prescindible. El único supuesto en el que una previsión tuitiva de esas características tendría plena justificación sería, como hemos, afirmado, el supuesto en que el vendedor final responde por una falta de conformidad que le resulta ajena en tanto que, a falta de una disposición como la que estudiamos, le resultaría, por sus condiciones, extremadamente difícil la exigencia del regreso. Reputamos, por tanto, más acertada la Directiva comunitaria que circunscribe de forma clara la legitimación activa al vendedor final.

2.1.1.b) Legitimación pasiva para el ejercicio del regreso

En relación con esta cuestión llama de nuevo la atención la divergencia entre el texto comunitario y la norma nacional de transposición. La Directiva afirma en su artículo 4 que el regreso se podrá ejercitar frente a la acción u omisión "del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario" remitiendo en todo caso la fijación de los sujetos responsables a la legislación de cada Estado miembro. El artículo 124 LGDCU únicamente afirma que se puede ejercer el regreso "*frente al responsable de la falta de conformidad*". En esa tesitura debe analizarse si los sujetos pasivamente legitimados para el regreso frente al vendedor son cualesquiera responsables de la falta de conformidad (incluyendo incluso los terceros ajenos a la cadena de producción y distribución) aun cuando carezcan de vinculación contractual con el vendedor. Podría sostenerse que a falta de pronunciamiento al respecto puede deducirse la voluntad del

legislador de no establecer ningún tipo de restricción en este sentido permitiendo la acción frente a cualquiera de los muchos intervinientes en la cadena de producción y distribución que resulte materialmente responsable de la falta de conformidad. El principal inconveniente de que adolece este sistema, sin embargo, reside en que obligaría al vendedor a realizar una en muchas ocasiones ardua tarea de averiguación y prueba de cuyo éxito dependería la posibilidad de obtener el regreso lo que representa para él una doble penalización (después de haber tenido que responder frente al consumidor) para un sujeto que, como hemos tenido ocasión de apuntar, no siempre se encuentra en las mejores condiciones para asumirla. Un sistema en el que el regreso fuera ejercitable únicamente frente al suministrador con el que el vendedor tiene relación contractual no sólo sería más respetuoso con el principio de relatividad de los contratos sino que, sobre todo, garantizaría la efectividad de la acción de regreso evitando la doble penalización al vendedor[218].

2.1.2. La responsabilidad directa del productor frente al consumidor

[218] VERGEZ, M.: ob. cit. pág. 120 se muestra partidaria de una acción de regreso únicamente ejercitable frente al suministrador con quien el vendedor que se ha hecho responsable de la falta ha contratado directamente permitiendo que, a su vez, este suministrador actúe frente a su suministrador. Pese a la aparente complejidad resulta un sistema más respetuoso con el principio de relatividad de los contratos al tiempo que procura el equilibrio del sistema permitiendo atribuir las consecuencias económicas de la falta de conformidad a su verdadero responsable evitando el indeseable resultado de que esos costes acaben siendo asumidos por el sujeto, que en muchas ocasiones, peores condiciones tiene para hacerlo que es el vendedor del bien.

El artículo 124 del Real Decreto 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias establece lo siguiente:

"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.

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." Se plasma en esos términos la acción directa frente al productor que la directiva comunitaria permite adoptar a los estados en su considerando vigésimo tercero[219] con el fin de conseguir mayores dosis de armonización en la protección del consumidor. Se trata de una medida que cobra especial sentido en el caso de ventas transfronterizas en las que la reclamación ante el vendedor domiciliado en otro Estado puede suponer un importante desincentivo.

[219] No aparece esta medida, sin embargo, en el articulado de la directiva aunque su adopción por parte de los Estados miembros puede entenderse amparada por la habilitación recogida a favor de estos en el artículo 8.2 para adoptar medidas adicionales de protección de los derechos del consumidor.

El artículo 5 de la LGDCU 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 presenta 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*". Se trata de un concepto que, de nuevo se aparta de la Directiva 1999/44/CE en distintos puntos. En primer lugar, en la referencia al productor aparente que en la Directiva se hacía de manera genérica a "*cualquier persona que se presente como productor indicando en el bien de consumo su nombre, su marca u otro signo distintivo*" y que en la norma nacional se detalla de forma innecesaria y carente de efectos cuando se afirma que la inclusión del nombre, marca o signo distintivo en el producto podrá realizarse en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación o servicio. La referencia genérica de la Directiva es igualmente efectiva y mucho más acorde con los parámetros de una correcta técnica legislativa[220]. En segundo lugar, llama la atención la referencia al prestador de servicios que, en el especial ámbito de la falta de conformidad, carece de cualquier sentido en tanto que la garantía se refiere a los bienes muebles y no a los servicios[221]. La última novedad del texto nacional con respecto a

[220] BERCOVITZ-RODRÍGUEZ CANO, R.: "Comentario al artículo 5" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras normas complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 74-77, pág. 75.

[221] Sí existe, sin embargo, la posibilidad de que determinados servicios puedan verse concernidos por la disciplina sobre faltas de conformidad aunque

la Directiva la representa la inclusión del intermediario del fabricante del bien o del prestador del servicio. Se trata de cambios que, aun cuando no revisten demasiada trascendencia práctica, evidencian una mala técnica legislativa y pueden resultar difícilmente justificables bajo un mandato de refundición[222]. Resulta cuestionable la propia conveniencia de formular un concepto general de productor que únicamente resultaría aplicable en la acción directa por faltas de conformidad teniendo en cuenta que el ámbito donde mayor relevancia puede tener la figura del productor tiene un concepto propio (artículo 138 LGDCU sobre daños causados por productos defectuosos)[223].

II. AMBITO OBJETIVO DE APLICACIÓN DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

1. El concepto de bien de consumo

1.1. Planteamiento

en tales casos el servicio no constituye el objeto del contrato sino una mera prestación accesoria y complementaria. Sería el caso de la instalación del bien de consumo adquirido por parte del vendedor o bajo su responsabilidad de la que puedan derivarse faltas de conformidad en el bien objeto de instalación. Pero como decimos, la referencia a un servicio tiene un mero carácter accesorio en tanto que no constituye el objeto principal del contrato de compraventa.

[222] En este mismo sentido se pronuncia BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario al artículo 5", ob. cit. pág. 76.

[223] En este sentido se manifiesta BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario al artículo 5", ob. cit. pág. 77.

La Directiva 1999/44/CE así como la primera norma de transposición de ésta a nuestro ordenamiento jurídico, en un intento por determinar de forma objetiva el ámbito de aplicación de sus respectivos regímenes jurídicos hacen referencia en todo momento al concepto de bien de consumo que la Directiva asimila a un bien corpóreo y la norma inicial de transposición a "*bienes muebles corporales destinados al consumo privado*[224]". El Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias se refiere en todo momento a productos entendidos según el artículo 6 como "*todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código civil*". El cambio de nomenclatura no parece, sin embargo, tener mayores consecuencias en el ámbito que nos ocupa en este momento como se deduce del atento análisis de todas las normas[225].

[224] La alusión al consumo privado a que han de destinarse los bienes que realiza el legislador español carece de sentido alguno puesto que, en primer lugar, se encuentra ínsita en la propia definición del concepto de consumidor como sujeto destinatario de la protección legal que la norma confiere y porque, en segundo lugar, no existe una categoría de bienes destinados al consumo privado autónoma y diferente al resto de bienes. En este sentido, VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 35; MARCO MOLINA, ob. cit. pág. 2286 o AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1069 que considera prescindible la exigencia de que los bienes se destinen al consumo privado.

[225] Al respecto de este cambio de nomenclatura operado por la LGDCU con respecto a la Ley de Garantías BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: "Comentario al artículo 6" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras normas complementarias*, 2ª ed., Madrid, 2015, págs. 77-79, pág. 78 afirma que carece de soporte legal en tanto que excede los ámbitos de la refundición legislativa.

La referencia a los bienes muebles sin más precisiones permite entender incluidos en el ámbito de la norma todos los bienes muebles corpóreos tanto si son fungibles como no fungibles[226], duraderos o no[227], genéricos o específicos, usados e, incluso bienes futuros[228]. Cuestionable resulta la extensión de la protección que la norma confiere a la venta de animales en tanto que, en puridad, no estamos ante bienes muebles pero sí antes de bienes de un tráfico frecuente[229].

Con carácter general[230], los bienes de segunda mano también se consideran incluidos en el ámbito de aplicación de la norma si bien

[226] En el caso de bienes no fungibles la norma realiza las debidas adaptaciones excluyendo la sustitución como remedio aplicable ante la falta de conformidad (artículo 120.g) del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre de 2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias.

[227] En relación con la aplicación de la normativa sobre garantías a los alimentos realiza MARTINEZ VELENCOSO, L. M.: ob. cit. pág. 26-27 un análisis interesante. Según la autora la propia naturaleza de tales bienes, cuyo período de caducidad es en muchos casos inferior a los seis meses, hace difícil que a los mismos se les pueda aplicar el sistema de plazos de la normativa. AVILES GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1070 considera en referencia a algunos bienes duraderos cuyo período de vida útil es inferior al plazo de dos años de garantía marcado por la ley como pueden ser los alimentos, cosméticos, medicamentos y cualesquiera bienes que tengan una duración limitada que los mismos se encuentran claramente incluidos en el ámbito de aplicación de la norma si bien a los mismos habrá de aplicárseles con las debidas adaptaciones "a la naturaleza del bien" especialmente en el momento de ponderar las presunciones que para la aparición de la falta de conformidad maneja la ley.

[228] En este sentido se pronuncia VERGEZ SANCHEZ, M.: ob. cit. pág. 36.

[229] VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 37 aboga, dadas las peculiaridades que presentan los animales y que les hacen difícilmente reconducibles al régimen contenido en la norma sobre garantías, por una normativa específica que pueda atender estas especialidades.

[230] Esa inclusión no afecta a los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que el consumidor haya podido acudir

con las oportunas adaptaciones debidas a su particular naturaleza. Así, la norma excluye la sustitución como un remedio ante la falta de conformidad de este tipo de bienes al tiempo que permite pactar un plazo de garantía inferior al general de dos años aunque en ningún por debajo de los doce meses. El hecho de que la sustitución del bien quede vedada como solución ante una falta de conformidad coloca a la reparación como única alternativa posible, al menos en primera instancia, para el consumidor. El juicio de proporcionalidad de la reparación deberá hacerse en ese caso no por referencia a los costes de la otra forma de saneamiento que, como hemos dicho, ha quedado vetada ni al valor que el bien tendría de no concurrir la falta (pues en el caso de bienes de segunda mano su valor de venta no suele coincidir con el valor intrínseco del bien) sino a la entidad o relevancia de la falta de conformidad de manera que siendo la reparación costosa el consumidor no podrá exigir que el bien sea reparado en caso de faltas de escasa relevancia por concurrir desproporción abriéndosele en ese momento la opción de la rebaja del precio o, caso de faltas de mayor entidad, la resolución del contrato[231].

personalmente (artículo 115.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias, supuesto este que será analizado con posterioridad en esta misma obra.

[231] TAMAYO CARMONA, J. A.: "Ley 23/2003, de 23 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo: régimen de plazos y derechos del consumidor" en REYES LÓPEZ, M. J. (coord.) *La Ley 23/2003, de Garantía de los bienes de consumo: planteamiento presente y perspectivas de futuro*, Navarra, 2005, pág. 220.

Como se ha indicado con anterioridad, los bienes futuros o que hayan de producirse o fabricarse con posterioridad a la celebración del contrato también quedarán incluidos en el ámbito de protección de la norma a la luz de lo dispuesto en su artículo 115.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias. Esta inclusión se hace margen de cualquier consideración acerca de la naturaleza jurídica del contrato en cuestión[232] o de quién realice la aportación de materiales y con el solo ánimo de precisar que para este tipo de bienes la exigencia de responsabilidad al vendedor no procede cuando las faltas de conformidad se derivan de los materiales aportados por el adquirente-consumidor[233]. Cabe considerar, sin embargo, que con esta referencia en el artículo 115 de la norma se está explicitando la voluntad del legislador de incluir en el ámbito de aplicación no sólo los contratos de compraventa sino también los contratos de obra mueble mal llamados de suministro[234] en tanto que contratos traslativos de la propiedad.

[232] La distinción entre el contrato de obra y el contrato de compraventa ha sido largamente tratada en la doctrina. En este sentido tradicionalmente se ha considerado que cuando lo que prima es la obligación de dar así como cuando los materiales del artículo que se debe fabricar los aporta el vendedor estamos ante un contrato de compraventa mientras que cuando lo decisivo es la obligación de hacer o la aportación de materiales se lleva a cabo por el vendedor estamos ante un contrato de obra. VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 36

[233] VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 38.

[234] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 46-47 critica la equiparación que la norma parece hacer entre contrato de suministro y la necesidad de producir

1.2. Bienes excluidos del ámbito de aplicación de la norma

Aplicándose la norma a los productos entendidos como bienes muebles corpóreos destinados al consumo privado quedan excluidos, en consecuencia, los bienes inmuebles[235] así como los

o fabricar los bienes objeto del mismo por considerar que se trata de dos tipos contractuales independientes que, si bien pueden estar relacionados funcionalmente, mantienen su calificación.

[235] Con relación a los bienes inmuebles realiza un interesante análisis TAMAYO CARMONA, J. A.: ob. cit. pág. 218. El autor pone de relieve que la razón por la que durante la tramitación parlamentaria de la Ley de Garantías se decidió no incluir en su ámbito de aplicación a los bienes inmuebles fue que los mismos contaban con una protección más específica contenida en la Ley 38/1999, de 5 de noviembre de Ordenación de la Edificación. El autor pone de manifiesto, sin embargo, que dicha norma sólo se aplica a los inmuebles edificados y no al resto de inmuebles que quedan fuera de su ámbito y para los cuales rige la normativa del Código civil que dispone unos plazos mucho más breves para la aparición de los defectos y que además carece de la presunción, que sí contiene la Ley de Garantías, de que las faltas de conformidad aparecidas en los seis primeros meses desde la entrega se entienden como defectos de origen. Considera asimismo el autor que la protección otorgada para los defectos de acabado o terminación es menor a la que tendrían caso de ser incluidos en el ámbito de la normativa sobre garantías.

Por último se plantea el autor si la exclusión de los inmuebles lo es de todos los inmuebles o únicamente de los inmuebles por naturaleza cuestión a la que REYES LÓPEZ, M. J.: "Las garantías del consumidor ante el mercado de bienes de consumo" en REYES LÓPEZ, M. J. (coord.): *La Ley 23/2003, de Garantía de los bienes de consumo: planteamiento de presente y perspectivas de futuro*, Cizur Menor, 2005, págs. 155-209, pág. 162 contesta considerando, con base en los datos suministrados por el Instituto Nacional del Consumo, que el régimen de garantías sí que resultará aplicable a los bienes muebles de consumo que vengan anejos a un inmueble junto al cual se venden como el caso de determinados bienes que forman parte de la vivienda como accesorios o con carácter decorativo siempre que se destinen a la prestación de servicios que no tienen el carácter de servicios generales de la vivienda (suministro de agua, electricidad, gas, etc., considerados por la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación como "elementos de la edificación"). En idéntico sentido se pronuncia también AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1072 para quien, pese a que a la luz del artículo 334.5 del Código civil se podrían calificar como bienes inmuebles por destino, la normativa sobre garantías resulta claramente aplicable.

bienes inmateriales[236] y los servicios[237]. Expresamente excluidos se declaran también el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas, así como la electricidad.

En relación con esta exclusión de bienes inmateriales alguna polémica ha planteado la exclusión de la electricidad que realiza la norma. El problema no se plantea tanto en relación a la exclusión de la electricidad *per se* comprensible en tanto que bien de naturaleza no corpórea, sino en relación a la exclusión de la electricidad acumulada o incorporada a soportes de carácter mueble como baterías o acumuladores y, por ende de cualquier bien inmaterial incorporado a un soporte físico, que parece deducirse *sensu contrario* de la referencia

En relación con la protección que haya de darse a aquellos defectos de construcción aparecidos en la vivienda que no entran dentro del ámbito de protección de la Ley de Ordenación de la Edificación (por no tratarse de viviendas de nueva construcción o de reformas que alteren la configuración inicial de la vivienda) y a los que, en principio, resulta aplicable la disciplina sobre vicios ocultos de nuestro Código civil, AVILÉS GARCÍA reclama la aplicación de la garantía legal recogida por el artículo 11.2 de la entonces vigente Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios así como la normativa sobre garantías en tanto que la vivienda es considerada como un bien duradero protegido por la garantía de consumo y mantenimiento recogida en tales preceptos.

[236] Cuya exclusión cuando se encuentran incorporados a un soporte físico (ej.: electricidad incorporada a una pila o un programa de ordenador incorporado a un CD) es criticada por VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 36.

[237] A excepción de la prestación de servicios que supone la instalación del bien cuando la misma estuviese incluida en el contrato de adquisición del bien que necesita de tal instalación (vid. Artículo 116.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias. En idéntico sentido se pronuncia AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1070.

que la norma hace a la inclusión del agua y el gas "*cuando estén envasadas para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas.*" Tal exclusión de la electricidad no parece estar justificada a la vista del espíritu de la norma y del carácter masivo con que tales productos se comercializan así como la previa inclusión del agua y el gas cuando se encuentran envasados[238].

Algunos otros bienes quedan excluidos del ámbito de aplicación de la norma no en atención a su naturaleza y características sino por el hecho de que el negocio jurídico por el que han sido adquiridos no responde a la tipología de contratos de adquisición sobre los que la Ley pretende incidir[239]. Es el caso de los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores pueden acudir personalmente o de los bienes adquiridos mediante venta judicial excluidos expresamente del ámbito de aplicación de la norma por el artículo 115.2 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre por el que se aprueba

[238] VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit., pág. 36 también reivindica esa inclusión para otros bienes inmateriales incorporados a bienes corpóreos como los programas de ordenador recogidos en un CD; TAMAYO CARMONA, J. A.: ob. cit. pág. 215 quien además apunta a la consideración de producto que la electricidad tiene a los efectos de aplicación a la misma del régimen de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos; AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1071 quien trae a colación una de las últimas modificaciones operadas por el legislador en el Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza con la intención de introducir en ese catálogo al *software*.

[239] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 43.

el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras normas complementarias.

III. ÁMBITO NEGOCIAL DE APLICACIÓN DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

De las disposiciones de la Directiva 1999/44/CE y de la normativa actualmente vigente parece deducirse de forma clara que el negocio jurídico en el que el legislador ha pensado primordialmente es el de la compraventa[240].

En la medida en que la norma no realiza precisiones adicionales sobre este tipo negocial puede entenderse que entran bajo su ámbito de aplicación, con las debidas adaptaciones en cada caso, 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 de saldos, ventas en liquidación, ventas con obsequio, ofertas de venta directa) como las especiales (ventas a distancia, venta automática, venta ambulante, venta en pública subasta)[241].

1. La posible extensión del régimen más allá de la compraventa

[240] VERGEZ SANCHEZ, M.: ob. cit. pág. 30; AVILES GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1068; REYES LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 160; CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 42; etc.

[241] VEGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 31 se muestra partidaria de esta inclusión así como AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1068.

Cabe plantearse si la obligación de conformidad con el contrato no debería extender su aplicación a todos aquellos contratos en los que la obligación de entrega ocupe, como en el caso de la compraventa, un papel determinante como podría ser el caso de la permuta, el suministro de bienes y, en general, aquellos contratos que sirvan para la adquisición de bienes entendida en un sentido amplio[242]. En el ordenamiento italiano se ha procedido en este sentido

[242] En este sentido se pronuncia VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 31 quien hace referencia, además, al intento que hubo durante el proceso de elaboración de la norma española de incluir en su ámbito negocial de aplicación todo tipo de contratos por los que se suministren bienes al consumidor incluidos la permuta o, incluso, los contratos de alquiler.

La autora va más allá con sus planteamientos y considera que el principio de conformidad con el contrato debiera trascender la aplicación a las concretas relaciones contempladas en la ley para pasar a ser un concepto mucho más funcional y flexible, como recomiendan los Principios del Derecho Europeo de Contratos y los Principios UNIDROIT, el eje que vertebre la disciplina del cumplimiento e incumplimiento contractual en nuestro ordenamiento previa reforma de muchos de los postulados ya obsoletos sobre los que se asienta. También partidarios de la ampliación se muestran CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 47 o AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1068 quien interpreta en ese sentido la inclusión que realiza la norma española de los contratos de suministro de bienes que hayan de producirse o fabricarse. Según el autor, el término suministro no ha de ser interpretado en sentido técnico sino como aplicable a todas aquellos supuestos en los que se persiga la adquisición futura de un bien de determinadas condiciones por el consumidor (sometidas, eso sí, a un especial régimen de responsabilidad cuando la falta de conformidad se deriva de los materiales aportados por el propio consumidor adquirente). A la opinión sostenida por estos autores nos adherimos plenamente reclamando la generalización, con las debidas adaptaciones en cada caso, a todos aquellos contratos onerosos en los que exista obligación de entregar un bien del principio de conformidad con el contrato como una solución sencilla y dinámica que permite superar el problema de los vicios ocultos. Solución aplicable a los contratos ya citados y a cualesquiera otros que entrañen entrega de bienes como es el caso de la remuneración en especie de ciertos productos financieros que tan frecuentemente realizan las entidades bancarias a las que también resultaría, en nuestra opinión, aplicable el régimen jurídico referido si bien, insistimos, con la debidas adaptaciones derivadas de la especial posición que ocupa la entidad bancaria que *stricto sensu* no puede considerarse vendedor a los efectos de la Ley.

ampliando notablemente la base negocial de aplicación de la normativa sobre garantías considerando incluidos en su ámbito de aplicación, además del contrato de compraventa, los contratos de permuta, de suministro así como los de obra y todos aquellos contratos que de cualquier modo se dirigen al abastecimiento de bienes de consumo que haya que fabricar o producir (art. 1519 bis del *Codice civile*).

2. Contratos excluidos

Se excluyen del ámbito de aplicación de la norma, sin embargo, determinadas operaciones de compraventa que, por las circunstancias en las que se desenvuelven, no han sido consideradas por el legislador como merecedoras de la especial protección que la norma confiere. Se trata de las ventas judiciales de bienes de consumo y de las adquisiciones de bienes de segunda mano verificadas en subastas administrativas a las que el consumidor puede asistir personalmente.

2.1. Ventas judiciales

En el primer caso, el de las ventas judiciales, la exclusión que el legislador español realiza plantea, en primer término, un problema de interpretación de lo que haya de entenderse por venta judicial pues de la extensión con que se considere este término dependerá la cobertura de buen número de supuestos[243]. Esta exclusión contrasta

[243] VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 41 se muestra partidaria de una interpretación estricta del concepto de venta judicial en tanto que supuesto

con la declaración contenida en el artículo 1489 de Código civil que, excluyendo la indemnización por daños y perjuicios, declara aplicable a tales operaciones de compraventa el resto de normas sobre vicios ocultos, contradicción esta que evidencia la necesidad urgente de una reforma de la normativa sobre el contrato de compraventa y, por ende, de la regulación general de los contratos. Las razones por las que esta exclusión se realiza pueden estar en la dificultad técnica que supondría considerar como vendedor, y por ende responsable de las faltas de conformidad del bien, al titular ejecutado en la medida que la venta realiza en contra de su voluntad o al propio acreedor instante de la ejecución en la medida en que carece de cualquier relación con el bien[244].

2.2. Subastas administrativas a las que el consumidor pueda acudir personalmente

Junto a las ventas judiciales otro de los negocios jurídicos que la norma deja fuera de su ámbito de aplicación es el de adquisición de

restrictivo de las especiales medidas de protección de la norma. AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1074 circunscribe la aplicación de esta exclusión a aquellas ventas que se realizaran con la intervención de la autoridad judicial acomodándose a los trámites exigidos por la legislación específica reguladora del procedimiento en cuestión.

CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 44 considera la exclusión poco justificada teniendo en cuenta que la normativa sobre garantías establece en determinadas circunstancias la responsabilidad directa del productor medida que, de haberse incluido este tipo de negocios en el ámbito de protección de la ley, hubiese podido ser ejercitada por el consumidor que adquiere estos bienes que, de otro modo, queda "abandonado" a la protección conferida por el Código civil.

[244] MARCO MOLINA, ob. cit. pág. 2285.

bienes de segunda mano en subastas administrativas a las que el consumidor pueda acudir personalmente. Opta el legislador español por la opción más restrictiva de las que la directiva confería a los Estados miembros en su artículo 1.3, restricción que no ha sido, sin embargo, adoptada en otros ordenamientos jurídicos como el italiano donde este tipo de adquisiciones caen dentro del ámbito de aplicación del régimen jurídico de las garantías en la venta de bienes de consumo. El principal problema que suscita esta limitación es el derivado de la interpretación de lo que haya de entenderse por subasta administrativa[245] teniendo en cuenta que el adjetivo de "administrativa" resulta una adicción del legislador español que nunca figuró, sin embargo, en la directiva comunitaria que, según se desprende de los trabajos preparatorios y de debate de la misma, siempre tuvo en mente la consideración más simple de una subasta pública en el sentido de publicitada y a la que los consumidores puedan acudir de forma personal[246].

[245] VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 43 identifica estas subastas con las recogidas en el artículo 56 de la Ley 7/1996, de Ordenación del Comercio Minorista a cuyo tenor "*La celebración de una pública subasta consiste en ofertar, pública e irrevocablemente, la venta de un bien a favor de quien ofrezca, mediante el sistema de pujas y dentro del plazo concedido al efecto, el precio más alto por encima de un mínimo, ya se fije éste inicialmente o mediante ofertas descendentes realizadas en el curso del propio acto*".

[246] GÓMEZ POMAR, F.: Directiva 1999/44 sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica, *InDret*, nº 4, 2001, págs. 1-32, pág. 15 considera que tal referencia de la directiva comunitaria se hacía en relación a las subastas de objetos de arte y antigüedades a los que por sus características difícilmente resultan aplicables muchos de los remedios específicos recogidos por la directiva y no tanto por consideración al tipo concreto de negocio jurídico por el que tales bienes se adquirieron. En el caso de los obras de arte la función de reducción del riesgo del

En cualquier caso lo que sí queda claro es que la celebración de una subasta como procedimiento específico de celebración de un contrato de compraventa no es por sí misma suficiente para excluir la aplicación de la norma sino que, como en ella se indica, se exige la concurrencia adicional de dos requisitos como son la condición de usados de los bienes adquiridos y la posibilidad de asistencia personal por el consumidor adquirente[247]. También puede extraerse la conclusión de que, a excepción de este tipo de subastas, a todas las demás que carezcan de la condición de administrativa les serán aplicables las especiales medidas de tutela en materia de garantías[248].

producto que a juicio del autor desempeña la garantía no tiene sentido en la medida que los vendedores de las obras nada pueden hacer para mejorarlas. Tal interpretación resulta, sin embargo, incompleta en tanto que serviría para explicar la exclusión de ese específico tipo de bienes de segunda mano pero no la de otros muchos como por ejemplo, los vehículos. AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1074-1075 considera que se tratará de subastas en las que el anunciante o el subastante será un ente de titularidad administrativa y la citada subasta deberá realizarse conforme al procedimiento administrativo legalmente establecido para ello.

[247] Como recoge AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1075 la exclusión de estas subastas carece de sentido siendo deseable una mayor precisión técnica del legislador que hubiese circunscrito el ámbito de exclusión a las subastas referidas en los artículos 56 a 61 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista para las que se determina que *"la empresa subastadora responderá solidariamente con el titular del bien subastado por los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, cuando hubiese incumplido las obligaciones de información que le impone el artículo 58 de la presente ley*" referidas a la necesidad de ofrecer una descripción "*veraz de los objetos, con identificación de si sus cualidades son ciertas o, simplemente, supuestas o adveradas por un determinado experto*".

[248] AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1075

CAPÍTULO III

EL PRINCPIO DE CONFORMIDAD DEL BIEN CON EL CONTRATO

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 116 LGDCU, tributario del artículo 2 de la Directiva 1999/44/CE, se refiere a la técnica de la falta de conformidad con el contrato en torno a la que pivota la nueva regulación de la garantía en las compraventas de consumo[249]. En verdad, no estamos sino ante la reformulación de una de las clásicas obligaciones a cargo del vendedor puesto que, aunque no de forma explícita, los códigos ya manejaban un concepto muy próximo a la falta de conformidad[250].

El principio de conformidad con el contrato dispensa un tratamiento unificado a las más importantes situaciones de patología en el cumplimiento de la obligación poniendo fin a la dispersión y falta de coordinación de que adolecía nuestro ordenamiento jurídico que disponía acciones de muy diversa índole para cada situación:

[249] MARÍN LÓPEZ, M. J.: Disposiciones generales sobre garantía de los productos de consumo en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 2ª edición, Cizur Menor, 2015, págs. 1651-1837, pág. 1685 afirma que el legislador comunitario asumió la idea de la falta de conformidad tras constatar la existencia de importantes diferencias el concepto de incumplimiento contractual en los diferentes Estados miembros, situación particularmente difícil en aquellos ordenamientos que, como el nuestro, conservan una dualidad de régimen que distingue el incumplimiento y la responsabilidad por vicios ocultos de la cosa vendida.

[250] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 45-46 afirma que tanto los artículos 1484 y ss. del Código civil al afirmar que el vendedor debe entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato como los artículos 336 y 342 del Código de comercio que permiten al comprador optar por la rescisión del contrato o por su cumplimiento "*con arreglo a lo convenido*" permiten afirmar que los códigos manejan implícitamente el concepto de la falta de conformidad

vicios ocultos, defectos de cantidad, *aliud pro alio*, supuestos de error en el consentimiento, etc.[251]

La responsabilidad del vendedor por las faltas de conformidad se configura de forma objetiva al margen de su mayor o menor nivel de diligencia y del conocimiento previo que tuviera de la misma de forma que cualquier falta de conformidad manifestada en el plazo de dos años a contar desde la entrega del bien hará surgir la responsabilidad[252].

II. CONCEPTO DE FALTA DE CONFORMIDAD[253]

La LGDCU no proporciona, aunque hubiera sido deseable, un concepto de lo que deba entenderse como conformidad del bien con el contrato pero una interpretación sistemática permite afirmar que ésta se produce cuando existe una plena correspondencia entre el objeto entregado y las condiciones expresamente pactadas en el contrato o bien las condiciones que, por ser comunes y definitorias

[251] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 48 se refiere al carácter omnicomprensivo del concepto de falta de conformidad

[252] MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1698.

[253] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 67 pone de manifiesto la relativa novedad, que reduce al puro ámbito terminológico, de la técnica de la falta de conformidad que, si bien no aparece en los códigos, sí que formaba parte de nuestro derecho mediante la adhesión a instrumentos internacionales como la Convención de Viena. Se trata, no obstante, de una terminología propia de los países anglosajones que se aparta de forma notable de la tradicionalmente empleada en los ordenamientos de raíz latina como el francés, italiano o español. Afirma la autora que pese a la novedad terminológica el concepto de la falta de conformidad resulta muy próximo a otros expedientes propios de nuestro ordenamiento como el exacto cumplimiento de las obligaciones o del pago liberatorio, en definitiva a la plena correspondencia entre prestación programada y prestación ejecutada.

del tipo de bien, no se incluyeron en el pacto expreso por resultar presupuestas. *Sensu contrario* todos los casos en que la cosa entregada no se ajusta a tales condiciones pueden constituir un supuesto de falta de conformidad y dar lugar al ejercicio de las oportunas acciones siempre que la falta tenga su origen en las condiciones originarias del bien o en su incorrecta instalación cuando ésta se verifique en determinadas condiciones.

El concepto legal de la falta de conformidad abarca tanto los vicios ocultos del artículo 1484 C.c. como cualquier otra desviación del programa prestacional o, en términos del artículo 1101 del Código civil, cualquier contravención del tenor literal de las obligaciones[254]. Se entienden comprendidos en la definición los defectos de calidad, de cantidad[255], la inadecuación del bien para el uso especial requerido

[254] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 67 afirma que pese a que este artículo se refiere a la indemnización por daños y perjuicios también se emplea habitualmente para como base para articular un amplio concepto del incumplimiento contractual como cualquier contravención del programa prestacional acordado por las partes. En la pág. 72 afirma la autora que con el concepto de conformidad quedan cubiertas las pequeñas deficiencias que, sin afectar el uso del bien, no tienen por qué ser toleradas por el consumidor, deficiencias que habrían quedado al margen de cualquier responsabilidad con la aplicación del artículo 1484 C.c. y saluda positivamente el ensanchamiento en la protección del consumidor que representa.

[255] En cuanto a la falta de cantidad MARIN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1687 la considera como un supuesto de falta de conformidad aunque se ve forzado a admitir que "*no tienen sentido la reparación y la sustitución, salvo que esta última expresión se entienda en el sentido de que debe reemplazarse la prestación ejecutada por la pactada en el contrato*". VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 71 afirma que la falta de cantidad no ha sido recogida de forma expresa ni en la norma nacional ni en la norma comunitaria debido a la poca trascendencia que tiene en las ventas de consumo pero que, no obstante, no habría inconveniente en considerar la falta de cantidad como un supuesto de falta de conformidad encuadrable en el artículo 116.c) [la autora se refiere al artículo 3.d)

por el consumidor o incluso los supuestos de *aliud pro alio*[256] en definitiva cualquier manifestación de incumplimiento o cumplimiento defectuoso[257].

En este punto cabe preguntarse si determinadas vicisitudes que inciden en el desenvolvimiento de la prestación por parte del vendedor pueden ser calificadas como falta de conformidad. En

de la Ley 23/2003, vigente en el momento de realizar estas afirmaciones] "*si el comprador ha hecho referencia a este requisito y el defecto es realmente relevante*" tal y como ha hecho el BGB alemán

[256] Así lo entiende MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1700 y CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 67.

[257] MARÍN LÓPEZ, J.M. ob. cit. pág. 1688 considera la ausencia de embalaje o la inadecuación del mismo como un supuesto más de falta de conformidad. A nuestro juicio dicha afirmación ha de ser matizada a la vista de la relación de accesoriedad que el embalaje desempeña respecto de la mercancía principal objeto de adquisición. El embalaje tiene la sola función de asegurar la conservación del objeto en óptimas condiciones durante todo el proceso de almacenaje y distribución hasta la entrega al comprador y, salvo casos muy excepcionales, no constituye el objeto principal de la adquisición sino que guarda con este una pura relación mediática. La falta de conformidad consecuencia de un embalaje inapropiado o dañado no deriva tanto de la propia circunstancia del defecto en el embalaje sino de las consecuencias negativas que éste haya podido tener sobre el objeto embalado pero no tiene entidad por sí misma para activar los mecanismos de protección previstos ante la falta de conformidad de suerte que, aun siendo el embalaje inapropiado o inexistente, no podría el comprador interponer ninguna de las acciones si el bien no ha sufrido menoscabo ni pérdida alguna por más que el embalaje no se encuentre en óptimas condiciones en el momento de la entrega (de hecho es relativamente frecuente que en el momento de la entrega el embalaje presente ciertos menoscabos producto de las labores de manipulación y transporte pero que en la medida en que no afectan al objeto embalado no surten ningún tipo de efecto). Lo relevante siguen siendo, pues, las condiciones que presente el bien cuando el mismo es entregado y sólo cuando el bien haya llegado en un mal estado de conservación a consecuencia de un embalaje inapropiado cabe instar las acciones de restauración de la falta de conformidad. Como decimos, el embalaje no suele constituir el objeto principal de la compraventa pero, incluso en el caso de que lo fuera, los daños que este pudiera presentar serían constitutivos de falta de conformidad porque afectan al objeto principal del contrato, que esta vez es el embalaje. Nuestra misma línea argumental es sostenida por AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1083.

primer lugar nos referiremos a los casos en los que la entrega no se llega a producir o lo hace de forma tardía. Como tuvimos ocasión de analizar en la primera parte de este trabajo, las obligaciones de entrega y saneamiento (de la que trae causa el principio de conformidad), pese a su interdependencia funcional, se configuran de forma autónoma en nuestro derecho que las sitúa en dos planos netamente diferentes dotados de su propio régimen jurídico[258] de tal manera que las patologías relativas a la entrega deberán quedar al margen del principio de conformidad. Quien no entrega o lo hace de forma tardía no incumple otra obligación que la de entrega por mucho que esta constituya el presupuesto para el cumplimiento de la obligación de saneamiento[259]. A la misma conclusión nos lleva el

[258] En el caso de ausencia total de entrega procederá instar las acciones en materia de incumplimiento contractual del artículo 1124 C.c. que facultan al comprador perjudicado bien a instar el cumplimiento del contrato bien su resolución con la indemnización de daños y perjuicios en ambos casos; en el caso de prestación tardía resultarán aplicables las acciones del artículo 1101C.c. en cuya virtud el vendedor, amén de seguir obligado a realizar la prestación (salvo casos en los que el término fuera esencial lo que habilitaría el recurso al artículo 1124 C.c.), deberá indemnizar los daños y perjuicios que el retraso a él imputable haya irrogado al comprador y, por último en el caso de prestación defectuosa se prevé la facultad de rehúse del comprador (art. 1166 C.c.) así como la posibilidad de instar las acciones generales en materia de incumplimiento

[259] MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1700 excluye expresamente del ámbito de la falta de conformidad los supuestos de entrega tardía y de ausencia de entrega. MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1688 manifiesta que la falta de entrega y el cumplimiento tardío no constituyen supuestos de falta de conformidad en base a las siguientes razones: a) que el plazo del artículo 123 LGDCU establece como *dies a quo* el momento de la entrega lo que da por supuesto que esta se ha materializado b) que los remedios por falta de conformidad no resultan apropiados a los casos de ausencia de entrega (porque no hay nada que reparar ni sustituir ni cabe una rebaja en el precio) ni, añadimos nosotros, en el caso de prestación tardía porque antes de que esta se rectifique lo que hay es un supuesto de falta de prestación y, una vez se ejecute, siquiera tardíamente, ya hay un supuesto de pleno cumplimiento al que de nuevo no resultan aplicables los

análisis de las presunciones de conformidad del propio artículo 116 todas ellas referidas a las condiciones del bien que requieren para su correcta valoración de la previa entrega de éste.

La segunda de las cuestiones a las que cabe hacer referencia es la posibilidad de que los vicios de contenido jurídico puedan ser considerados como faltas de conformidad y, particularmente, los supuestos de pérdida de la cosa por evicción o el padecimiento de gravámenes ocultos. Nuevamente argumentos de sistemática nos conducen a negar tal posibilidad en tanto que la evicción cuenta con su propio régimen jurídico que, por lo demás, no se ve afectado por la incorporación a nuestro derecho del principio de conformidad (el artículo 117 LGDCU únicamente refiere la incompatibilidad de las normas sobre conformidad al régimen de saneamiento lo que es tanto como afirmar que el resto de normas no quedan afectadas por el nuevo régimen). De nuevo nos encontramos, además, con que los remedios previstos para la falta de conformidad no se acomodan en absoluto a los supuestos de evicción puesto que, una vez perdida la cosa, carece de cualquier sentido la reparación, la sustitución o la rebaja del precio quedando como único remedio el de la resolución

remedios de los artículos 118 y ss. LGDCU. Al igual que es unánime la consideración de que la regulación del saneamiento por vicios del Código civil (a la que, por cierto, viene a actualizar la de la LGDCU que ahora estudiamos) presupone la entrega del bien pues sólo desde ese momento es posible que el comprador realice pueda tener constancia de los defectos, la misma conclusión ha de inferirse en el presente supuesto.

del contrato cuyos efectos ya dispensa al comprador el artículo 1478 C.c. al establecer que en caso de evicción el vendedor deberá restituir al comprador el precio pagado, los frutos (cuando la sentencia de evicción ordene su restitución al propietario vencedor), los gastos del contrato, los gastos del pleito así como los daños y perjuicios si el vendedor actuó con mala fe. Cuando la cosa se pierde por evicción no ha lugar al análisis de las condiciones de conformidad porque falta el sustrato material al que referir dicho análisis que es la propia cosa[260]. Una valoración diferente ha de darse a los supuestos de incumplimiento de las exigencias legales o reglamentarias que impiden el uso del bien[261].

1. Criterios de determinación de la falta de conformidad. Las presunciones de conformidad del artículo 116 LGDCU

1.1. Planteamiento inicial

[260] VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 51 apunta en esa misma dirección cuando afirma que el tema tiene un significado diferente a la falta de conformidad y que, además, cuenta con regulación propia en el artículo 85 C. de c.

[261] MARTIN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1700 cita como ejemplo la SAP Madrid de 7 de mayo de 2007 (AC 2007\1248) en la que se declara la falta de conformidad de un vehículo que por su diseño no cumplía las normas sobre emisión de gases lo que hacía el vehículo administrativamente inhábil pese a que la conducción (considerada desde el mero punto de vista material) era posible.

Aquilatada la noción de conformidad con el contrato en torno a la idea del exacto cumplimiento del contrato, es momento de analizar la forma en que el artículo 116 se refiere a la conformidad del bien con el contrato. Consciente de la dificultad que entraña la formulación de un concepto unívoco de aplicación universal a cualquier tipo de bien y circunstancia, el legislador comunitario decidió emplear la técnica presuntiva para la fijación de los parámetros de conformidad estableciendo unos supuestos suficientemente abiertos como para resultar aplicables en la generalidad de casos. El establecimiento de una presunción tiene el doble objetivo de predeterminar y hacer más sencillo el análisis de conformidad así como aligerar la carga probatoria que debe desplegar el consumidor. Como tendremos ocasión de analizar, en las presunciones de conformidad se legalizan como criterios de determinantes de la conformidad las exigencias más frecuentemente demandadas en la práctica con la adquisición de un bien como son la aptitud de uso o la acomodación a las características de la oferta. De esa forma se consigue diluir la dificultad que el análisis abstracto de conformidad podría tener en ciertos casos y el peso de la carga probatoria exigible al comprador-consumidor desplazando al vendedor, que por su condición de profesional será quien esté en mejores condiciones de asumirla, la carga de la prueba que permita acreditar que el bien entregado satisface las presunciones.

1.2. El carácter eminentemente contractual de los criterios de conformidad

Con arreglo a lo dispuesto por el considerando octavo de la Directiva 1999/44/CE se trata de criterios aplicables "*a falta de cláusulas contractuales concretas, así como cuando se aplique la cláusula de protección mínima*" y en todo caso "*esta presunción no limita el principio de libertad contractual de las partes*". Quiere decirse con ello que las presunciones de conformidad serán aplicables supletoriamente en aquellos casos en los que las partes no hayan establecido ningún tipo de pacto al respecto y que la fuente primigenia de los criterios de conformidad es la voluntad de las partes[262]. En ausencia de pactos o

[262] La norma nacional no contiene, sin embargo, una expresa alusión al carácter supletorio que los criterios legales de conformidad ocupan con respecto a las condiciones pactadas por las partes. El recurso a los contenidos contractuales representa, por tanto, la primera fuente para analizar la conformidad de la prestación realizada. Pero, sin embargo, es frecuente que en la adquisición de bienes de consumo ordinario y escaso valor la negociación apenas exista de forma que faltaría ese elemento de contraste que representaría el propio contrato. Vid. CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 77. MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. págs. 1690 y 1692 así lo reconoce al afirmar que los criterios legales de integración del contrato del artículo 116 LGDCU juegan en defecto de pacto entre las partes. El autor reclama una referencia expresa en el artículo 116 a esta libertad de las partes para desplazar o modalizar las presunciones de conformidad. Estando de acuerdo en que tal referencia hubiese sido clarificadora, sin embargo, no la consideramos estrictamente necesaria en la medida en que puede entenderse ínsita en las propias presunciones, algo que el mismo autor reconoce párrafos más arriba cuando afirma que las presunciones legales de conformidad no hacen sino sentar una presunción de acuerdo contractual con el contenido que recogen. Y es que, efectivamente, las presunciones parten de la consideración de que las partes han querido que el bien tenga una serie de características que son las que se consagran como presunciones (aptitud de uso ordinario o especial, adecuación a la descripción realizada por el vendedor, a las declaraciones publicitarias, etc.). VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 51 también reconoce que los criterios legales de conformidad actúan en defecto de pacto entre las partes y como cláusulas de protección mínima. Las partes pueden establecer otros criterios o, aplicando los criterios legales, realizar matizaciones especiales sobre la apariencia de los bienes o sobre la existencia de defectos menores. El establecimiento de pactos sobre la conformidad del bien no presenta, en principio, problemas aunque debe realizarse en el marco de las normas en materia de condiciones generales de la contratación y cláusulas predispuestas. En esa

en aquellos puntos en los que el pacto entre las partes no se haya producido será necesario disponer de criterios conforme a los cuales integrar el contenido prestacional con arreglo al cual realizar el análisis de conformidad. A tal fin dispone la norma de una serie de criterios legales por referencia a los cuales se puede realizar dicho análisis[263]. El hecho de que estos criterios actúen en defecto de pacto de las partes hace que no sean los únicos aplicables para la determinación de la falta de conformidad puesto que la misma puede

misma línea se sitúa también MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1701 al afirmar que los pactos entre las partes prevalecen frente a los criterios de conformidad. Reconoce que la concreción legal de los casos en que debe considerarse que un producto adolece de una falta de conformidad constituye una medida legal necesaria y particularmente útil dado que normalmente la adquisición de productos de consumo no va acompañada de pactos sobre las cualidades o prestaciones de los bienes. AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1076 se sitúa en la misma línea cuando afirma que la falta de conformidad depende de la autonomía de la voluntad que es la que delimita la obligación de entrega que pesa sobre el vendedor.

[263] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 80-82 aclara que no todos los criterios enunciados por el artículo 116 LGDCU cumplen una estricta función supletoria de la declaración de voluntad de las partes sino que algunos de ellos únicamente precisan o aquilatan declaraciones de voluntad que dan por supuestas. Es el caso del criterio contenido en la letra a) del precepto en el que se hace referencia a la descripción realizada por el vendedor por sí mismo o mediante la exhibición de una muestra o modelo. En ese caso, sí que existe un acuerdo entre las partes en la medida en que tales declaraciones contaron con el consentimiento o la anuencia del comprador. También sería el caso del criterio contenido en la letra c) referido al uso especial al que se quiere destinar el bien. El propio artículo exige que ese uso se haya comunicado al vendedor con carácter previo a la conclusión del contrato y que éste haya aceptado lo que no es sino la referencia inequívoca al hecho de que existe pacto entre las partes. Realmente, los únicos criterios de conformidad que resultan *stricto sensu* supletorios de la voluntad de las partes serían los de las letras a) y d) referidos al uso ordinario al que se destinan los bienes del mismo tipo y las características que a través de la publicidad se han atribuido a ese bien.

derivarse también de la inadecuación a las específicas previsiones contractuales que, en su caso, hayan acordado las partes[264].

1.3. Ordenación de los criterios

Según el considerando octavo de la Directiva 1999/44/CE "*los elementos mencionados en la presunción son acumulativos*". Nuestra norma hace referencia a la aplicación cumulativa cuando refiere que los bienes serán conformes con el contrato cuando cumplan todos los criterios de conformidad. No obstante, cuando alguno de los criterios no resulte aplicable por las circunstancias del caso o porque las partes así lo hayan establecido no será tenido en cuenta para el análisis de conformidad[265].

Aun cuando los criterios de conformidad se enumeran sin establecer jerarquización o jerarquía alguna entre ellos más allá de la derivada de su propia aplicabilidad al caso concreto, lo cierto es que cuando se procede a realizar el análisis de conformidad del caso concreto algunos serán aplicables de forma preeminente frente al resto. Así, cuando se ha pactado el sometimiento del bien a un uso especial se tendrá que analizar con carácter prioritario si el bien es

[264] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 84 afirma que en ausencia de pactos entre las partes los únicos criterios con arreglo a los cuales debe valorarse la falta de conformidad serán los criterios legales del artículo 116 que actuarían entonces como *numerus clausus* de supuestos de falta de conformidad. Sin embargo, cuando exista pacto entre las partes la falta de conformidad se derivará de la acomodación a tales pactos.

[265] AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1076 se refiere también al carácter cumulativo de los criterios de conformidad.

apto para satisfacer tal uso o, si la compraventa se ha realizado sobre muestra o modelo, habrá de tenerse en cuenta esta circunstancia de forma preeminente con relación a otras como la descripción que por otros medios haya podido realizar el vendedor. Esta interpretación resulta mucho más acorde con el sustrato convencional o subjetivo que en el fondo tienen las presunciones de conformidad[266].

Los criterios legales de conformidad se disponen siguiendo una técnica presuntiva en cuya virtud y salvo prueba en contrario se entenderá que el cumplimiento de todos los criterios determina la conformidad del bien con el contrato. Cabe plantearse el sentido de esta presunción. ¿Se trata de una presunción que exonera al vendedor de cualquier actividad probatoria obligando al comprador a que demuestre que el producto entregado no cumple con los criterios legales de conformidad o, en su caso, con los pactos fijados por las partes? ¿O debe ser el vendedor quien, una vez alegada la falta de conformidad ha de probar el cumplimiento de los criterios de conformidad? La primera de las opciones no resulta en absoluto acorde con la finalidad tuitiva de la norma en tanto que atribuye una actividad probatoria en ocasiones de muy difícil cumplimiento a la parte débil de la relación contractual exonerando a la parte que en

[266] En ese sentido se manifiesta CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 85 para quien el hecho de que los criterios se puedan presentar en un determinado orden responde no tanto a la naturaleza de los mismos como a la propia conveniencia del consumidor. En este mismo sentido se pronuncia MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1691. AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1077 considera preferible no establecer jerarquización entre los criterios de conformidad puesto que la casuística es muy rica lo que hace inapropiado establecer apriorismos.

mejores condiciones podría desarrollar esa actividad. Sin embargo, la segunda interpretación resulta más defendible en la medida en que establece una distribución más razonable de la carga de la prueba entre las partes. El consumidor únicamente deberá alegar que el bien no es conforme con el contrato ante lo cual será el vendedor quien deba demostrar que tal alegación es infundada en tanto que el bien se ajusta a las previsiones legales o contractuales de conformidad[267]. En cualquier caso, las dudas se derivan de la muy criticable formulación que realiza el legislador comunitario del artículo 3.1 de la Directiva 1999/44/CE del que trae causa el artículo 116 LGDCU que no hace sino distorsionar lo que con seguridad fue el ánimo de una disposición impregnada por el carácter tuitivo de la norma en que se inserta. Hubiese sido deseable una formulación inversa que considerara que el bien no es conforme con el contrato salvo que el vendedor pruebe que cumple con los criterios enunciados. De esa forma quedaría meridianamente clara la posición de vendedor y

[267] Esta interpretación es sostenida, a nuestro entender con acierto, por CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 89. MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1690 afirma que lo que tiene que probar el vendedor no es que el bien se acomode a las presunciones de conformidad sino que alguna de ellas no resulta aplicable al caso concreto. Consideramos esta interpretación fruto de una equívoca interpretación de la expresión "*salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable*" referida a la posibilidad de que en atención a los propios pactos de las partes o las características del bien, no resulten aplicables alguna o varias de las presunciones de conformidad. A nuestro entender la intención del artículo 116 no es sino desplazar al ámbito del vendedor, quien, por otro lado, es quien tiene las mejores condiciones, la prueba de que el bien es conforme con el contrato cuando el comprador alega que no es así (ej.: probar que satisface el uso al que se pretendía destinar, que se acomoda a las características de la oferta, etc.). El hecho de que algunas de las presunciones no resulten aplicables es una circunstancia que opera en otro plano diferente

comprador y ninguna duda existiría al respecto de la distribución de la carga de la prueba[268].

1.4. Adecuación del producto a la descripción realizada por el vendedor y a las características de la muestra o modelo presentada por este

La referencia a la venta mediante muestra puede empañar el sentido de esta presunción de conformidad desplazando el centro de atención de lo que en realidad constituye el núcleo de la misma que no es otro que la descripción realizada por el vendedor[269]. La venta

[268] Vid. CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 93 en el mismo sentido

[269] MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1704 se refiere a las dudas que la formulación del artículo 116.1.a) ha planteado en la doctrina. La referencia a que el bien se adecúa "*a la descripción realizada por el vendedor y posee las cualidades que el vendedor haya presentado al consumidor y usuario en forma de muestra o modelo*" han llevado a plantearse si nos encontramos ante dos criterios diferentes de valoración de la conformidad (la descripción realizada por el vendedor y, en su caso, la adecuación a la muestra) o, si por el contrario, se estaría ante un único parámetro que sería el resultante de la interpretación cumulativa de la descripción realizada por el vendedor y la adecuación a la muestra o modelo. La duda se plantea, por tanto en torno a si el precepto se refiere a dos criterios autónomos o, si por el contrario, se refiere a un único criterio. En nuestra opinión y la de buena parte de la doctrina se trata de dos proposiciones distintas y alternativas de las que derivar el juicio de conformidad sin perjuicio de que en algunos casos se verifiquen ambas. A la misma disyuntiva se refiere CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 95 para quien se trata de un único criterio de conformidad aplicable solamente a las ventas sobre muestra. A nuestro entender esa interpretación resulta en primer lugar contradictoria con el sustrato eminentemente contractual que la propia autora, con acierto, atribuye a los criterios de conformidad amén de suponer una reducción excesiva del ámbito de aplicación del criterio. Afirma la autora en apoyo de sus argumentos que si la descripción realizada por el vendedor es autónoma con respecto a la muestra y además resulta detallada, la exhibición de la muestra resultaría innecesaria al tiempo que no resultaría aplicable el propio artículo 116.a) en tanto que el mismo tiene la función de suplir la voluntad de las partes, voluntad que en este caso ha quedado claramente manifestada mediante las declaraciones del vendedor y el consentimiento que a las mismas presta el comprador. Afirma también la autora que cuando el bien está a la vista del comprador que puede verificar sobre él sus

sobre muestra es, simplemente, una forma a través de la cual se realiza la descripción del género objeto de venta que, probablemente por la frecuencia con que se emplea, ha llevado al legislador a tomarla en específica consideración[270].

En esta tesitura la referencia a la compraventa mediante muestra modelo no es más que una de las muchas formas a través de las cuales el vendedor realiza la descripción del bien. En tanto que resulta subsumible en el supuesto general, sería incluso prescindible la referencia a la misma que, sin embargo, se mantiene. La compraventa sobre muestra o modelo es un supuesto de compraventa especial regulado por el artículo 327 C. de c. cuya particularidad reside en que la descripción de las mercancías, que normalmente se realiza mediante declaración del vendedor, se hace por referencia a una muestra o modelo que el vendedor exhibe y en el que tales características se encuentran presentes[271]. Se trata de una

concretas características, la descripción del vendedor resulta aún más prescindible.

[270] En este sentido se pronuncia también VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 54 para quien no plantea ninguna duda que el precepto se refiere a dos supuestos de hecho que se presentan como cumulativos pero que realmente son alternativos. En idéntico sentido, AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1077 para quien el criterio de conformidad se refiere fundamentalmente a la descripción realizada por el consumidor y que, en algunos casos, se realiza mediante la exhibición de una muestra o modelo. En la medida en que el legislador únicamente alude a una de las compraventas especiales que nuestro ordenamiento prevé hemos de entender que no quiere aludir al resto que quedarán, por tanto, fuera de la previsión que analizamos.

[271] LANGLE Y RUBIO, E.: ob. cit. pág. 135 y ss. la compraventa mediante muestra o modelo constituye una modalidad de venta muy generalizada en el tráfico por su especial aptitud identificadora. La función de la muestra es doble: para la venta de cosa genérica sirve como medio de determinación o

modalidad de venta muy utilizada en determinados sectores donde, normalmente por cuestiones logísticas de almacenaje, las mercancías no se tienen a la vista (o se tienen en contadas unidades de cada tipo) en el momento en que se produce la negociación (ej.: maderas, tejidos, revestimientos cerámicos, granitos y mármoles, vehículos a motor, etc.). El vendedor deberá entregar al comprador un bien cuyas características se correspondan con las de la muestra sobre la que se prestó el consentimiento realizándose el análisis de conformidad por referencia o comparación con ella de forma que en los casos en que tal identidad no pueda apreciarse podrá hablarse de falta de conformidad del bien[272]. En atención a la función identificadora de la

especificación e identifica la calidad de la cosa y para las ventas de cosa específica su función es esencialmente identificadora en cuanto permite comprobar con seguridad si la mercancía servida es igual a la contratada. Según el autor este tipo de ventas pueden plantear problemas en dos ámbitos concretos: a) la valoración de la conformidad entre muestra y prestación realizada y b) la identidad de la muestra. En relación a la primera cuestión afirma que una hipotética falta de conformidad entre muestra y producto entregado no equivale a la existencia de un vicio y, por tanto, no le resultará de aplicación la normativa propia y los breves plazos con que cuenta el comprador para reclamar (esta cuestión hoy en día resulta intrascendente puesto que a la falta de conformidad entre muestra y bien entregado le sería de aplicación la normativa específica que ahora estudiamos). En relación con la segunda cuestión, advierte el autor de las dificultades que plantea el aseguramiento de que la muestra que sirvió como referencia no sea objeto de sustitución. VERGEZ SÁNCHEZ, M.: "Concepto y particularidades de la venta sobre muestras", *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, tomo III, Madrid, 1971, págs. 457-480 se refiere a la compraventa sobre muestra o modelo destacando su función delimitadora. Para la autora la muestra constituye una forma especial de declaración de la voluntad contractual que contribuye a la formación del consentimiento. Declara la autora que, sin embargo, la muestra no es el único instrumento de determinación del objeto sino que es posible que se vea completada con la declaración complementaria del vendedor acerca de determinadas condiciones o características del bien.

[272] La exigencia de total identidad entre las características de la muestra y las del bien finalmente entregado puede quedar modulada en aquellos

muestra se podría sostener que esa falta de correspondencia entre la muestra y el bien entregado podría constituir una falta de conformidad lo suficientemente grave como para justificar la resolución del contrato[273] Se trata de una modalidad de venta que presenta una importante dificultad probatoria relacionada con la identidad entre la muestra realmente exhibida y la que pretenda hacer valer en caso de conflicto el vendedor[274].

1.5. **La aptitud del bien para los usos ordinarios de bienes del mismo tipo. El criterio de la funcionalidad objetiva**[275]

Nos encontramos con un criterio objetivo de valoración de la conformidad según el cual el bien ha de ser apto para su empleo en los usos a que ordinariamente se destinan bienes de su mismo tipo[276].

---

casos en los que, por tratarse de bienes de procedencia natural, la composición o apariencia puede no ser exacta a la de la muestra pues en tales casos la falta de conformidad se produce por causas naturales y no resulta imputable al vendedor. Sería el caso de una madera o de un mármol cuyo veteado no sea exactamente idéntico al de la muestra. A este tipo de supuestos hace referencia CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 97 admitiendo que cuando se trata de materiales de origen natural pueden existir ciertas variaciones con respecto a la muestra que no se consideran, sin embargo, faltas de conformidad.

[273] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: La protección… ob. cit. pág. 56 afirma que, al menos, debiera introducirse una presunción en tal sentido que permitiera al consumidor que así lo deseara instar directamente la resolución del contrato sin tener hacer previa excusión de los remedios generales de puesta en conformidad.

[274] En este sentido MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1694

[275] La denominación como criterio de funcionalidad objetiva proviene de VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: La protección… ob. cit. pág. 56.

[276] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 101 afirma que por la proximidad que este criterio guarda con el contenido en el artículo 116.1.d) en relación con la tenencia de los niveles de calidad y prestaciones habituales que el consumidor puede esperar de bienes de la misma naturaleza hubiese sido aconsejable que ambos criterios fueran tratados conjuntamente en una misma

Por uso ordinario se hace referencia al uso estandarizado que el tráfico asigna a cada tipo de bien, al uso que normalmente va implícito en el contrato. Se trata de un principio que no resulta ajeno a nuestra tradición jurídica y del que es posible encontrar manifestaciones ya en los propios códigos. De hecho, la afectación del uso del bien es el criterio para determinar la existencia de vicios ocultos (ex. art. 1484 C.c.)[277]. En la LGDCU no se establece, sin embargo, que la afectación del uso deba ser grave lo que permite afirmar que no se exige una total inutilidad sino una simple afectación (para afectaciones de escasa relevancia no será posible, sin embargo, instar la acción de resolución)[278].

Se trata de una presunción aplicable tanto a los bienes nuevos como a los adquiridos de segunda mano si bien en este caso la exigencia legal de conformidad ha de adecuarse a la naturaleza de ese tipo de bienes que ya han tenido un uso previo lo que no implica que

presunción y no en dos como ocurre actualmente. La autora propone incluso el texto del que sería ese único criterio de conformidad integrador de ambos ámbitos.

[277] AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1079 sostiene que existen otros criterios objetivos con arreglo a los cuales completar este criterio de conformidad relativo al uso del bien. Serían artículo 1258 del Código civil por la remisión que se hace a la conformidad del contrato con la buena fe y los usos; el artículo 1287 donde se establece como elemento integrador de la voluntad de los contratantes el uso y la costumbre del país o el artículo 1167 en el que a falta de pacto expreso se obliga al vendedor a entregar cosas de calidad media dentro de la que cabe entender incluidos aquellos requisitos cualitativos habituales e inherentes al uso normal u ordinario de las cosas adquiridas.

[278] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: La protección… ob. cit. pág. 57; MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1706 así lo entienden con AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1079

no puedan cumplir usos posteriores en condiciones de perfecta conformidad[279].

1.6. Aptitud para los usos especiales requeridos por el consumidor. El criterio de la funcionalidad subjetiva

Esta presunción de conformidad hace referencia a la situación, por lo demás poco frecuente, de que el comprador desee emplear el bien adquirido no en el desempeño del uso que le es propio sino en otros que pueden resultar "exóticos" al mismo (ej.: un automóvil que se adquiere no para emplearlo en un uso estandarizado sino para fines de competición) siempre y cuando tales usos hubiesen sido puestos en conocimiento del vendedor en el momento del contrato y hubieren sido aceptados por éste[280]. Es lógico que el vendedor deba responder por la ausencia de cualidades o aptitudes del bien que se encuentran en su esfera de control pero carecería de todo fundamento responsabilizarle más allá de dicho nivel exigiéndole que la cosa sea apta para usos que ni conoció ni, por tanto, pudo prever. En esa tesitura se exige que si el comprador desea aplicar la cosa a un uso

[279] MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1706. En el mismo sentido AVILÉS GARCIA, J.: ob. cit. pág. 1079 que afirma que en el análisis de conformidad de este tipo de bienes habrá de introducirse un factor de ponderación o corrección que tenga en cuenta el uso previo al que el bien ha sido sometido y que determinará el uso al que puede emplearse con posterioridad. Reclama asimismo una interpretación menos exigente que en el caso de bienes nuevos.

[280] AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1080 llama la atención, no obstante, sobre el hecho de que la aptitud del bien para el uso "ordinario" que le es propio no resulta incompatible con la aptitud para usos especiales a menos que las partes establezcan expresamente dicha incompatibilidad. Por lo tanto, el bien, además de ser apto para el uso especial también lo deberá ser para el uso normalizado de los de su mismo tipo.

que excede del normalizado, deba poner tal circunstancia en conocimiento del vendedor en el momento de perfeccionar la compra y recabar su consentimiento al respecto (expreso o tácito). La referencia al uso especial como criterio de conformidad puede hacerse extensiva a los casos en que el comprador requiere cualidades concretas en el producto adquirido (tanto funcionales como incluso estéticas o de acabado)[281]

Hay algunos aspectos sobre los que conviene prestar atención. Se exige que la intención de someter el bien a un uso especial haya sido puesta en conocimiento del vendedor por parte del comprador pero no se realizan mayores indicaciones en el precepto por lo que cabe admitir que la comunicación puede realizarse en la forma que se considere oportuno sin perjuicio de la mayor o menor facilidad probatoria que se desprende del uso de una u otra vía de comunicación[282]. Se requiere asimismo que el vendedor haya

[281] MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1707. AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1080 hace referencia a la posibilidad de que las partes establezcan pactos especiales sobre las cualidades de la cosa que puedan ser comprendidos en el criterio de conformidad que ahora se analiza.

[282] AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1081 se refiere a los supuestos de "usos especiales de naturaleza tácita", esto es, usos deducidos de las circunstancias personales del comprador como por ejemplo su profesión u oficio, que actúan como criterio revelador del uso al que el bien será presumiblemente destinado. Se pregunta el autor si podría tenerse en cuenta este uso tácito derivado de la profesión del comprador como criterio de análisis de conformidad (siempre y cuando, eso sí, fuere conocido por el vendedor). No existiendo referencia a los mismos en la Directiva debe afirmarse que únicamente podrían funcionar como criterio de conformidad en aquellos casos en los que resulten absolutamente evidentes y permitan tener plena convicción de que tales usos "tácitos o presumibles" fueron conocidos por el vendedor en el momento de la venta. De no ser así, se estaría amparando al vendedor que, aun conociendo del

admitido el uso especial propuesto por el comprador. Ante la falta de mayores detalles al respecto hemos de entender que la aceptación ha de producirse de cualquier forma que permita su constancia (expresa o tácitamente mediante la mera aquiescencia o incluso mediante actos concluyentes a través de los cuales se deduzca el conocimiento del uso especial)[283]. Por último se requiere que la comunicación se haya realizado "*en el momento de la celebración del contrato*". La fórmula con que el precepto refiere el momento temporal para la comunicación del uso al vendedor es criticable. Si, como parece más apropiado, entendemos la expresión referida al momento de la perfección del contrato y se da la circunstancia de que el vendedor acepta el uso propuesto, en realidad estamos ante un pacto entre las partes sobre las condiciones y descripción del bien. Y si así fuera, nos encontraríamos en la hipótesis contemplada en la primera de las presunciones de conformidad lo que haría prescindible el apartado c) del artículo 116 LGDCU que, recordemos, es un criterio supletorio que únicamente entra en juego cuando las partes no han establecido nada al respecto o, al menos, resultaría subsumible en el apartado a)[284]. Si hay aceptación, cualquiera que sea su forma, hay pacto y si hay pacto el contenido de éste se aplica de forma preferente lo que

uso presumible se escuda en la falta de comunicación expresa para intentar eludir su responsabilidad.

[283] En el mismo sentido, VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 60.

[284] MARÍN LOPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1696 llega a esta misma conclusión pero en relación con el requisito de la aceptación por parte del vendedor del uso especial propuesto.

evidenciaría la prescindibilidad del art. 116.1.c). Si, con mucho menor fundamento, interpretáramos la expresión "*en el momento de celebración del contrato*" como el momento posterior a la perfección contractual tendríamos que admitir que no se produciría falta de conformidad alguna puesto que el vendedor entregó exactamente la cosa que fue acordada en perfecta acomodación, por tanto, a la presunción de conformidad del artículo 116.1.a).

1.7. **Posesión de 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**[285].

El elemento central de este criterio de conformidad lo constituyen la concurrencia en el bien de la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el comprador pueda fundadamente esperar. La referencia a la calidad y prestaciones habituales aproxima este criterio de conformidad al que se contiene

[285] Como hemos indicado *supra* CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 111 considera que este criterio de conformidad es el resultado de la superposición de dos criterios que nada tienen que ver y que por razones de corrección sistemática debieran permanecer en ámbitos diferenciados. La autora afirma que la primera parte del artículo 116.1.d) debiera integrarse junto con el criterio recogido en la letra b) de ese mismo precepto mientras que la letra d) únicamente debiera quedar referida a la adecuación del bien a las declaraciones públicas realizadas por el vendedor, el productor o su representante.

en la letra b) del propio artículo 116 LGDCU en tanto que, con carácter general, los bienes que no presenten la calidad y prestaciones habituales de los de su mismo tipo no suelen ser aptos para el uso habitual que les es propio y, a la inversa, aquellos bienes que no resultan aptos para satisfacer su uso habitual suelen adolecer de las prestaciones y características habituales en su género que cabría esperar (aunque no se trata de afirmaciones con valor absoluto)[286]. Esta circunstancia nos llevaría a considerar de nuevo la sistemática del artículo 116 que incurre en algunas reiteraciones innecesarias. Pero, pese a esta interrelación con el uso del bien es necesario articular criterios autónomos para la verificación de la calidad y nivel prestacional. Para ello resultará determinante la comparación con otros bienes de la misma naturaleza así como la toma en consideración de las declaraciones públicas que sobre el particular haya realizado el propio vendedor, el productor o sus representantes. Estos referentes delimitarán lo que el comprador "*pueda fundadamente esperar*" aquilatando esta referencia a un ámbito estrictamente objetivo más allá de la pura subjetividad del comprador.

1.7.1. Presentación de la calidad y prestaciones habituales de bienes del mismo tipo

Para determinar cuáles son la calidad y prestaciones habituales en bienes del mismo tipo será necesario realizar un análisis

[286] AVILÉS GARCIA, J.: ob. cit. pág. 1082 se refiere a esa concomitancia entre los criterios del artículo 116.1.b) y d)

comparativo con aquellos bienes que no sólo pertenecen a la misma clase sino también a los mismos estándares de calidad (dentro de un mismo tipo de bienes existen diversos niveles de calidad que podrían distorsionar el análisis de conformidad de manera que ha de elegirse el mismo tipo de bien pero también de la misma calidad o clase. Ej.: siendo automóviles de la misma marca y modelo no puede realizarse la comparación entre vehículos con cilindradas diferentes pues resulta obvio que los niveles de potencia y fiabilidad no resultan análogos)[287]. Esa comparación ha de hacerse integrando las exigencias de la buena fe y de los usos (arts. 7 y 1258 del Código civil) y teniendo presente lo dispuesto en el artículo 1167 del mismo código donde se exige al vendedor que entregue un bien de la calidad pactada y, a falta de pacto, de una calidad media[288].

1.7.2. El contenido de las manifestaciones públicas del vendedor, el productor o su representante como elemento integrador de la falta de conformidad

El segundo elemento que ha de tenerse en cuenta para valorar las características y prestaciones que el consumidor pueda

[287] No creemos, sin embargo, que la comparación se deba hacer entre artículos del mismo tipo que, además, hayan tenido el mismo precio porque el precio es un elemento que, si bien suele establecerse de manera homogénea para los bienes de cada tipo y nivel de calidad, puede experimentar variaciones notables distorsionando la posible comparación. Ej.: un vehículo de la misma marca y modelo puede haber sido rebajado de manera sensible en el precio por el hecho de que la adquisición se realice en un período u otro del año. La referencia al precio como criterio de comparación es sostenida por MARIN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1699.

[288] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 105.

fundadamente esperar son las manifestaciones públicas que haya realizado tanto el vendedor como el fabricante o personas por cuenta de estos. Lo que hace esta presunción es trasladar al ámbito de la conformidad el carácter vinculante de la oferta contractual y su aptitud para integrar el contenido del contrato explicitado en la propia LGDCU que en su artículo 61.2 afirma lo siguiente: "*El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato*". La protección de la confianza en el tráfico y de la buena fe, particularmente en el caso de relaciones verticales caracterizadas por la asimetría posicional de las partes, justifica el carácter vinculante las manifestaciones publicitarias realizadas por un comerciante con el propósito de promocionar la venta de sus productos y servicios[289]. A tal efecto se refiere el artículo 61.2 LGDCU en cuya virtud tales manifestaciones publicitarias integrarán el contenido del contrato y serán plenamente exigibles por

[289] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 115 sostiene, a nuestro juicio de forma equivocada, que las declaraciones públicas sólo vinculan en el caso de que hayan provocado en el consumidor el surgimiento de una confianza justificada en que el bien reuniría ciertas características. Este planteamiento choca frontalmente con el propio artículo 61.2 LGDCU que no distingue entre declaraciones a efectos de atribuirles vinculatoriedad y que asigna ese carácter en atención a criterios de exclusiva índole objetiva tanto si el consumidor la ha tenido en cuenta a la hora de contratar como si no.

el consumidor[290] a menos que por la vía del pacto entre las partes se hayan establecido condiciones más ventajosas para el consumidor (art. 61.3 LGDCU).

El tenor literal del precepto aquilata las declaraciones del vendedor que deben ser tenidas en cuenta para realizar el análisis de conformidad. Se trata, en primer lugar, de a) las declaraciones públicas que b) hayan sido realizadas por el vendedor, el productor o su representante y c) hagan referencia a características concretas de los productos, expresiones todas ellas que requieren de cierta atención. El carácter público de las declaraciones puede parecer redundante en tanto que sólo las declaraciones que se hacen públicas o que se exteriorizan tienen aptitud para generar efectos (el silencio carece de efectos contractuales salvo en casos muy excepcionales previstos por la ley). El propio término "declaración" lleva ínsita la idea de exteriorización, de publicación. Es probable que la norma haya querido referirse a las declaraciones o manifestaciones que no

[290] Tras la superación del llamado dogma de la irrelevancia negocial de los contenidos publicitarios primero el artículo 8 de la LGDCU de 1984 y ahora el artículo 61.2 de la vigente LGDCU atribuyen a las declaraciones publicitarias aptitud para integrar y configurar el contenido de las obligaciones asumidas por el vendedor. Aun cuando la idea de considerar como fuente de las obligaciones contractuales las declaraciones o manifestaciones publicitarias realizadas por el vendedor subyacía en el artículo 1258 del Código civil, lo cierto es que la aprobación de la LGDCU de1984 y, en lo que nos interesa en este momento, su artículo 8 supuso un paso determinante para la consolidación definitiva de la idea. La integración contractual es definida por ALVAREZ RUBIO, J.: "Las comunicaciones comerciales y su fuerza vinculante" en TOMILLO URBINA, J. (dir.): *Práctica arbitral de consumo*, Cizur Menor, 2007, pág. 86 como "*un proceso jurídico-normativo que tiene por objeto último evitar que las expectativas que, en virtud de la buena fe y de la confianza, ha generado en el consumidor el mensaje emitido por el operador económico se vean defraudadas*".

sólo se exteriorizan sino que, en lugar de tener un destinatario concreto e identificado, se dirigen a un destinatario indeterminado, a la colectividad (no tanto porque las primeras carezcan de efecto vinculante cuanto porque las manifestaciones públicas tienen mayor relevancia potencial siquiera numérica por estar dirigidas a un amplio espectro de público)[291]. De ahí la referencia a la publicidad y el etiquetado[292] como fórmulas paradigmáticas, que no únicas, a través de las que se canalizan ese tipo de declaraciones públicas[293]. En segundo lugar han de ser realizadas por "*el vendedor, el productor o su*

[291] TATO PLAZA, A.: "Las prácticas publicitarias agresivas" en TOMILLO URBINA, J. (dir.) y ALVAREZ RUBIO, J.: (coord.): El futuro de la protección jurídica de los consumidores, Cizur Menor, 2008, págs. 45-60, pág. 45 se refiere con el término de publicidad mecanizada a aquella que se realiza a través de los medios de comunicación de masas y que va dirigida no a un concreto consumidor sino a la colectividad. A la misma contrapone la publicidad directa caracterizada por entablar un contacto personal con el potencial comprador. La publicidad directa resulta ventajosa para el empresario porque le permitir seleccionar los destinatarios a los que se dirige e incrementar la presión sobre los mismos consiguiendo con ello elevados niveles de eficacia aunque también comporta ciertos riesgos que el autor analiza en su trabajo.

[292] AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1084 diferencia el grado de vinculatoriedad de las declaraciones públicas según que se realicen mediante la publicidad o a través del etiquetado por cuanto que, a su juicio, tienen perfiles diferentes. Fundamentalmente se afirma que la fuerza vinculante de la publicidad y su aptitud para integrar el contrato depende de la valoración del caso concreto mientras que en el caso del etiquetado la información en él contenida obliga en todo caso y con carácter absoluto. Afirma el autor que mientras la información contenida en el etiquetado ha de responder a parámetros de objetividad, veracidad, eficacia y suficiencia (art. 18 LGDCU), la información publicitaria no es necesariamente objetiva. Creemos que este planteamiento es el que el legislador tiene en mente cuando se refiere no a cualquier declaración publicitaria sino a aquellas realizadas sobre las características concretas del bien que serían las que, en un momento dado, podrían resultar exigibles al vendedor mientras que las alegaciones de carácter subjetivo, abstracto e incluso fantasioso no resultarían tan fácilmente exigibles en buena parte de los casos.

[293] En el mismo sentido CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 113.

representante". Los conceptos de vendedor y productor han sido ya objeto de análisis en el apartado dedicado al ámbito subjetivo de aplicación de forma y no requieren ulteriores matizaciones. Se trata en ambos casos de sujetos, personas físicas o jurídicas, que en el ámbito de su actividad profesional de fabricación o comercialización de bienes realizan ese tipo manifestaciones con ánimo promocional bien directa y personalmente bien a través de representantes o colaboradores, circunstancia que en nada altera la imputabilidad de los efectos jurídicos al sujeto por cuenta de quien se realizan. La razón por la que se incluye la referencia expresa al representante resulta, por tanto, prescindible. *Sensu contrario* y como resulta obvio, las declaraciones realizadas por cualquier otro sujeto ajeno a la cadena de producción, distribución y comercialización del bien carecen de cualquier efecto para aquellos. Se reconoce, por tanto, aptitud integradora del contenido del contrato no sólo a las declaraciones realizadas por el vendedor sino también por terceros ajenos a la relación contractual pero pertenecientes a la red de comercialización del bien entendiendo que no sería conforme a la buena fe beneficiarse de los efectos de la propaganda y de la publicidad realizada por otro para celebrar un contrato y no responsabilizarse de sus contenidos[294].

[294] GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: "Consideraciones generales sobre la Ley 23/2003, de garantías en la venta de bienes de consumo" en *Estudios de derecho judicial*, nº 50, 2004, pág. 85 reconoce que declarar que el contenido contractual queda predeterminado por una referencia ajena a las partes (las declaraciones realizadas por el productor o su representante) rompe con la regla tradicional de la relatividad de los contratos pero, sin embargo, encuentra la medida plenamente justificada por el hecho de que la imagen del producto que se genera como consecuencia de la actuación de ese tercero es en la que confía

Por último, las declaraciones han de referirse a las características concretas del bien, expresión que resulta muy imprecisa. Si el análisis de conformidad del artículo 116.d) se refiere a la presencia de la calidad y prestaciones de un producto del mismo tipo y ha de hacerse teniendo en cuenta las declaraciones públicas realizadas por el vendedor o productor, parece lógico que la referencia a las características concretas del bien que se realiza lo sea a no cualesquiera características sino a las que determinan las condiciones de calidad y prestaciones[295]. Pero si tenemos en cuenta que el artículo 61.2 LGDCU integra en el contrato cualquier manifestación publicitaria realizada por el vendedor no parece que éste sea el sentido que deba atribuirse. Parece más razonable pensar que por declaraciones concretas se quiere hacer referencia a aquellas que exceden de las genéricas o abstractas, que van más allá del mero eslogan publicitario que en ocasiones se emplea en la promoción[296].

normalmente el consumidor para tomar la decisión de compra de tal forma que el vendedor vende en la medida en el producto tiene la caracterización ofrecida por el tercero. En la misma línea se manifiesta MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1709

[295] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 114 así lo entiende al afirmar que las declaraciones públicas relevantes a los efectos de determinar el análisis de conformidad serán únicamente las referidas a la calidad y prestaciones del bien y no el resto de las que puedan hacerse en relación con otros aspectos como el precio del bien o la forma de pago.

[296] En el mismo sentido MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1703. ALVAREZ RUBIO, J.: ob. cit. pág. 86 afirma que la vinculatoriedad contractual del contenido mensaje publicitario no es absoluta sino que ha de entenderse dentro de los límites propios del marketing de forma que determinados mensajes atribuibles al *dolus bonus* o la mera exageración publicitaria no pueden ser tenidos en cuenta en la labor de integración. VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 62-63 afirma que cualquier manifestación que pueda simplemente incitar o hacer más atractiva la adquisición de un bien no es suficiente para que se le conceda una

La norma se estaría refiriendo a las declaraciones que explicitan las características técnicas, dimensiones, consumos, etc. del bien objeto de promoción pues estas serán las que hayan de emplearse como parámetro de referencia en el análisis de conformidad[297].

fuerza integradora del contenido del contrato, que no se tendrá en cuenta cualquier tipo de manifestación claramente exagerada y genéricamente sugestiva que a través de la publicidad se pueda realizar. Sobre el concepto de exageración publicitaria afirma LEMA DEVESA, C.: "Prácticas publicitarias engañosas" en TOMILLO URBINA, J (dir) y ALVAREZ RUBIO, J. (coord.): *El fututo de la protección jurídica de los consumidores*, Cizur Menor, 2008, págs. 61-73, pág. 69 se refiere a la exageración publicitaria como "*aquella alabanza de tono altisonante, concreta y comprobable, que posee un núcleo verdadero y que no es tomada en serio por el público*" y a la que no cabe atribuirle la condición de engañosa por resultar fácilmente detectable por el público.

[297] Con frecuencia la divergencia entre las condiciones y calidades que el bien realmente posee y las publicitadas se deriva del carácter engañoso del mensaje que, atribuyendo al producto condiciones que no tiene o silenciando sus inconvenientes, consigue distorsionar la formación de la voluntad contractual del consumidor. A las prácticas publicitarias engañosas se refiere LEMA DEVESA, C.: ob. cit. pág. 62 siguiendo la formulación de la Directiva comunitaria 2005/29/CE, de 11 de mayo de 2005, relativa a las prácticas comerciales desleales de las empresas en sus relaciones en el mercado interior (posteriormente incorporada a nuestro ordenamiento se ha producido por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios) como toda práctica comercial que contenga información falsa o información que, en la forma que sea, incluida su presentación general, induzca o pueda inducir a error al consumidor medio aun cuando la información sea correcta en cuanto a los hechos, sobre alguno o algunos elementos de la transacción y que le haga o pueda hacerle tomar una decisión sobre dicha transacción que de otro modo no hubiera tomado. Una modalidad de publicidad engañosa de empleo frecuente es la publicidad engañosa por razón de su presentación a la que se refiere ALVAREZ RUBIO, J.: "La publicidad engañosa por razón de su presentación" en TOMILLO URBINA, J. (dir.) y ALVAREZ RUBIO, J. (coord.): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Cizur Menor, 2008, págs. 75-91, pág. 76 como un verdadero *tertium genus* a caballo entre la publicidad engañosa por acción y por omisión y no un mero subtipo de publicidad engañosa caracterizado por mensajes cuya capacidad de engaño reside en su presentación malintencionada con el ánimo de influir en la decisión del consumidor. Vid. más extensamente ob. cit. págs. 75-91.

1.7.3. Excepciones al carácter vinculante de las manifestaciones públicas

Estas manifestaciones públicas no vincularán al vendedor en tres supuestos a los que el art. 116.d) LGDCU hace referencia: a) si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión b) cuando dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o c) si demuestra que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto[298]. Se entiende que en estos supuestos la vinculación del vendedor a dichas manifestaciones puede resultar abusiva y más allá de lo razonable y por esa razón se introduce esta quiebra en el principio general de vinculatoriedad de las manifestaciones publicitarias realizadas que, sin embargo, no se ve por ello negado[299]. En el primero de los supuestos el vendedor puede verse exonerado de los efectos obligatorios de la actividad publicitaria si consigue demostrar que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión. *A*

[298] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 65 afirma que aun cuando la norma no indica si tales causas de exoneración son alternativos o no, lo cierto es que el problema carece de relevancia en tanto que la apreciación de uno de ellos resulta, por sí sola, determinante de la exoneración de responsabilidad. También AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1089 los considera criterios autónomos e independientes.

[299] La "administración" de estas causas de exoneración requerirá de extraordinaria prudencia y habrá de realizarse con arreglo a un criterio restrictivo (en tanto que son excepciones al régimen general) puesto que una aplicación extensiva de los mismos supondría un vaciamiento del principio de vinculatoriedad que resultaría contraria a la propia norma y que, además, lesionaría gravemente el principio de confianza en el tráfico económico.

priori resulta difícilmente defendible que una persona, que por tener la condición de profesional se ve sujeta a un nivel de diligencia agravado con respecto al estándar básico del buen padre de familia, pueda alegar desconocimiento de sus propias declaraciones[300]. Efectivamente, el precepto podría tener sentido cuando quien vende no es el productor del bien sino otro empresario con quien le une un contrato de distribución. En tales supuestos, muy frecuentes en la práctica, es posible que quien diseña las actividades publicitarias de promoción de sus productos sea el propio fabricante (la salvaguarda de la imagen de marca y las mayores posibilidades económicas del fabricante suelen ser las razones de este comportamiento). En ese supuesto es donde cabría considerar que un vendedor desconociera las declaraciones que sobre los productos que comercializa hayan podido realizar otros sujetos, fundamentalmente, el productor y quien actúe por cuenta de este. Lo que resulta menos claro es que un sujeto que, insistimos, tiene la condición de profesional pueda alegar tal desconocimiento máxime cuando se encuentra integrado en la red de distribución del productor y se beneficia del prestigio de éste. Antes al contrario, la norma parece dar por supuesta la existencia de un deber de conocimiento de tales extremos cuando afirma que el vendedor quedará exonerado cuando demuestre no sólo el

[300] Así lo entiende también VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 65 se remite a la propuesta de Directiva que únicamente recogía la exoneración de responsabilidad del vendedor por las declaraciones realizadas por el productor o su representante pero en ningún caso respecto de las declaraciones hechas por sí mismo. En el mismo sentido CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 136.

desconocimiento efectivo de tales manifestaciones sino que no cabía que razonablemente pudiera conocerlas, es decir, que dicho desconocimiento no es negligente[301]. En todo caso es necesario diferenciar la responsabilidad por la falta de conformidad, que deberá ser asumida por el sujeto que en última instancia ha tenido el control sobre la misma (ej.: por las faltas de conformidad derivadas del proceso de diseño y montaje será responsable el productor mientras que de las faltas de conformidad que se hayan debido a una incorrecta manipulación o conservación de la mercancía cuando esta se encuentra en poder del vendedor será este quien responda), de la responsabilidad frente al consumidor. En este último caso el vendedor actúa como mero interlocutor frente al comprador pero realmente no asume la responsabilidad por la falta de conformidad que no le sea imputable (dispone de la acción de regreso frente al productor del artículo 124 LGDCU). Cuando el artículo 116.d) permite la exoneración de responsabilidad del vendedor probablemente esté pensando, de forma acertada, que ninguna consecuencia ha de asumir por los contenidos de una publicidad que no ha diseñado pero, sin embargo, se olvida de que el vendedor es el

[301] Para valorar la diligencia del vendedor habrán de tenerse en cuenta las circunstancias del caso concreto como la vinculación o grado de integración del vendedor en la cadena de distribución, el tipo de publicidad realizada y su grado de difusión, etc. En cualquier caso cuando las declaraciones se contienen en el etiquetado del producto será prácticamente imposible apreciar desconocimiento por el vendedor dado que el producto ha estado bajo su custodia de manera que es razonable esperar que conociera las afirmaciones. MARTIN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1712.

interlocutor natural ante el que el consumidor ejercita sus derechos y, exonerándole de la responsabilidad, está forzando al comprador a instar la acción directa al productor que, como puede imaginarse fácilmente, le resultará mucho más gravosa. A nuestro juicio, esta exención de responsabilidad debería eliminarse puesto que, como hemos expuesto, ni es verosímil que un profesional desconozca las condiciones en que comercializa sus bienes ni, si así fuera por su negligencia, se puede privar al consumidor de la interlocución natural frente al vendedor (que, recordemos, dispone de la acción de repetición frente al productor).

El segundo de los supuestos en que el vendedor no se encontrará vinculado por las declaraciones públicas es el caso de que esas declaraciones hayan sido corregidas en el momento de celebración del contrato[302]. Si el fundamento que justifica el carácter vinculante de las declaraciones del vendedor es la protección de la confianza en el tráfico, el legislador entiende que la rectificación de la información erradica la posibilidad de que esa confianza se vea menoscabada[303]. Nada se dice sobre la forma en que deba verificarse

[302] Conviene recordar que el artículo 61.3 LGDCU establece que en caso de que haya existido pacto entre las partes acerca de las condiciones del bien y este resulte contrario a la publicidad se aplicará de forma preferente si su contenido resulta más favorable para el consumidor que la propia declaración publicitaria.

[303] Así lo señala MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1704. VERGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 67 denuncia, sin embargo, que no será correcto admitir que realizadas las manifestaciones públicas, a la hora de contratar el vendedor pueda decidir arbitrariamente prescindir de ellas.

la rectificación por lo que entendemos que será apta cualquiera que permita su conocimiento al tiempo de realizar el contrato.

Por último no responderá el vendedor en aquellos casos en los que consiga acreditar que "*la declaración no pudo influir en la decisión de compra del producto*". Se trataría de declaraciones cuyo efecto no ha sido determinante para la contratación que se habría producido igualmente incluso sin que las mismas se hubieran efectuado[304]. La estimación del grado de influencia que las declaraciones han podido tener en la contratación debe hacerse en términos objetivos y con arreglo a criterios de razonabilidad media pues, de lo contrario, resultaría imposible indagar las razones de estricto orden personal que hubiesen podido mover al comprador.

1.8. La incorrecta instalación del bien y su consideración como falta de conformidad

En virtud del artículo 116.2 LGDCU "*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*

[304] En el mismo sentido CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 139 para quien la causa de exoneración a que nos referimos resulta perfectamente prescindible puesto que las motivaciones estrictamente personales que motivaron la adquisición del bien no han de ser tenidas en cuenta. De cualquier forma resulta un problema de prueba para el vendedor demostrar la irrelevancia contractual de las manifestaciones públicas lo que, sin duda, no resultará fácil.

usuario cuando la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación".

Se trata de un supuesto de falta de conformidad de carácter derivado o secundario en la medida que no resulta de las propias características del bien, que antes de la instalación ha podido resultar conforme con el contrato, sino de una circunstancia externa como es la instalación que, por realizarse de forma incorrecta, provoca un menoscabo en el bien o afecta su uso[305]. De la lectura del precepto se infiere que en él se encuentran recogidos dos supuestos bien diferenciados y sólo en parte relacionados. El primero es el caso de que la instalación se configure como una prestación accesoria que el vendedor se obliga a realizar mientras que el segundo se trata del supuesto en que la instalación se realiza materialmente por el propio comprador siguiendo las instrucciones proporcionadas a tal efecto por el productor (por cualquier vía pero, por lo habitual, mediante la entrega de un manual de instalación). Como veremos, el fundamento de la responsabilidad del vendedor se encuentra en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la obligación que

[305] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 140 llama la atención sobre el hecho de que el legislador comunitario se refiera a un servicio, la instalación del bien, siendo que los servicios no se integran en el ámbito de aplicación de la norma y sobre el hecho de la proximidad conceptual existente entre el supuesto ahora regulado y la falta de conformidad recogida en el artículo 116.1.b) referida a la ineptitud del bien para los usos ordinarios a los que bienes del mismo tipo se destinan en tanto que en la mayor parte de los casos la defectuosa instalación tiene por efecto, precisamente, privar al bien del uso que le sería propio.

asume y en la infracción del deber de informar debidamente respectivamente.

Por instalación cabe entender todas las labores técnicas necesarias para que el bien quede en condiciones de funcionamiento (desde la mera conexión a fuentes de electricidad o tomas de agua al montaje pasando por la configuración de elementos informáticos, etc.). La falta de conformidad derivada de la instalación del bien se producirá en dos supuestos de hecho diferentes, como hemos visto.

1.8.1. Instalación realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad.

Es usual que en la adquisición de determinados productos que requieren de instalación el vendedor ponga a disposición del comprador como prestación complementaria integrada en el contrato de venta[306] la posibilidad de que ésta se realice por personal del

[306] En este tipo de supuestos el problema reside en muchos casos hasta qué punto la instalación por parte del vendedor se puede entender como una prestación propia del contrato lo que resulta fácil cuando haya un pacto expreso en tal sentido pero puede no serlo cuando ese pacto no existe. A juicio de VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 70 lo lógico es entender que la instalación estará incluida en el contrato si es necesaria para la utilización del bien y el vendedor ofrece su realización sin destacar que se trata de una prestación diferente. En nuestra opinión el dato relevante para determinar cuándo la instalación es accesoria o complementaria de la compraventa ha de hacerse un análisis conjunto del entramado obligacional de forma que sólo en los casos en que la prestación de dar sea preeminente frente a la de hacer estaremos ante el supuesto de instalación al que se refiere la norma. Si, por el contrario, la prestación de dar es accesoria respecto a la de hacer estaremos fuera del ámbito de la compraventa para adentrarnos en el ámbito del contrato de obra. En el caso de la instalación a la que se refiere el artículo 116.2 LGDCU nos encontramos con una prestación de hacer que resulta complementaria y accesoria (por ende, secundaria) con respecto a una obligación principal que es la de entregar un bien. AVILÉS GARCIA, J.: ob. cit. pág. 1086 se refiere también a la dificultad que

establecimiento (en nada obsta la aplicación de este precepto el hecho de que la instalación represente un sobrecoste y no esté incluida en el precio de adquisición del bien o que pueda ser confiada por el comprador a otro profesional ajeno al vendedor[307]). En estos casos la instalación se configura como una obligación accesoria con respecto a la obligación principal cuya ejecución correrá a cargo bien del propio vendedor, bien de personal a su servicio (bajo su responsabilidad, si seguimos la terminología de la norma). Si, como consecuencia de las labores de instalación, el bien adquirido sufre cualquier tipo de menoscabo que afecte a su calidad y prestaciones o al uso al que pretendía destinarse el vendedor será responsable frente al comprador como si de una falta de conformidad propia del bien se tratara.

1.8.2. **Instalación realizada por el comprador siguiendo las instrucciones del vendedor**.

Se trata de un supuesto diferente en tanto que en este caso quien realiza las labores de instalación no es el vendedor ni sus auxiliares sino el propio comprador siguiendo las instrucciones que a tal efecto le hayan sido proporcionadas. Al respecto cabe realizar

supone entender la instalación como parte del contrato de venta. A su juicio, habrá que estarse a la voluntad de las partes y, a falta de esta, habrá de entenderse incluida aquella instalación que sea necesaria para el uso del bien (y revista cierta complejidad técnica que demande el recurso a un profesional) o la que los usos y costumbres así entiendan.

[307] A esta posibilidad se refiere expresamente MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1708.

algunas precisiones. En primer término, las labores de instalación se han de llevar a cabo, en principio, por el comprador o por un tercero no profesional[308]. En segundo lugar, la instalación se ha de realizar conforme a las instrucciones que a tal efecto haya proporcionado el vendedor o el propio fabricante. En tercer lugar las instrucciones con arreglo a las cuales se ha ejecutado la instalación son erróneas de forma que cabe establecer una relación de causalidad entre el seguimiento de las instrucciones y el resultado dañoso (no así cuando el comprador se ha apartado de las instrucciones dadas). Las instrucciones han de ser erróneas[309] de forma que su seguimiento riguroso derive necesariamente en la causación de un daño en el bien que minore sus cualidades o su aptitud de uso de forma que entre el seguimiento de las instrucciones y el resultado negativo ha de existir una relación de causa-efecto.

[308] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 71 afirma que cuando se produce la actuación de un profesional se produce la ruptura de la relación de causalidad y las faltas de conformidad que genere su actuación (con independencia de la razón que las motivó) le resultarán solo a él imputables. La misma posición sostiene MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1714. Con la expresión no profesional nos queremos referir a las personas del ámbito personal del comprador que pueden asumir las funciones de instalación al margen de cualquier actividad profesional.

[309] El mismo tratamiento se dispensará en el caso de que las instrucciones no sean erróneas pero sí incompletas, ininteligibles o incluso inexistentes. Y también resulta aplicable tanto a las instrucciones de instalación como a las instrucciones de mantenimiento o conservación cuando estas resulten erróneas, incompletas, ininteligibles o directamente inexistentes. Vid. MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1709. MARTIN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1714 equipara al error en sentido estricto las omisiones e imprecisiones de las instrucciones.

1.9. El conocimiento de la falta de conformidad por el comprador

Culmina el artículo 116 afirmando 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*".

El precepto recoge dos supuestos bien distintos: uno en el que no cabe apreciar falta de conformidad alguna (conocimiento por parte del comprador) y otro en el que, existiendo una falta de conformidad, la misma no va a generar responsabilidad al vendedor por no resultarle imputable (aportación de materiales por el comprador).

Que el comprador conociera los defectos o no hubiera podido fundadamente ignorarlos en el momento de celebrar el contrato no permite hablar de falta de conformidad en tanto que al prestar su consentimiento el comprador conoce y acepta el defecto (y normalmente puede obtener una rebaja del precio en atención a la falta de conformidad) o, si lo ignora, su desconocimiento carece de justificación[310]. La LGDCU se aparta de la tradicional regulación de

[310] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 73 afirma que, tal y como está redactado el precepto, no está claro que se esté imponiendo al consumidor una obligación de examen de la cosa cuyo incumplimiento se esté sancionando. En este sentido se manifiesta MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1710 quien sostiene que la redacción del artículo 116.3 es tributaria de los artículos 1484 y siguientes del Código civil que responsabilizan al vendedor únicamente por los vicios ocultos de la cosa entendiendo por tales los que no son conocidos por el comprador y los

los defectos de la cosa que diferenciaba en este punto entre vicios ocultos y aparentes para afirmar que, cualquiera que fuera el tipo de falta de que se trate, si el comprador tenía conocimiento de ella en el momento de celebrar el contrato (por expresa declaración del vendedor o cuando, por las circunstancias del caso fuera presumible que debía conocerla. Ej.: por haber tenido oportunidad de examinar el producto con anterioridad a la prestación del consentimiento y tratarse de una falta externa fácilmente detectable o cuando fuera insólito que ese conocimiento no se hubiese producido)[311] no cabrá exigir responsabilidad alguna al vendedor.

El conocimiento por parte del comprador ha de producirse en el momento de celebrar el contrato a fin de que pueda ser debidamente valorado y tenido en cuenta en la formación del consentimiento contractual[312]. Al conocimiento efectivo se equipara la situación en la que el consumidor "*no hubiera podido fundadamente ignorar*" la falta de conformidad. Es necesario determinar cuáles son esas faltas de conformidad que el comprador no hubiera podido

que no resultan aparentes (en función de la condición subjetiva del comprador la apariencia del defecto tendrá diversa consideración).

[311] AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1091 quien, no obstante, afirma que no cabe deducir la voluntad del legislador de imponer al comprador la obligación de examinar el bien.

[312] Con acierto matiza MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1711 que el conocimiento de una determinada falta de conformidad no genera responsabilidad con respecto a esa concreta falta de conformidad pero carece de efecto exoneratorio frente a otras faltas de conformidad que el bien pueda padecer siempre que las mismas no hubieren sido conocidas en el momento de la celebración del contrato.

fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato[313]. A tal fin ha de tomarse en consideración no sólo el carácter de la falta de conformidad sino también las condiciones subjetivas del comprador. En el caso de un comprador tipo al que únicamente resulta exigible la diligencia media del buen padre de familia, se entenderá que las faltas de conformidad que no ha podido fundadamente ignorar son aquellas que resultan evidentes o fácilmente detectables con el despliegue de una mínima diligencia en el examen previo a la prestación del consentimiento. Cuando el comprador tenga especiales conocimientos técnicos en la materia será considerado como perito y el nivel de la diligencia que le resulta exigible se verá agravado lo que convierte en faltas *"que no hubiera podido fundadamente ignorar"* algunas que para el comprador tipo no tendrían tal consideración[314].

[313] MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1715 que la exigibilidad del conocimiento ha de ser interpretada de forma restrictiva y así como puede darse por segura en los casos en los que la falta del producto es manifiesta o visible no puede hablarse tan tajantemente en otros supuestos. Hace referencia asimismo a las dificultades probatorias que pueden surgir en relación con las declaraciones de conformidad realizadas por el consumidor o por el vendedor cuya eficacia se ha apreciado de forma restrictiva en coherencia con el principio de reforzamiento de la posición del consumidor que inspira la regulación de la responsabilidad del vendedor por las faltas de conformidad.

[314] Se puede apreciar en este punto cierta reminiscencia de la regulación que los códigos hacían sobre la apreciación del carácter oculto de los vicios en atención a las condiciones subjetivas del comprador.

1.10. El conocimiento de la falta de conformidad por parte del vendedor

Nada se dice en la norma respecto al conocimiento por parte del vendedor de las faltas de conformidad de la cosa lo que puede resultar lógico si tenemos en cuenta que la responsabilidad que le concierne es de carácter objetivo y opera al margen de cuál haya podido ser su comportamiento al respecto. Sin embargo, la conducta del vendedor no resulta indiferente y puede ser tenida en cuenta a los efectos anteriormente expuestos, es decir, a la hora de valorar la diligencia del comprador en la comprobación de las características del bien (podría compensarse su falta de diligencia con la circunstancia de que el vendedor de forma maliciosa haya ocultado determinadas informaciones que hubieran permitido el conocimiento del bien). Un asunto relevante es si la actuación dolosa del vendedor que oculta la falta de conformidad podría agravar su responsabilidad siguiendo el modelo de los Códigos. A falta de pronunciamiento expreso en la LGDCU cabría aplicar las disposiciones generales sobre contratación para justificar un tratamiento agravado[315]

[315] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 74 afirma que esa era la línea predominante en los trabajos preparatorios de la Directiva 1999/44/CE y la opción de política legislativa tanto de la Convención de Viena como de los códigos alemán e italiano por lo que reclama la necesidad de integrar la regulación especial en el marco general del régimen de la compraventa y de los contratos en general.

1.11. Falta de conformidad derivada de la aportación de materiales por el comprador

El último inciso del artículo 116.3 LGDCU recoge una causa de exoneración de responsabilidad del vendedor ante un específico supuesto de falta de conformidad. Nótese que, a diferencia del texto de la Directiva, que optaba por no considerar la existencia de falta de conformidad, nuestra LGDCU resulta más precisa en tanto que considera no la ausencia de falta de conformidad sino la exoneración de responsabilidad por la misma[316]. A falta de mayores especificaciones sobre el supuesto de hecho ha de entenderse que la aportación de materiales por parte del comprador ha contado con el consentimiento del vendedor que acepta emplearlos en el proceso de producción o fabricación del bien. Debe tratarse además de materiales que carecen de las aptitudes necesarias para el uso que pretende dárseles circunstancia que constituye el origen de la falta de conformidad del bien que resulte del proceso de fabricación de suerte

[316] Efectivamente, el artículo 2.3 de la Directiva reza en los siguientes términos: "*Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo (…) si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor*". Convenimos con MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1714 que la técnica del legislador comunitario resulta de todo punto inapropiada desde el momento en que el propio artículo responde a una estructura completamente contradictoria afirmando al inicio que no existe una falta de conformidad que termina reconociendo expresamente como tal. El legislador nacional ha sido más riguroso al reconfigurar el precepto no tanto como un caso de ausencia de falta de conformidad como de un caso de ausencia de responsabilidad del vendedor por esa concreta falta de conformidad.

que entre la calidad de los materiales y la falta de conformidad del bien resultante exista una relación de causalidad[317].

Cabe cuestionarse si la formulación del artículo 116.3 LGDCU y de la propia Directiva 1999/44/CE resultan las más apropiadas. En la medida en que el vendedor es profesional y, por tanto, tiene conocimientos especiales en la materia que le permitirán detectar fácilmente la inadecuación de los materiales, procedería condicionar la exención de responsabilidad a la previa obligación de denunciar, con anterioridad al inicio de los trabajos, el estado de los materiales y la previsible insatisfacción del resultado final. Configurada como una carga, la ausencia de denuncia o comunicación por parte del vendedor debería suponer la asunción de responsabilidad por las faltas de conformidad de que pueda adolecer el resultado final ya que el vendedor habría incurrido en una falta de la diligencia que le resulta exigible en su condición de profesional. Se trataría de una posibilidad perfectamente defendible en tanto que la Directiva representa un nivel de protección mínimo que se vería incrementado con la adopción de una medida en tal sentido[318]. Idéntica solución

[317] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1714 se expresa en estos términos y afirma que la exención de responsabilidad del vendedor únicamente se justifica con respecto a las faltas de conformidad directamente imputables a la mala calidad de los materiales aportados y no a otras que hayan podido deberse a circunstancias ajenas.

[318] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1714 se remite a la aplicación analógica del artículo 1590 C.c. que al regular el contrato de obra sin aportación de materiales impone al comitente la carga de denunciar la mala calidad de los materiales aportados si desea exonerarse de responsabilidad por la pérdida de la cosa originada por las condiciones de los materiales aportados. Aun cuando no consideramos que estemos ante un contrato de obra, sin embargo, la lógica

habría de darse al caso de que la ausencia de denuncia o comunicación se deba a la negligencia en la detección de las condiciones de los materiales.

1.12. Momento de valoración de la falta de conformidad.

En virtud del artículo 114 LGDCU el vendedor responderá de cualquier falta de conformidad "*que exista en el momento de la entrega del producto*". El momento temporal al que ha de referirse el análisis de conformidad se señala de forma clara como el momento de la entrega del bien entendiendo por tal aquel en el que el comprador adquiere la posesión y está en condiciones de verificar sus condiciones[319].

prestacional del artículo 1590 C.c. resulta de todo punto apropiada para la regulación del supuesto de hecho al que nos referimos. En coherencia con la protección mínima que otorga la Directiva cabría minimizar los supuestos de exoneración imponiendo al vendedor la obligación de denunciar la inadecuación de los materiales y rehusar el encargo imponiéndole en caso de no hacerlo la responsabilidad por las faltas de conformidad que pudieran finalmente verificarse como consecuencia de la inhabilidad de los materiales. En el mismo sentido se manifiesta también AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1092.

[319] La Convención de Viena optó por otro criterio diferente para la determinación de la conformidad como es el momento de la transmisión del riesgo del vendedor al comprador, opción que tiene sentido en un texto como ese en el que se están regulando las compraventas interempresariales pero no en un texto de marcada finalidad tuitiva como la LGDCU. AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1094 se manifiesta en esa línea igualmente y hace hincapié en la dificultad que puede representar la prueba de la disconformidad del bien que, en aplicación de las reglas generales en materia de distribución de la carga de la prueba correspondería al comprador. Esa es la razón por la que, consciente de tales dificultades, el legislador introduce la presunción del artículo 123.1 *in fine* LGDCU que, si bien supone una medida de gran ayuda, tiene una eficacia limitada en el tiempo dejando el problema en idénticos términos una vez transcurre el período de seis meses al que se refiere. Esta es precisamente una de las cuestiones más censurables de la norma.

CAPÍTULO IV
REMEDIOS LEGALES ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD DEL BIEN

I. INTRODUCCIÓN

Cuando el artículo 114 LGDCU establece la obligación del vendedor de responder frente al consumidor por cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto no sólo está enunciando uno de los principios generales de la disciplina que nos ocupa sino que, sobre todo, está señalando el sujeto pasivo de todas las acciones que se disponen para remediar la falta de conformidad. La determinación del vendedor como sujeto responsable frente al consumidor representa una opción de política legislativa cuyo principal objetivo es el de facilitar al consumidor el ejercicio de sus derechos "acercándole" el sujeto ante el que poder entablar cualquier reclamación. Esta opción podría parecer poco realista en aquellos casos en los que el vendedor no es más que un simple minorista que se limita a la pura reventa de productos ajenos sobre los que no tiene ningún tipo de control pero de cuyas faltas de responsabilidad ha de responder frente al vendedor máxime si se tiene en consideración que, por las dimensiones de la actividad que realiza, puede tener una limitada capacidad para asumir dicha responsabilidad. Es por ello que la norma reconoce al vendedor que haya satisfecho su responsabilidad frente al consumidor repetir

contra el verdadero responsable de la falta de conformidad (art. 124.2 LGDCU)[320].

El artículo 118 LGDCU representa el corolario del nuevo modelo de regulación de los vicios de la cosa y la superación del insatisfactorio sistema de los códigos tan largamente reclamada por la doctrina. Constituye el tránsito de un modelo dispuesto para la compraventa de cosa específica que, al primar las acciones extintivas en detrimento de las acciones de cumplimiento, resultaba completamente inapropiado para el supuesto, por lo demás hegemónico en el tráfico actual, de compraventa de cosa genérica, a un modelo que instaura un punto de equilibrio óptimo entre la satisfacción de los intereses del consumidor (mediante las acciones conservativas de reparación, sustitución y, en su caso, reducción del precio) y del vendedor (la conservación del negocio) en la medida que las soluciones extintivas quedan circunscritas a supuestos muy concretos. Al mismo tiempo simplifica y funcionaliza enormemente el problema de la insatisfacción del comprador sometiendo a idéntico régimen todas las patologías que puedan presentarse en la ejecución del contrato de compraventa. Sería deseable y así se ha reclamado por la doctrina que este modelo abandonara la sectorialidad para generalizarse como el modelo transversal aplicable a cualquier tipo de compraventa e incluso como el modelo de regulación frente a

[320] GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: ob. cit. pág. 88 saluda la medida adoptada en tal sentido entendiendo que facilita el ejercicio de los derechos por parte del consumidor.

cualquier situación de incumplimiento contractual. Frente al modelo de los códigos el nuevo sistema supera la dogmática tradicional del cumplimiento legalizando una serie de remedios que hasta el momento se habían desenvuelto en el ámbito de las garantías comerciales o voluntarias y que, siendo aptos para la plena satisfacción del comprador, resultan menos gravosos para el vendedor que incluso los remedios tradicionales en tanto que priman la conservación del negocio[321]. Establecida la entrega de un bien conforme como una obligación a cargo del vendedor, las medidas que ahora estudiamos no se incardinan en el plano resarcitorio sino que constituyen verdaderas acciones de exacto cumplimiento[322].

Como decimos, el artículo 118 LGDCU somete a idéntico tratamiento cualquier supuesto de falta de conformidad[323] poniendo a disposición del comprador las acciones de reparación, sustitución,

[321] LUMINOSO, A.: "Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per i vici nella vendita dal códice civile alla Direttiva 1999/44/CE", *Riv. Dir. Civ*., 2001, I, pág. 842 afirma que efectivamente la aplicación de los remedios de la Directiva comunitaria rebasaría los escasos límites entre los que se mueven las acciones tradicionales de reparación ante el incumplimiento pero, sin embargo, comportan una flexibilidad adicional que redunda en la mejor protección del comprador. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M: ob. cit. pág. 135 se refiere a la novedad que supone con respecto al modelo del Código civil la introducción de la reparación in natura que, amén de resultar interesante para el vendedor en tanto que favorece la conservación del negocio otorgándole una nueva oportunidad para cumplir, resulta de todo punto apropiada para el consumidor en tanto que los bienes de consumo son esencialmente sustituibles.

[322] Vid. VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 85.

[323] Cabe puntualizar, no obstante, que la resolución del contrato queda reservada únicamente para aquellos supuestos en los que la falta de conformidad no es de escasa cuantía (art. 122 LGDCU).

rebaja proporcional del precio y resolución del contrato[324]. Se trata de remedios de entre los que el comprador elegirá aquel que le resulte más conveniente en atención a sus preferencias y a las particulares circunstancias del caso aunque, sin embargo, la facultad de elección se encuentra limitada por una doble circunstancia. En primer lugar porque entre los remedios del artículo 118 existe una jerarquía que coloca como remedios primarios las acciones de reparación y sustitución y como remedios secundarios[325], la rebaja en el precio y la resolución del contrato de suerte que el comprador deberá ejercitar antes los remedios primarios y sólo cuando estos no permitan la restauración de la conformidad o no resulten posibles podrá acudir a los remedios secundarios. Esta ordenación obedece a una opción de política legislativa del legislador comunitario que, sin dejar a un lado la satisfacción de los intereses del comprador da relevancia al principio de conservación del negocio[326]. La segunda limitación que

[324] AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1099 considera que junto a los remedios específicamente dispuestos para la falta de conformidad por la LGDCU el consumidor que reciba una prestación no conforme con el contrato podrá beneficiarse de la *exceptio non rite adimpleti contractus* para enervar las peticiones de pago que, en su caso, pudiera realizarle el vendedor.

[325] GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: ob. cit. pág. 89 alude a los remedios con distinta terminología (aunque de idéntica significación) como remedios de primer grado (reparación y sustitución) y remedios de segundo grado (rebaja del precio y resolución del contrato).

[326] En este sentido se manifiesta MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1727. VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. págs. 82-83 se manifiesta en el mismo sentido cuando afirma que el sistema de protección al consumidor ante las faltas de conformidad "*no se reconoce al margen de una bien cuidada estimación de la posición del vendedor*" hasta el punto de que "*a través de la forma en que se dosifican y se ordenan jerárquicamente los derechos que se conceden al consumidor todavía puede decirse que no sólo existe una obligación por parte del*

encuentra el comprador a la hora de optar por uno u otro modelo se recoge tanto en el artículo 119.1 LGDCU que supedita la opción entre las acciones de reparación y sustitución al hecho de que el remedio elegido no resulte desproporcionado o imposible en comparación con el otro como en el artículo 121 LGDCU que limita el recurso a las acciones de resolución a los casos de faltas de conformidad que no resulten de escasa cuantía.

El reconocimiento de estos remedios específicos no empece, sin embargo, la posibilidad del comprador de ejercitar otras medidas dispuestas por el ordenamiento como la acción de indemnización de los daños y perjuicios causados por la falta de conformidad (expresamente declarada por el artículo 117 LGDCU) o cualesquiera otros en materia de incumplimiento o cumplimiento defectuoso (que si bien no han sido objeto de declaración expresa de compatibilidad tampoco han sido objeto de declaración en el sentido contrario por lo que cabe entender que resultan aplicables ante la falta de conformidad)[327].

vendedor de reparar el incumplimiento sino, en cierto sentido, en atención a la valoración de sus intereses el derecho a poder hacerlo de determinada forma para que no se le cause un perjuicio excesivo".

[327] Vid. las consideraciones realizadas sobre la compatibilidad de las acciones ante la falta de conformidad con los remedios generales contemplados por los códigos. También es posible que, manifestada la falta de conformidad, las partes negocien la forma en que ésta sea resuelta y acuerden una solución diferente a los remedios legalmente previstos según ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1717

II. REMEDIOS PRIMARIOS ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD. REPARACIÓN Y SUSTITUCIÓN

1. Aspectos comunes a las acciones de reparación y sustitución

El artículo 119 LGDCU confiere al comprador la opción entre la reparación o la sustitución del producto. Se trata de los remedios primarios ante la falta de conformidad a los que el consumidor deberá acudir de forma preferente para subsanar dicha falta. Estos remedios suponen la traslación al ámbito específico de las compraventas de consumo de las acciones propias de cumplimiento que nuestro ordenamiento recogía en los arts. 1124 y 1101 C.c.

Por reparación hemos de entender aquella prestación de hacer a cargo del vendedor que consiga subsanar la falta de conformidad. El contenido de la reparación habrá de determinarse en cada caso y comprende cuantas operaciones sean necesarias para la puesta en conformidad del bien (la reparación no sólo debe actuar sobre la causa de la falta de conformidad sino también todos los posibles daños que la cosa haya sufrido como consecuencia de la misma)[328]. Se trata de una obligación de resultado y no de medios en tanto que lo determinante no es la diligencia con la que el vendedor realiza el desempeño sino la consecución de un resultado final satisfactorio[329].

[328] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1735.

[329] En este sentido se pronuncia MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1735

Por su parte, la sustitución será aquella prestación de dar consistente en la entrega de otro bien idéntico[330] al que sufre la falta de conformidad (en su caso, la sustitución del bien requerirá de una nueva instalación a cargo del vendedor)[331]. Por sus características, la sustitución únicamente cabe en los casos de venta de cosa genérica y de cosa fungible que, por lo demás, suelen ser los tipos de venta paradigmáticos en las adquisiciones de consumo. Se trata en ambos casos de obligaciones que debe satisfacer el vendedor en tanto que sujeto responsable de la falta de conformidad si bien cabe que, estando de acuerdo las partes, sea el comprador quien las realice a costa del vendedor[332].

[330] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1736 se plantea la duda de si, teniendo en cuenta que el bien que adolece de la falta de conformidad ha sido ya utilizado durante un cierto período de tiempo incluso prolongado (máximo de dos años que es el plazo en el que la garantía legal surte efectos), el bien que se entregue en sustitución ha de ser nuevo o usado. Y ello porque en tales casos la entrega de un bien nuevo puede representar un enriquecimiento para el comprador que carece de justificación. Siendo cierto que a mayor período de uso del bien más favorable le resultará al comprador la recepción de un bien nuevo, también lo es que no se le puede hacer cargar con las consecuencias de una falta de conformidad de la que no es en absoluto responsable.

[331] MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1728 se cuestiona si cuando se produce la sustitución del bien es necesaria la devolución al vendedor del bien originariamente adquirido. Aun cuando la norma no lo configura como requisito para ejercer el derecho de sustitución y, por tanto el vendedor no lo puede exigir, no habría inconveniente en entender procedente esa devolución particularmente en aquellos casos en los que aun no siendo conforme con el contrato el bien no es absolutamente inútil y puede tener cierta utilidad en el mercado de ocasión o de segunda mano. Hay que tener en cuenta, además, que la restitución de las prestaciones es uno de los característicos efectos de la resolución contractual que, si bien no se produce en este caso porque el contrato se conserva, puede servir de pauta interpretativa en este concreto punto.

[332] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1737 somete la posibilidad de que la reparación o sustitución sean realizadas por el comprador a costa del vendedor a que previamente se le haya dado la oportunidad de ejecutar dichas

En cualquier caso han de reputarse nulas todas aquellas cláusulas contractuales o prácticas comerciales que supeditan o condiciona el ejercicio de los derechos legalmente reconocidos en caso de falta de conformidad al hecho de que el comprador cumpla con determinadas condiciones como la conservación del embalaje original, la realización de labores de mantenimiento en determinados lugares, etc. En tanto que nos encontramos ante derechos legalmente reconocidos solamente la norma habilitante podrá introducir condiciones para su ejercicio[333].

2. La opción entre reparación y sustitución: presupuestos, límites y efectos

El comprador afectado por la falta de conformidad tiene la facultad de optar por aquella acción que le resulte más conveniente si bien, como ya hemos indicado, la opción no es enteramente libre sino que aparece condicionada por dos factores como son la posibilidad y la proporcionalidad[334]. La imposibilidad objetiva y la desproporción

tareas. No creemos, sin embargo, que se trate de un requisito ineludible y entendemos que basta con que exista acuerdo al respecto para que la pretensión se pueda instar.

[333] AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1109

[334] GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: ob. cit. pág. 90 afirma que, siendo esta limitación procedente a fin de evitar opciones fuera de lo razonable, sin embargo, plantea enormes dificultades en su aplicación pues su concurrencia está sujeta a condiciones de difícil concreción máxime si se tiene en cuenta el amplísimo elenco y la heterogeneidad de supuestos a los que resulta aplicable el régimen de la conformidad con el contrato. MARTIN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1718 critica que la introducción de límites en la opción del consumidor tiene como principal objetivo procurar elevados niveles de protección al vendedor.

legitiman al vendedor para oponerse al saneamiento requerido por el consumidor[335]

2.1. La imposibilidad objetiva

El consumidor podrá elegir el remedio que le resulte más apropiado siempre que dicha opción no resulte objetivamente imposible. Interesa llamar la atención sobre el hecho de que la imposibilidad ha de ser objetiva, esto es, se debe determinar con arreglo a parámetros de naturaleza abstracta y no en atención a razones de índole personal del vendedor lo que parece razonable si no se quiere dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes en contravención del artículo 1256 C.c. y del propio principio de buena fe[336]. De manera que la determinación de la

[335] MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1721. MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: ob. cit. pág. 137 afirma que los criterios de la desproporción ha de interpretarse de forma estricta porque de otro modo se corre el peligro de que la opción entre uno y otro remedio quede finalmente en manos del vendedor que siempre podrá primar la opción que más le interese alegando una desproporción que no existe. Nada prevé, sin embargo, la LGDCU para el caso de que ante la negativa del vendedor a reparar o sustituir el bien no conforme pueda el comprador instar la reparación o sustitución por cuenta de aquel, una posibilidad, la del cumplimiento por equivalente, generalmente contemplada ante los supuestos de incumplimiento contractual y que cuenta con completo respaldo en la jurisprudencia. A nuestro entender la razón por la que no se prevé específicamente esta opción estriba en que el propio sistema de la LGDCU prevé remedios alternativos en tal hipótesis como serían las acciones de rebaja del precio y resolución del contrato. Sin embargo, puede darse la circunstancia de que las mismas no resulten satisfactorias a los intereses del consumidor que preferirá poder disfrutar de las utilidades del bien a los remedios extintivos. En tales casos no existiría inconveniente en admitir que la reparación se encomiende a un tercero sin perjuicio de que con posterioridad, normalmente en el seno de un procedimiento contencioso, se repercuta el coste al verdadero responsable de la falta que es el vendedor. En este sentido, AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1100.

[336] El texto de la Directiva (artículo 3.3) se refiere únicamente a la hipótesis de imposibilidad sin aludir a que la misma deba de ser objetiva lo que

hipotética imposibilidad de ejecutar el remedio elegido deberá realizarse desde la perspectiva de un vendedor tipo lo que supone una indudable ventaja para el comprador que no se verá afectado por las limitaciones del concreto vendedor (carencia de medios, falta de cualificación, etc.) ni tendrá que depender de circunstancias de puro carácter subjetivo que pueden resultar de imposible averiguación. La imposibilidad puede ir referida a cualquiera de los remedios elegidos o incluso a ambos[337]. La reparación será imposible cuando, por las circunstancias del caso, no tenga la aptitud de reponer la falta de conformidad mientras que la sustitución será imposible cuando nos encontremos ante una cosa específica que no sea fungible o ante un bien de segunda mano, en ambos casos por la propia insustituibilidad de los bienes referidos[338]. En cualquier caso, la fabricación en serie de

lleva a dudar si la introducción del término objetivo no puede suponer una vulneración del espíritu de la norma comunitaria. Sin embargo, una interpretación teleológica de la misma disipa cualquier duda en torno a la cuestión. Así lo sostiene MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1740 y los comentaristas de la Directiva de más relevancia. Vid. DE CRISTOFARO, G.: Difieto, ob. cit. pág. 206; GRUNDMANNN, S./ BIANCA, C. M.: EU-Kaufrechts-Richtilinie, ob. cit. pág. 179.

[337] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1741 así lo considera a nuestro entender de manera acertada.

[338] En este mismo sentido MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1722. MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1741 se plantea si la sustitución resulta imposible en el caso de que el bien disconforme haya sido vendido. A nuestro entender la exigencia de responsabilidad por la falta de conformidad ha de ser instada no por el titular que ha transmitido el bien, que carece ya de interés y además no sufre el perjuicio que representa la falta, sino por el nuevo titular del bien. La circunstancia de la transmisión del bien no obsta el ejercicio de las acciones de conformidad sino que únicamente reconfigura el ámbito subjetivo de las mismas. Se cuestiona el autor en segundo lugar si la sustitución resulta imposible cuando el bien es de segunda mano aunque no da respuesta. A nuestro juicio, no podría afirmarse de manera categórica que la sustitución resulte imposible pero sí es cierto que sería altamente difícil a menos que se pudiera

bienes unida a la existencia de servicios técnicos y de piezas de repuesto que se imponen al vendedor reducen notablemente el ámbito de supuestos en los que cabe apreciar la imposibilidad de la reparación o sustitución[339]

2.2. La desproporción

El artículo 119 LGDCU condiciona la opción del comprador entre las pretensiones de reparación y sustitución al hecho de que la opción elegida no resulte desproporcionada. El propio artículo concreta que "*se considerará 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*". Se trata con ello de cohonestar los intereses de ambas partes exonerando al vendedor de aquella prestación que

encontrar un bien con idénticas características y nivel de desgaste que resulte apto para suplir la falta de conformidad. MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: ob. cit. pág. 138 afirma que en los supuestos en que la falta de conformidad se deba a la falta de concurrencia en el producto de las cualidades afirmadas en las declaraciones publicitarias la reparación es imposible porque así resulta el hecho de que el bien pueda tener unas cualidades que nunca tuvo. Esta afirmación, sin embargo, no tiene a nuestro entender carácter absoluto pues en algunos supuestos de publicidad engañosa es posible conseguir por la vía de la reparación que el bien sea conforme con el contrato.

[339] MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1722 se refiere, para el caso de reparación, a los supuestos en que se trate de bienes perecederos o cuando los defectos sean de tal envergadura que no puedan ser corregidos y, en relación a la sustitución, a los casos de bienes únicos y a los bienes de segunda mano.

le resulte irracionalmente onerosa cuando existen otras vías igualmente satisfactorias para los intereses del consumidor[340]

La desproporción en tanto que implica una actividad de comparación, ha de apreciarse entre los dos remedios primarios (reparación o sustitución) y no de forma abstracta en relación a cada uno de ellos ni por referencia a los remedios secundarios en la medida en que el artículo 119 LGDCU únicamente refiere el análisis de proporcionalidad a los remedios que regula[341]. La desproporción de uno de los remedios con respecto al otro se determina en atención a los costes para el vendedor[342]. Tales costes han de ser razonables tomando en consideración el valor que tendría el producto si no

[340] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 87 afirma que la desproporción se configura en torno a una irracionalidad económica que no sólo se considera desde la posición de vendedor sino también de alguna manera del consumidor en tanto que ha de valorarse teniendo en cuenta si la otra opción puede llevarse a cabo sin causarle mayores inconvenientes. MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1723 se sitúa en la misma línea.

[341] Aun cuando el considerando undécimo de la Directiva y su artículo 3.3 apoyarían que la comparación se efectuase no sólo entre la reparación y la sustitución sino también en relación con los otros remedios, lo cierto es que el artículo 119 LGDCU no ofrece lugar a dudas de manera que el juicio de proporcionalidad se hará únicamente entre los remedios primarios. La primera opción es seguida por DE CRISTOFARO, Difetto di conformitta, pág. 207; BIANCA EN GRUNDMANN/BIANCA, EU-Kauftrechts-Richtlinie, pág. 180; MARCO MOLINA, J.: ob. cit. pág. 236 o CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 225.

[342] AVILES GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1102 afirma que los costes cuya razonabilidad se ha de valorar se deben incluir no sólo los costes estrictamente económicos sino cualesquiera otros que deba soportar el vendedor con ocasión de la práctica del remedio instado. De esta forma, la opción que genere mayores gastos para el vendedor no tiene por qué ser necesariamente desproporcionada si se realiza una valoración conjunta de las circunstancias del caso. Sin embargo, la propia literalidad del precepto induce a pensar que los costes con respecto a los que ha de realizarse el análisis de razonabilidad son únicamente los económicos cuando se refiere a los gastos.

hubiera falta de conformidad, la relevancia de esta y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario, parámetros todos ellos de estricto orden objetivo. No resultarán costes razonables aquellos que resulten "*considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra forma de saneamiento*". De forma tal que el remedio por el que ha optado el comprador resultará desproporcionado y, por tanto, no resultará exigible al vendedor, cuando no sólo tenga unos costes mayores al otro remedio sino que estos resulten considerablemente más elevados de forma que no resulten razonables en atención a las circunstancias del caso (valor del bien sin faltas de conformidad, entidad de la propia falta, posibilidad de saneamiento alternativo sin mayores inconvenientes, etc.). No existirá por tanto desproporción por el solo hecho de que los costes de un remedio sean superiores a los del otro sino que se exige que sean considerablemente más elevados, un concepto jurídico indeterminado que habrá de ser objeto de interpretación caso por caso[343]. Que los costes resulten considerablemente más elevados no implica que automáticamente se pueda apreciar la existencia de desproporción. Para ello se requerirá que los costes, además de resultar considerablemente más elevados,

[343] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 88 afirma que no basta con que los costes de un remedio sean superiores a los del otro sino que se exige que exista una notable desproporción entre ambos. En la misma línea MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1724. En contra se muestra CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 225 para quien resulta admisible que el vendedor aplique el remedio más barato aunque éste resulte menos satisfactorio para el consumidor.

no resulten razonables en atención a las circunstancias del caso, lo que de nuevo requiere de una atinada labor de interpretación en cada caso en atención al valor que el bien tendría sin la falta de conformidad, su relevancia[344] o si la forma de saneamiento alternativa se puede realizar sin mayores inconvenientes para el comprador[345]. En cualquier caso, debe destacarse el carácter objetivo de todos los elementos integrantes del juicio de proporcionalidad.

Realizada la comparación si uno de los remedios resulta desproporcionado con respecto al otro el comprador perderá el derecho de opción y deberá aceptar el remedio alternativo siempre que el mismo no le suponga "*mayores inconvenientes*" y sea igualmente apto para la puesta en conformidad que el inicialmente solicitado[346]. El problema se presentaría cuando el remedio que se salva de la desproporción por ser económicamente más ventajoso para el

[344] El artículo 119 parece manejar la idea de que si la relevancia de la falta de conformidad es escasa el remedio económicamente más viable será la reparación mientras que si la falta de conformidad es de gran envergadura y su coste de reparación resulta desproporcionado en relación con el coste de sustitución lo más indicado desde el punto de vista del interés del vendedor es la sustitución. Lo que a su vez conduce a que normalmente para los productos de escaso valor la reparación resulta desproporcionada mientras que para los productos de elevado valor resulta la opción más pertinente resultando la sustitución desproporcionada.

[345] El precio pagado por el comprador no constituye un elemento a tener en cuenta en la valoración de la desproporción que se hará en atención a exclusivos parámetros objetivos. MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1724

[346] MARTIN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1719 así lo afirma aunque MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1390 afirma sin embargo, que la sola circunstancia de que el remedio instado resulte imposible o desproporcionado habilita al comprador a instar los remedios de segundo grado sin tener que tolerar la práctica del remedio primario alternativo.

vendedor representa unos inconvenientes inasumibles para el comprador. ¿Podría en ese caso el consumidor forzar el remedio inicialmente descartado por su desproporción? Aplicando lo dispuesto en el artículo 121 LGDCU en cuya virtud cabe el recurso a los remedios secundarios (rebaja del precio y resolución del contrato) cuando el comprador "*no pudiera exigir la reparación o la sustitución*" parece claro que el comprador no quedará obligado a someterse al remedio alternativo ya que la inexigilidad que habilita el recurso a los remedios secundarios se formula de manera disyuntiva con lo cual bastaría con que uno solo de los remedios primarios fuera inexigible para abrir la opción a los remedios secundarios[347].

2.3. Ejercicio del derecho de opción

[347] Así lo entiende VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 89 interpretando el artículo 3.5 de la Directiva como una vía que resultaría aplicable al supuesto al que nos referimos. En virtud de este precepto se podría instar la rebaja del precio o la resolución del contrato cuando el consumidor "*no puede exigir ni la reparación ni la sustitución".* Obsérvese, sin embargo, que la norma comunitaria es más rigurosa que la nacional en tanto que condiciona el recurso a los remedios secundarios a que ninguno de los primarios sea posible mientras que la LGDCU permite ese recurso simplemente cuando uno de ellos no fuere exigible. MARTIN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1725 se manifiesta en la misma línea afirmando que cuando uno de los remedios primarios se descarta por imposible o desproporcionado el consumidor deberá tolerar la práctica del remedio alternativo a menos que éste le suponga "*mayores inconvenientes*" en cuyo caso podrá instar los remedios de segundo grado. Por mayores inconvenientes que el comprador no está obligado a tolerar se entienden aquellos que resulten previsibles lo que permitiría considerar como tales el hecho de que estando la prestación sometida a un término esencial resulte evidente que el remedio que se pretende instar no podrá reparar la falta de conformidad para el momento en que se requiere o también el hecho de que la reparación o sustitución tengan como consecuencia una pérdida del valor económico del producto.

El comprador debe comunicar al vendedor cuál de los remedios primarios desea instar y desde el momento de dicha comunicación "*ambas partes habrán de atenerse a ella*" (art. 119.1 LGDCU). La ley únicamente se refiere a la comunicación en estos términos sin aquilatar ni su forma, ni el plazo para efectuarla ni sus efectos. En esa tesitura y atendiendo al espíritu antiformalista que impera en nuestro ordenamiento ha de entenderse que no se exige formalidad alguna para la validez de dicha comunicación sin perjuicio de la conveniencia a efectos probatorios de que la misma sea formulada por cualquier vía que permita dejar constancia de su realidad y fecha[348]. En tanto que no es sino una manifestación del ejercicio de las acciones por falta de conformidad el plazo para su realización será coincidente con el de prescripción que la ley señala en el artículo 123. Esto es, un plazo de tres años a contar desde la entrega del bien[349]. Conviene aclarar que esta comunicación al vendedor es diferente a la denuncia de los vicios. Aun cuando puedan efectuarse de manera simultánea en muchas ocasiones, se trata de dos actos diferentes con fundamentos y efectos también distintos[350]. La denuncia de los vicios tiene la virtualidad de poner en conocimiento del vendedor la existencia de una falta de conformidad en un breve

[348] En idéntico sentido se pronuncia GARCÍA AVILÉS, J.: ob. cit. pág. 1102.

[349] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 91.

[350] MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1721 también diferencia entre comunicación del remedio que el comprador desea realizar y la denuncia de los vicios.

plazo desde su detección y permitir la más pronta reacción por parte de éste pero, caso de no llevarse a cabo, no tiene más efecto que el de atribuir al comprador los daños y perjuicios que puedan derivarse de su falta. Por el contrario, la comunicación al vendedor sobre el remedio por el que el comprador pretende optar va ínsita siempre que se ejercitan las acciones ante la falta de conformidad razón por la cual no cabe siquiera contemplar su falta. De cualquier forma, una vez realizada la comunicación las partes quedan vinculadas a la misma de forma que ni el comprador puede variar la elección (salvo que exista entre las partes acuerdo al respecto) ni el vendedor intentar un remedio distinto a no ser que el instado por el consumidor resulte imposible o desproporcionado o que una vez intentado el remedio elegido éste no haya conseguido reparar la falta de conformidad en cuyo caso se abre la posibilidad de instar remedios alternativos [artículo 120.d) y f).][351] Desde el momento en que se comunica al vendedor el remedio elegido comienzan a transcurrir los plazos previstos tanto para la reparación como para la sustitución, en su caso.

3. Régimen jurídico de la reparación y sustitución del producto

[351] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 98 se manifiesta en idéntico sentido. MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1719 afirma que la vinculación al remedio primario comunicado por el consumidor no debe entenderse de forma absoluta puesto que sólo está obligado a esperar su práctica durante un tiempo razonable de manera que transcurrido ese plazo sin que el remedio se haya ejecutado o en el caso de que la ejecución no haya sido satisfactoria, el consumidor podrá optar por el ejercicio de los demás derechos.

El artículo 120 LGDCU establece los criterios con arreglo a los cuales han de desarrollarse la reparación y sustitución del producto[352]. Para que la reparación y sustitución del producto consigan la plena restitución de conformidad no basta con que se realicen de forma técnicamente satisfactoria sino que han de cumplir con algunas condiciones adicionales. Han de ser gratuitas para el consumidor y han de realizarse "*en un plazo razonable y sin mayores dilaciones*".

3.1. Gratuidad

Tanto la reparación como la sustitución del producto serán gratuitas para el consumidor. Será el vendedor en su condición de responsable por la falta de conformidad quien deba soportar todos

[352] Se trata de un precepto tributario del artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE si bien introduce algunas novedades respecto al texto de la misma que MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1747 considera contrarias a la norma comunitaria. En concreto se refiere al hecho de que los apartados c), d), e), f) del precepto nacional no vienen impuestos por la norma comunitaria mientras que el g) podría considerarse contrario a la norma en tanto que supone una medida más restrictiva para los derechos del consumidor. En relación con esta cuestión puede afirmarse que los apartados c) a f) aunque, efectivamente, no vienen impuestos por la Directiva no resultan en absoluto contrarios a la misma que, recordemos, es una norma de mínimos que permite al legislador nacional elevar los niveles de protección para el consumidor. En relación con el apartado g) que impide optar por la sustitución en caso de bienes no fungibles se trata de una mera consecuencia del carácter de este tipo de bienes que debería ser tenida en cuenta aun cuando no se explicitase y que puede entenderse fácilmente comprendida en la imposibilidad a que hace referencia el artículo 119 LGDCU como causa para optar por uno u otro remedio. Menos clara es la referencia a los bienes de segunda mano. Aunque es cierto que la sustitución por un bien de idénticas características y nivel de desgaste puede resultar difícil, sin embargo, no necesariamente será imposible. El apartado g) no habla, sin embargo, de imposibilidad sino de mera inexigibilidad por parte del comprador lo que podría mitigar la contrariedad con la norma comunitaria que parece existir.

los costes inherentes a la subsanación de la misma. El propio precepto explicita que la gratuidad se refiere a "*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*". Este segundo inciso no es sino una mera aclaración de la proposición inicial que el legislador comunitario incluyó con el solo ánimo de clarificar la extensión de la gratuidad pero no debe entenderse como una enumeración cerrada o *numerus clausus* sino que, atendiendo a la teleología de la norma, cualquier otro gasto que sea necesario para subsanar la falta de conformidad debe ser asumido por el vendedor (en particular los gastos de desinstalación del bien defectuoso y reinstalación del sustituto)[353]. De

[353] GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: ob. cit. pág. 92; MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1730 también consideran la referencia a los gastos del artículo 120.a) como meramente ejemplificativa. Sobre la gratuidad de la reparación y la sustitución resulta interesante la STJUE de 17 de abril de 2008 (Asunto 404/06) en la que se formula una cuestión prejudicial sobre el alcance del artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE. En el asunto que se plantea el consumidor opta por la sustitución de un bien no conforme con el contrato ante lo que el vendedor le reclama el pago de una determinada cantidad en concepto de indemnización por el uso que se ha hecho del bien no conforme hasta el momento de la sustitución. El vendedor y el gobierno alemán plantean que en los trabajos preparatorios de la Directiva la gratuidad únicamente se refería a la reparación y no a la sustitución razón por la cual consideran procedente el cobro de una indemnización por parte del vendedor. El TJUE sostiene que tal argumentación carece de todo fundamento en tanto que el texto finalmente aprobado de la Directiva es claro al referir la gratuidad a los dos remedios sin distinción. El considerando trigésimo primero de la resolución se expresa en los siguientes términos acerca del alcance de la gratuidad y la referencia que la Directiva realiza a los gastos de envío, mano de obra y materiales: "*En cuanto a la expresión «sin cargo alguno», viene definida en el artículo 3, apartado 4, de la Directiva en el sentido de que designa «los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales». De la utilización por el legislador comunitario del adverbio «especialmente» resulta que*

esa forma tanto si la reparación se lleva a cabo por el propio vendedor o por un tercero en su nombre como si la misma requiere de labores de peritación o determinación de daños, tales gastos no deben correr por cuenta del consumidor puesto que, de lo contrario, la restitución de conformidad no le resultaría gratuita y le haría cargar con unos gastos que, de no haber sido por la falta de conformidad imputable al vendedor, no habría tenido que asumir. Asimismo, en los casos en los que se opte por la sustitución del bien el vendedor no puede exigir al

dicha enumeración presenta un carácter indicativo y no exhaustivo". La sentencia se refiere explícitamente al mero carácter ejemplificativo de tal alusión de forma que cualquier otro gasto que sea necesario para la subsanación de la falta de conformidad no deberá representar coste alguno para el consumidor. La STJUE de 16 de junio de 2011 (asuntos C-65/09 y C-87/09 acumulados) se refiere también a la gratuidad de la reparación y sustitución en sendos supuestos de adquisición de baldosas y de un lavavajillas que resultaron no conformes con el contrato. Instada la sustitución de ambos la controversia se suscitó en torno a si el vendedor debía asumir, amén del propio coste de la sustitución, los costes derivados de la retirada del artículo defectuoso previa a la sustitución. El TJUE manifiesta que "*fue voluntad del legislador de la Unión hacer de la gratuidad de la puesta en conformidad del bien por el vendedor un elemento esencial de la protección que dicha Directiva garantiza al consumidor. Tal obligación de gratuidad de la puesta en conformidad del bien que incumbe al vendedor, sea en forma de reparación o de sustitución del bien no conforme, tiene por objeto proteger al consumidor del riesgo de cargas económicas que podrían disuadirlo de hacer valer sus derechos a falta de tal protección*" y que en caso de sustitución del bien el consumidor debiera hacerse cargo de los gastos propios de la desintalación o retirada del bien no conforme le obligaría a soportar cargas económicas adicionales que no habría tenido que arrostrar si el vendedor hubiera ejecutado correctamente el contrato de compraventa lo que iría contra el artículo 3.2 y 3.3. de la Directiva en tanto que la sustitución del bien no se haría sin cargo alguno para el consumidor. Y ello sin perjuicio de que la Directiva no mencione expresamente la desinstalación entre los gastos que ha de asumir el vendedor puesto que el artículo 3.4 no contiene una lista cerrada de gastos a cargo del vendedor sino que tiene mero carácter ejemplificativo y resulta extensible a todos aquellos gastos que sean necesarios para la puesta en conformidad.

comprador ningún tipo de indemnización por el uso obtenido del bien hasta la restitución de conformidad[354].

La gratuidad de la reparación no es sino la vía a través de la cual se hace responsable al vendedor de todas las consecuencias económicas que la falta de conformidad a él imputable haya podido generar tanto para el consumidor como, en su caso, para terceros a cuyo fin se dispone de la acción de indemnización por daños y perjuicios. Una solución diferente que interpretara en términos restrictivos el concepto de gratuidad supondría, como el TJUE afirma, una medida disuasoria para hacer valer los derechos del consumidor[355].

3.2. Plazo para la reparación y sustitución

Según el artículo 120.b) la reparación y sustitución deberán llevarse a cabo "*en un tiempo razonable*" (…) "*habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario*".

[354] Vid. de nuevo STJUE 17 abril 2008 referida en la nota anterior. MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1730 afirma, no obstante, que la elevada cuantía de alguno de los gastos que debe asumir el vendedor como consecuencia de la reparación o sustitución pueden determinar, sin embargo, la desproporción del remedio elegido y restringir la facultad de opción del consumidor.

[355] Vid. de nuevo STJUE 16 junio 2001 referida en notas anteriores

Se ha optado por no fijar un período de tiempo fijo y cerrado en la conciencia de que las circunstancias pueden ser muy diversas y que la fijación de un plazo cerrado sería inapropiada tanto por exceso como por defecto en la mayor parte de los casos. En su defecto, se ha utilizado un concepto jurídico indeterminado que deberá ser interpretado según las particularidades de cada caso[356]. En esa determinación, sin embargo, han de tenerse en cuenta dos parámetros objetivos a los que el precepto alude como son la naturaleza de los productos (a mayor complejidad técnica y menor demanda tanto la reparación como la sustitución requerirán de más tiempo)[357] y la finalidad que tuvieran para el consumidor (entendiendo que los bienes destinados a usos más ineludibles y particularmente los bienes cuya adquisición se somete a término esencial deberán ser reparados más rápidamente pues el propio retraso en la reparación o sustitución puede determinar la falta de razonabilidad del plazo[358]). Excedido el

[356] GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: ob. cit. pág. 92 llama la atención de la dificultad que puede suponer el análisis de razonabilidad del tiempo empleado en la reparación o la sustitución dada la disparidad de supuestos a los que la norma puede resultar de aplicación lo que requerirá de una aguda labor de análisis de las circunstancias específicas de cada caso.

[357] En principio los bienes de mayor complejidad técnica requerirán mayor tiempo para la reparación mientras que los bienes más rudimentarios podrán ser reparados de forma más rápida. La sustitución será también más rápida o incluso inmediata cuando se trate de bienes de consumo habitual de los que normalmente el vendedor posee un stock suficiente mientras que los bienes de menor demanda en el mercado puede demorarse más en tanto que puede ser necesario el envío desde el establecimiento del fabricante o, incluso, la fabricación ex profeso del bien

[358] El manido ejemplo del traje de novia es, sin embargo, muy ilustrativo. La puesta en conformidad del mismo ha de realizarse con anterioridad a la fecha fijada para el matrimonio ya que una vez transcurrida esa fecha carece

plazo que en cada caso se entienda como razonable, la reparación o la sustitución no resultan aptas para la puesta en conformidad lo que abre la opción de recurrir a los remedios secundarios de la rebaja del precio y la resolución del contrato.

La norma no se pronuncia sobre el *dies a quo* para el cómputo de ese plazo razonable pero cabe entender a la vista del artículo 120.c) que si la suspensión del plazos durante el período de reparación o sustitución se inicia en el momento en que el usuario pone el producto a disposición del vendedor, ese deba ser también el momento inicial que deba tomarse como referencia para valorar si el tiempo empleado en la reparación o sustitución ha sido razonable[359].

3.3. Reparación y sustitución "*sin mayores inconvenientes para el consumidor*"

El artículo 120.b) LGDCU afirma que la reparación ha de efectuarse no sólo en un plazo razonable sino también sin irrogar al consumidor mayores inconvenientes. De nuevo emplea el legislador un concepto jurídico indeterminado que deberá interpretarse en atención a las circunstancias de cada caso. Por inconveniente puede entenderse, amén del trastorno que para el consumidor tiene la

de cualquier interés para el consumidor. De manera que si se produce ese retraso el comprador no solamente podrá solicitar la resolución del contrato sino la indemnización de los daños causados tanto de carácter material (la adquisición de un nuevo vestido) como de carácter moral (el *pretium doloris*).

[359] En este sentido, MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1751.

propia falta de conformidad y la privación del bien durante el período de reparación o sustitución, cualquier consecuencia negativa que se genere y que, dada su relevancia, no deba ser soportada por el consumidor[360]. Los menores inconvenientes, sin embargo, deberán ser tolerados por el consumidor.

[360] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1752 considera que son "*mayores inconvenientes*" que el consumidor no está obligado a asumir el hecho de que tras la reparación el bien continúe sin ser conforme con el contrato o que el bien entregado en sustitución también presente una falta de conformidad. En nuestra opinión tales eventualidades, que, por supuesto, representan un inconveniente para el consumidor no son el objetivo de la expresión "*sin mayores inconvenientes*" sino el supuesto de hecho que desencadena la posibilidad de optar por los demás remedios alternativos. A nuestro juicio la expresión "*sin mayores inconvenientes*" va más orientada a la generación de efectos indeseables para el consumidor como, por ejemplo, un tiempo demasiado prolongado para la reparación, la pérdida de elementos accesorios del objeto principal entregados conjuntamente para la reparación, la causación de daños o un supuesto muy característico de la práctica en el sector de las telecomunicaciones como es la reiteración de reparaciones que privan al consumidor del producto mientras tiene que seguir pagando las cuotas por prestación del servicio telefónico. VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 93 considera asimismo que suponen inconvenientes mayores que el comprador no está obligado a soportar las irregularidades distintas del retraso que frustren el interés que para él puede tener la sustitución o la reparación y que no tiene por qué soportar. MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1733 identifica los mayores inconvenientes con aquellas "*irregularidades determinantes de la insatisfacción del interés del consumidor en la ejecución de un remedio primario que no tienen su causa en el retraso del vendedor*" a la vez que pone de manifiesto las diferencias existentes entre este concepto y el empleado por el artículo 119.2 LGDCU. Aun cuando la formulación en ambos casos es idéntica su función jurídica difiere. En el caso del art. 119 la valoración de los "*mayores inconvenientes*" que se causarían es un parámetro para modular la opción entre los remedios primarios, en el caso que ahora abordamos (art. 120) es simplemente un criterio de valoración de la reparación o sustitución ya realizada. GARCÍA AVILÉS, J.: ob. cit. pág. 1106 considera inconvenientes no sólo los estrictamente derivados de los daños económicos sino cualesquiera otras irregularidades distintas del retraso y resultarían mayores inconvenientes aquellos que causarían la insatisfacción del comprador después de la reparación o sustitución de la cosa que tenga cierta relevancia (aquellos casos en los que la cosa continúe adoleciendo de la misma falta de conformidad o bien padezca otras distinta).

3.4. Obligaciones documentales en caso de reparación o sustitución

El artículo 123.3 LGDCU, introducido por la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios (BOE nº 315, de 31 de diciembre de 2009), introduce una nueva obligación a cargo del vendedor que recibe bienes para su reparación o sustitución. Se trata de la obligación de carácter documental a realizar en el momento en que el bien se entrega para su reparación o sustitución y en el momento en que, realizada la reparación o sustitución, el bien conforme es devuelto al consumidor. En el primer momento ha de entregarse al consumidor "*justificación documental de la entrega del producto en la que conste la fecha de entrega y la falta de conformidad que origina el ejercicio del derecho*" y en el momento de la entrega del bien ya conforme "*justificación documental de la entrega en la que conste la fecha de ésta y, en su caso, la reparación efectuada*".

La norma tiene una clara finalidad probatoria. En primer lugar de la fecha de la entrega a efectos de cómputo del plazo razonable en el que la reparación o sustitución han de quedar realizadas; en segundo lugar, de la falta de conformidad que motivó la reparación o sustitución a efecto de la posterior aplicación de la garantía que el artículo 120.c) LGDCU reconoce; del inicio del plazo de suspensión del plazo de manifestación de las faltas de

conformidad así como del plazo de prescripción para la recuperación de los bienes dados para su reparación y, en último término, de la fecha de entrega del bien sustituto a efectos de computar el plazo de seis meses en el que opera la presunción de preexistencia de la falta de conformidad.

Nada dice el legislador acerca de su régimen jurídico por lo que habrá que entender que el mismo no adolece de especiales particularidades que lo aparten del régimen general. A la vista de la finalidad probatoria y de la referencia al carácter documental de la justificación sí puede afirmarse que ha de entregarse un documento que permita hacer prueba de las menciones que contiene en cada caso. No existen mayores condiciones de carácter formal. El documento ha de recoger una serie de menciones imperativas como son la fecha de entrega y, en su caso, la falta de conformidad que origina el ejercicio del derecho o la reparación efectuada amén de las indicaciones o menciones que el vendedor considere oportuno introducir.

3.5. Suspensión de plazos durante la reparación o la sustitución

Instada la reparación o sustitución del bien el artículo 120. c) y e) establecen la suspensión de los plazos a que se refiere el artículo 123 LGDCU[361]. Se trata de evitar que una dilación intencionada en las

[361] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 95-97 critica que se haya previsto el mismo sobre los plazos tanto en el caso de reparación como de sustitución. Recuerda que el proyecto de ley contenía inicialmente una formulación diferente que distinguía entre suspensión de plazos para el caso de la reparación e interrupción para el caso de la sustitución. A su juicio es lógico que

labores de reparación o sustitución tenga el efecto de minorar los derechos del consumidor al reducirle los plazos efectivos de que dispone[362]. La suspensión de los plazos durante la práctica de la reparación o la sustitución tiene por tanto la finalidad de preservar los derechos del consumidor en previsión de que una vez entregado el bien este presente nuevas faltas de conformidad. La Directiva comunitaria de la que trae causa la regulación que ahora estudiamos no establece una medida similar pero, teniendo en cuenta que se trata de una norma de mínimos, no hay inconveniente en que los legisladores nacionales introduzcan medidas adicionales de protección del consumidor como es el caso.

3.5.1. Plazos afectados por la suspensión

La suspensión de plazos se refiere de forma genérica a los plazos del artículo 123 LGDCU lo que suscita la duda de a cuál de los diversos plazos que regula este artículo se hace referencia. Efectivamente, el artículo 123 se refiere tanto al plazo de dos años

en caso de reparación el plazo se suspenda y que se reanude una vez se entrega el bien reparado porque se trata del mismo bien que motivó el ejercicio de las acciones de puesta en conformidad. Sin embargo, en el caso de la sustitución hay entrega de un bien nuevo que hasta el momento no había estado en poder del comprador (que por tanto no ha dispuesto de tiempo para detectar sus deficiencias) lo que hace más razonable que el plazo se interrumpa y su cómputo se reanude con la entrega del nuevo bien. Asignar a la sustitución una interrupción de los plazos es, sin duda, más acorde con el espíritu tuitivo de la norma aun cuando suponga una consecuencia desfavorable para el vendedor que verá cómo su responsabilidad se dilata desde el punto de vista temporal.

[362] Para MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1735 se trata de desincentivar las maniobras dilatorias y retrasos deliberados del vendedor en la práctica de la reparación o la sustitución

para la manifestación de la falta de conformidad como al plazo inicial de seis meses en el que entra en juego la presunción de que la falta de conformidad existía en el momento de la entrega o al plazo de dos meses para la denuncia de los vicos. También se incluye un plazo de prescripción de las acciones en materia de falta de conformidad. Parece claro que la suspensión no se refiere al plazo de denuncia de la falta de conformidad puesto que este opera con anterioridad a la práctica del remedio. En parecidos términos hemos de referirnos al plazo de seis meses durante el que opera la presunción de preexistencia de la falta cuya función se reduce a distribuir el *onus probandi* sobre el origen de la falta, cuestión previa al ejercicio de cualquiera de los remedios para restaurar la conformidad[363]. A la vista de todo ello cabe concluir que la suspensión de los plazos que establece el artículo 120. c) y e) LGDCU se refiere únicamente al plazo de dos años para la manifestación de las faltas de conformidad y al de tres años para el ejercicio de los derechos por parte del consumidor[364].

Sí resulta criticable que la suspensión se refiera tanto a la reparación como a la sustitución pues ambas prestaciones tienen muy diversa naturaleza. La suspensión del plazo resulta lógica en el caso

[363] MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1735

[364] En contra se manifiesta MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. págs. 1755 y 1757 para quien la suspensión va referida al plazo de manifestación de las faltas de conformidad (dos años) y al plazo de seis meses de presunción de la falta de conformidad pero no al plazo de tres años para el ejercicio de las acciones.

de la reparación porque una vez realizada el consumidor recupera la posesión del mismo producto sobre el que se manifestó la falta de conformidad que motivó la reparación de manera que el período de dos años de garantía se corresponde exactamente con el período en el que el producto está en poder del consumidor que podrá detectar cualquier falta de conformidad. Sin embargo, en el caso de la sustitución al consumidor se le entregará otro producto diferente cuyo plazo de manifestación de faltas de conformidad se verá reducido al tiempo que reste desde la entrega hasta la los dos años, circunstancia que la propia LGDCU intentará paliar introduciendo medidas correctoras[365].

3.5.2. Inicio de la suspensión

El *dies a quo* de la suspensión varía en los casos de reparación y sustitución. En el caso de la reparación el inicio de la suspensión se producirá cuando el consumidor ponga a disposición del vendedor el bien para que sea reparado [art. 120.c)] mientras que en el caso de la sustitución la suspensión se inicia "*desde el ejercicio de la opción por el consumidor*" [art. 120.e)]. Tratándose de la reparación se emplea el concepto de la puesta a disposición que comprende tanto la entrega material del bien al vendedor como la puesta a disposición

[365] Vid. MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1736. VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 95-97

propiamente dicha en función del tipo de bien de que se trate y de las circunstancias del caso[366]. En el caso de sustitución el inicio de la suspensión se produce en el momento en que el comprador ejercita su derecho de opción entendiendo por tal el momento en que se comunica al vendedor el remedio a practicar.

3.5.3. Fin de la suspensión

El *dies ad quem* de la suspensión del plazo también se explicita en el artículo 120 LGDCU. Será el de la entrega al consumidor del bien ya reparado o el de la entrega del nuevo producto según se trate de la reparación o de la sustitución.

3.5.4. La reanudación del plazo. Especialidades en caso de sustitución

Finalizado el plazo de suspensión se reanuda el cómputo de los plazos del artículo 123 LGDCU a los que la suspensión se refiere. En el caso de la sustitución la reanudación de los plazos del artículo 123 presenta una especialidad. Según el artículo 120.e) "*al producto sustituto le será de aplicación, en todo caso, el artículo 123.1, párrafo segundo*". Se trata de un aspecto que puede suscitar algunas dudas.

[366] En muchos casos se produce la entrega material del bien en las instalaciones del vendedor o es el propio vendedor quien se encarga de la recogida del bien en el domicilio del comprador. Pero se trata de bienes que, por sus características, pueden ser objeto de desplazamiento desde el lugar en que se encuentran. En otras ocasiones, ese desplazamiento no es posible o genera gastos desproporcionados que el vendedor no tendría la obligación de soportar. No es posible, por ejemplo, en el caso de instalaciones de calefacción o de electrodomésticos instalados en la vivienda del comprador y cuya reparación se puede hacer sin mayores problemas en el propio domicilio.

Parece claro su intención no es dotar al bien sustituto de un nuevo período de dos años para la manifestación de faltas de conformidad si se toma en consideración la propia formulación del artículo 120.e) que se refiere expresamente al párrafo segundo del artículo 123.1.2 cuando, de haber sido esa su intención, podría haberlo referido al artículo 123.1 sin distinción por mucho que esa opción resultaría la más apropiada[367]. Si el plazo al que se refiere el artículo 120.e) es, entonces, el plazo de seis meses desde la entrega en el que se presume que cualquier manifestación de conformidad que se produzca existía en el momento de celebración del contrato ¿debe entenderse que el bien entregado en sustitución goza en todo caso de ese plazo de seis meses o, por el contrario, sólo dispondrá del mismo en la medida en que esté comprendido en el plazo general de los dos años desde la entrega del primer bien que resultó no conforme? Si se tiene en cuenta que el plazo de seis meses no tiene autonomía sino que se trata de una particularización de un plazo general al que se refiere y que da por supuesto, habría que concluir que el plazo del artículo 120.e) tendrá virtualidad en la medida en que aún no haya transcurrido el plazo

[367] MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1741; VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 96-97 se muestra también partidaria de la concesión de un plazo de dos años y se refiere al hecho de que durante la tramitación parlamentaria de la Ley 23/2003 la intención del legislador era bien distinta. Efectivamente no se preveía ningún tipo de medida de suspensión de plazos porque se partía de la idea de que el bien sustituto goza de un nuevo período de dos años para la manifestación de faltas de conformidad. En este sentido, AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1111 quien relata cómo la enmienda parlamentaria que pretendía privar al bien sustituto de un nuevo plazo de dos años lo justificaba alegando que su finalidad era la de "*desincentivar el ejercicio de esta opción de saneamiento desde el punto de vista del vendedor con el consiguiente perjuicio para el comprador*".

general de dos años. Cabría afirmar, por tanto, que si la sustitución se produce más tarde de los dieciocho meses desde la entrega inicial del bien el plazo del que goza el bien sustituto será siempre inferior a seis meses[368]. Pero si, de nuevo, nos atenemos a la norma y al espíritu tuitivo de la misma se impone la tesis contraria conforme a la cual el plazo de seis meses se concedería en todo caso y al margen del tiempo transcurrido desde la entrega originaria del bien. Si la intención del legislador hubiese sido la de conceder el plazo de seis meses en la medida que estuviese dentro del plazo general de dos años lo habría explicitado pero, sin embargo, reconoce ese plazo "*en todo caso*" sin someterlo a condición alguna lo que permite afirmar que la intención del legislador fue la que quedó plasmada en el texto de la norma: conceder en todos los casos un período de seis meses desde la entrega para la manifestación de las faltas de conformidad[369]. Se conseguiría por esa vía paliar la peor situación en que se encuentra el consumidor que recibe un bien sustituto que no dispondrá de un nuevo plazo de dos años para la manifestación de las faltas de conformidad sino que dicho plazo se reanuda desde el momento en que quedó interrumpido por la práctica de la sustitución. A la vista de todo lo cual el consumidor a quien se entrega un bien sustituto podrá beneficiarse durante los seis primeros meses desde la entrega de la

[368] La misma opción adopta MARIN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1759.

[369] Esta postura es sostenida por MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1741; VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 97 para quien el asunto resulta "*evidente*". AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1111 coincide en su planteamiento.

presunción de que las faltas de conformidad que se manifiesten (que no tienen por qué ser las mismas que motivaron la sustitución) son originarias y, por tanto, imputables al vendedor[370].

3.6. Garantía de la reparación

El artículo 120.c) dispone una medida que no tiene correlato en el texto de la Directiva 1999/44/CE pero que, dado su carácter de mínimos, tiene perfecta cobertura legal. Según reza el precepto "*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*". Se trata de una medida de protección adicional para el caso de que el bien haya sido sometido a una reparación que con posterioridad se manifiesta como infructuosa en tanto que la falta de conformidad se reitera. Cabe al respecto preguntarse si, como en el caso de la entrega de un bien sustituto, ese plazo de seis meses únicamente tiene virtualidad en tanto se encuentre comprendido dentro del período más amplio de dos años o si, por el contrario, se trata de un plazo autónomo. La cuestión es parcialmente diferente, sin embargo, al supuesto de sustitución porque en este último caso la presunción opera con respecto a la

[370] Lo que puede en algunos casos tener el efecto indirecto de prolongar el plazo general de los dos años para la manifestación de las faltas de conformidad. Esa prolongación se produciría en todos los casos en los que cuando se insta la suspensión ya hayan transcurrido más de dieciocho meses desde la entrega original del bien.

aparición de cualquier falta de conformidad mientras que la garantía de la reparación opera solamente frente a las faltas de conformidad derivadas de la propia reparación y no frente a cualesquiera otras cuya manifestación continuará sometida, desde el punto de vista temporal, al plazo general de los dos años que no se vería con carácter general ampliado. El reconocimiento del plazo de garantía de la reparación opera, por tanto, respecto a un acotado tipo de faltas de conformidad. De nuevo con arreglo a criterios de pura sistemática cabría afirmar que ese plazo se reconoce en cualquier caso y al margen del tiempo transcurrido desde la entrega del bien pues, de haber querido el legislador otra regulación, así lo habría indicado. En tanto que no se imponen condiciones al plazo de los seis meses debe entenderse que este reconoce en cualquier caso incluso cuando pueda tener por efecto un alargamiento del plazo general de dos años[371]. Se trata además de una interpretación plenamente compatible con la Directiva y su carácter de mínimos.

De cualquier forma esa garantía que se establece en relación con la reparación efectuada sobre el bien se asienta sobre el presupuesto de la identidad entre la falta de conformidad originaria y la que se manifiesta una vez realizada la reparación. Y es que la garantía se refiere no a cualquier falta de conformidad que se pueda

[371] En el mismo sentido se manifiestan MARIN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1756; MARTIN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1739

manifestar sino únicamente a la misma que motivó la reparación[372]. Ante la dificultad que puede suponer en algunos casos acreditar esta circunstancia y a los efectos de aligerar la carga probatoria a cargo del consumidor sobre este extremo, el propio artículo 120 LGDCU instaura una presunción *iuris tantum* de que estaremos ante la misma falta de conformidad si se reproducen los mismos defectos inicialmente manifestados[373].

Ante la nueva falta de conformidad el comprador tiene la posibilidad de solicitar cualquiera de las cuatro medidas de

[372] El consumidor no se encontraría protegido frente a faltas de conformidad diferentes a la que motivó la reparación pero que, sin embargo, son consecuencia directa por una actuación culposa o negligente de quien realizó la reparación lo que genera una desprotección evidente e intolerable para el consumidor. Esa desprotección podría, sin embargo, ser paliada, aunque sólo en el sector de los aparatos de uso doméstico y de la reparación de automóviles, por la aplicación del Real Decreto 58/1998, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico (BOE nº 29, de 3 de febrero) que en su artículo 6 reconoce a todas las reparaciones efectuadas un plazo mínimo de garantía mínimo de tres meses y del Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero por el que se regula la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles de sus equipos y componentes (BOE nº 169, de 16 de julio de 1986) en cuyo artículo 16 se establece un plazo de garantía para las reparaciones de tres meses o dos mil kilómetros.

[373] Al respecto podría decirse que no necesariamente la misma falta de conformidad se manifiesta de igual forma sino que es posible que la manifestación difiera de la originaria y en ese caso, el comprador no se podría beneficiar de la presunción del artículo 120 y se vería forzado a desplegar una actividad probatoria suficiente como para acreditar que pese a las manifestaciones divergentes se trata de la misma falta de conformidad, actividad que amén del coste económico que puede suponer no siempre resulta factible para un consumidor.

reposición de la conformidad[374] incluyendo una segunda reparación que, a su vez, dispondrá de un período de seis meses de garantía[375].

3.7. Sustitución de productos no fungibles y de segunda mano

El artículo 120.g) establece que el comprador no podrá solicitar la sustitución de bienes que no sean fungibles ni de bienes de segunda mano. *A priori* ambos casos podrían reconducirse al supuesto de imposibilidad que recoge 119.1 LGDCU en cuya virtud no se puede instar aquel remedio que sea imposible. Y ello es así a la vista de las características de los bienes a los que se hace referencia. En primer lugar, bienes que no son fungibles y que por tanto carecen de la característica tipológica de la sustituibilidad o intercambiabilidad. En segundo lugar, bienes que fueron adquiridos de segunda mano y que, precisamente por el uso previo de que han sido objeto, poseen unas características de desgaste que les hacen únicos. En esa tesitura podría pensarse que el artículo 120. g) tiene todo el sentido. Sin embargo, ni todos los bienes no fungibles son necesariamente insustituibles ni los bienes de segunda mano son únicos e irremplazables por más que estas hipótesis sean las más frecuentes en la realidad. Luego, la insustituibilidad habría de ser valorada en cada caso teniendo presentes todas las circunstancias que

[374] Se deduce del propio artículo 120 d) y f) que si el consumidor no lo desea no tiene por qué reiterar la práctica más que de un intento de reparación o sustitución. Vid. MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1738.

[375] Vid. MARTÍN ARESTI. P.: ob. cit. pág. 1739

concurren en el mismo resultando criticable esta categorización absoluta y apriorística que cercena las posibilidades de defensa del consumidor en clara contravención de la propia Directiva 1999/44/CE que en ningún momento resulta tan categórica. Efectivamente en el considerando decimosexto establece que "*la naturaleza específica de los bienes de segunda mano hace generalmente imposible sustituirlos*" y que a los mismos no resulta aplicable por regla general del derecho del consumidor a la sustitución[376].

III. REMEDIOS SUBSIDIARIOS ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD. REBAJA DEL PRECIO Y RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El artículo 121 LGDCU hace referencia a las acciones de rebaja del precio y resolución del contrato como remedios subsidiarios ante la falta de conformidad del bien incorporando y adaptando al campo de la falta de conformidad las viejas acciones edilicias (redhibitoria y *quanti minoris*) del artículo 1486 del Código civil[377]. La subsidiariedad de estos remedios es clara consecuencia del modelo de regulación por el que se ha optado en el que la satisfacción de los intereses del consumidor se canaliza de forma preferente a través de las soluciones conservativas, más convenientes para el vendedor que las de carácter

[376] En idénticos términos se manifiesta MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1760 y AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1101

[377] GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: ob. cit. pág. 95

extintivo. Los remedios primarios gozan de prelación en el sistema de manera que, siendo posibles y aptos para la puesta en conformidad sin causar mayores inconvenientes al consumidor, constituyen la única vía por la que puede decantarse. No se trata de una subsidiariedad absoluta que obligue necesariamente a pasar por la práctica de los remedios primarios[378] pero sí al menos a su previa toma en consideración de forma que sólo cuando las acciones conservativas no fueran exigibles por su imposibilidad objetiva o su desproporción (art. 119 LGDCU) o bien hubiesen resultado insatisfactorias para la puesta en conformidad cabría el ejercicio de los remedios subsidiarios cuya aplicación es sucesiva y al mismo tiempo alternativa[379].

[378] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1762 se refiere a los supuestos de adquisición de bienes no fungibles de difícil o imposible reparación así como a los casos de entrega de bienes que padecen una falta de conformidad de tal envergadura que supone la total insatisfacción del consumidor como casos en los que el consumidor no puede ejercitar en primera instancia las acciones de rebaja del precio y resolución del contrato (premisa que no compartimos necesariamente puesto que en función de las circunstancias del caso no siempre quedará el consumidor obligado a intentar la reparación o la sustitución). En ambos casos se reclama la posibilidad de acudir a la acción de rebaja del precio o de resolución de forma directa sin necesidad de tener que agotar la previa vía a los remedios primarios que se sabe de antemano no van a resultar posibles ni satisfactorios. Como decimos, estas afirmaciones del autor no tienen valor absoluto puesto que en atención a las concretas características del supuesto de hecho cabrá la posibilidad de intentar desde el principio una de las acciones extintivas. El autor explica acertadamente que la razón por la que la rebaja del precio y la resolución del contrato se configuran como remedios de segundo grado tiene que ver con la protección de los intereses del vendedor que siempre preferirá la conservación del negocio frente a las opciones de corte total o parcialmente extintivo como la reducción del precio o la propia resolución del contrato pero que debe ceder en los casos en los que resulte la única vía a través de la que obtener la reparación de la conformidad.

[379] MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1742.

Efectivamente la posibilidad de recurrir a los remedios que ahora estudiamos se supedita a la verificación de una serie de presupuestos referidos a los remedios primarios. En concreto, el artículo 121 establece que el comprador podrá optar entre la rebaja en el precio o la resolución en aquellos casos en que "*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*". En primer lugar cabe el recurso a las acciones de rebaja del precio y resolución del contrato en aquellos casos en los que el consumidor *"no pudiera exigir la reparación o la sustitución"*, expresión que ha de ponerse en relación con el artículo 119.1 LGDCU en cuya virtud no pueden exigirse por el consumidor aquellas formas de saneamiento que sean imposibles o desproporcionadas. Luego, la imposibilidad o la desproporción uno de los remedios primarios constituyen el presupuesto habilitante para recurrir a los remedios subsidiarios[380]. El segundo supuesto en el que cabe acudir a la rebaja

[380] Con respecto a la forma en que se redacta el artículo 121 LGDCU ha de hacerse una observación importante. Y es que el precepto nacional se aparta de la Directiva comunitaria que exigía que la inexigibilidad de los remedios primarios se refiera a ambos al expresarse en los siguientes términos en su artículo 3.5: "*el consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato si no puede exigir **ni** la reparación **ni** la sustitución (…)".* De nuevo el legislador amparándose en que se trata de una Directiva de mínimos eleva el nivel de protección al consumidor con una diferencia muy sutil con respecto al texto de la Directiva pero de importantes efectos prácticos. El artículo 121 LGDCU supedita el recurso a los remedios subsidiarios al hecho de que "*no pudiera exigir la reparación **o** la sustitución*". Debe repararse en que la inexigibilidad se configura de forma alternativa en referencia a uno o a otro de los remedios pero no se requiere la inexigibilidad concurrente de ambos. MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1764 llama la atención sobre el particular. VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 99 critica la opción del legislador español por considerar que introduce una incorrecta interpretación en la ordenación de

del precio o la resolución del contrato requiere de la previa constatación de que la reparación o sustitución han resultado infructuosas en tanto que no han conseguido subsanar la falta de conformidad o no se han realizado en tiempo razonable o sin mayores inconvenientes[381]. Se trata en ambos supuestos de la sanción que la norma dispensa ante la contravención de las condiciones que rigen la reparación o sustitución [art. 120.b)][382].

remedios que la Directiva confiere ante la falta de conformidad. El texto comunitario lo que hace es atribuir una consecuencia muy clara a los casos en que uno de los remedios instados inicialmente sea imposible o desproporcionado. Y esa consecuencia no es más que la pérdida del derecho de opción por parte del comprador que deberá someterse al remedio alternativo salvo que este también resulte imposible o conlleve costes irracionales para el vendedor. Pero en ningún caso era intención de la Directiva abrir el recurso a los remedios subsidiarios sin previamente haber hecho excusión de los dos remedios primarios. MARTÍN ARESTI, P.: ob. cit. pág. 1742 se muestra partidaria de esta segunda opción y de restringir, por tanto, el recurso a los remedios subsidiarios a aquellos casos en los que la reparación o la sustitución se hayan mostrado inviables y no quepa el ejercicio del remedio alternativo. De otra forma, según la autora, se estaría permitiendo la fácil elusión de la ordenación legal de los remedios. AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1113 por el contrario, entiende que el recurso a los remedios subsidiarios de conformidad únicamente requiere de la verificación de la imposibilidad o desproporción o de los mayores inconvenientes de uno de los remedios primarios sin necesidad de que el otro también lo sea.

[381] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 100 se cuestiona si para poder instar las acciones de rebaja del precio o de resolución del contrato bastará con acreditar que la forma de reparación elegida no se ha realizado en tiempo razonable y sin mayores inconvenientes o, si por el contrario, se requerirá la constatación de que el remedio alternativo tampoco sería apto para subsanar la falta. Lo cierto es que se trata de una cuestión que el propio artículo 120. c) y f) resuelve cuando afirma que si la reparación o sustitución no han conseguido eliminar la falta de conformidad el comprador puede optar entre el remedio alternativo al instado (siempre que no resulte desproporcionado) o por cualquiera de los remedios subsidiarios.

[382] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. págs. 1765-6 se refiere a otros casos en los que cabe reclamar la rebaja del precio o la resolución del contrato aun cuando no se encuentren expresamente contemplados en la norma. Se trataría de los casos de negativa del vendedor a ejecutar la reparación o sustitución que,

En todo caso, una vez que concurran los supuestos habilitantes para el recurso a las acciones subsidiarias, el consumidor deberá optar por aquella que le resulte más satisfactoria, elección que no parece estar limitada más que por el hecho de que "*la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa cuantía*" según el art. 121 *in fine*. De nuevo se deja sentir en este punto la intención del legislador de, procurando remedios satisfactorios al comprador, minimizar el recurso a la resolución por la contundencia de sus efectos.

1. La resolución del contrato. Presupuestos y efectos

La resolución supone la total remoción de los efectos propios del contrato y tiene como principales efectos la liberación de las prestaciones que aún resten por ejecutar y la restitución de aquellas que ya se hubieren materializado[383].

Configurada como un remedio de carácter subsidiario al que únicamente cabe recurrir cuando previamente se haya constatado la inexigibilidad de los remedios primarios o su inaptitud para resolver

sin embargo, resultan posibles, situación que equipara a la inexigibilidad que contempla como presupuesto el art. 12 y de los casos de retraso en la entrega del bien si la misma constituía un término esencial (ej.: entrega tardía de vestido de novia) en tanto que ni la reparación ni la sustitución resultarían aptas para reparar la falta de conformidad. Por último, el supuesto en que exista acuerdo a tal efecto entre las partes.

[383] Razón por la cual la resolución del contrato no será posible cuando el bien no conforme se haya perdido o cuando haya sido transmitido a un tercero (en ese caso el legitimado para la resolución del contrato no será el comprador originario que, por haber transmitido el bien, no se encuentra en condiciones de realizar la restitución sino el propietario actual de la cosa

la falta de conformidad en tiempo razonable y sin mayores inconvenientes, la LGDCU no contiene un régimen jurídico completo de la misma sino sólo algunas referencias aisladas. En concreto, se dispone que la resolución no podrá instarse ante faltas de conformidad de escasa importancia[384] lo que obliga a determinar cuándo una falta de conformidad presenta la entidad suficiente como para justificar el recurso a la resolución. Ante el silencio de la LGDCU la valoración de la envergadura de la falta de conformidad habrá de hacerse teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto[385].

[384] Que serían aquellas pequeñas deficiencias que en nada impidan el desarrollo de las funciones propias del producto o aquellas que únicamente afectan a los accesorios del bien pero que no impiden el correcto funcionamiento del producto principal. Las SAP Barcelona de 22 de noviembre 2004 o SAP Cáceres 26 de enero de 2007 en las que se niega la resolución del contrato en sendas adquisiciones de automóviles que pese a presentar pequeñas deficiencias han sido utilizados con normalidad de forma prolongada. La SAP Zaragoza de 11 de mayo de 2007 se refiere a la resolución del contrato de compra de un automóvil por el defectuoso funcionamiento del GPS que, sin embargo, no incide en el correcto funcionamiento del coche. O la SAP La Coruña de 24 de septiembre de 2007. MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: ob. cit. pág. 140 afirma que se trata de una medida eficiente desde el punto de vista del análisis económico ya que reduce "*el uso oportunista de la resolución del contrato para satisfacer necesidades y preferencias cambiantes de las partes contratantes*", afirmación que a nuestro juicio resulta excesiva.

[385] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1768 se refiere a algunos supuestos que, pese a la escasa importancia de la falta de conformidad, permiten reclamar la resolución del contrato. Se refiere a los casos en que la falta de conformidad no ha sido subsanada por la reparación o sustitución. La interpretación resulta acorde con el entendimiento previo que el autor hace de la expresión "*sin mayores inconvenientes*" que equipara, a nuestro entender de forma equivocada, a la reparación o sustitución infructuosas. En tales casos, cabría a su juicio el recurso a la resolución del contrato aun en caso de faltas de conformidad de escasa importancia. No así en el caso de que la reparación o sustitución resulten inexigibles donde el recurso a la resolución se encuentra mediatizado por la envergadura de la falta de conformidad. A nuestro juicio la limitación que impone el legislador en atención a la entidad de la falta de conformidad opera en cualquier caso pues de haber querido otra solución

Solicitada la resolución del contrato procede, como decimos, la restitución de todas las prestaciones ya ejecutadas así como la inexigibilidad de las que se encuentren pendientes de cumplimiento siguiendo la regulación general del Código civil. Lo que supone para el comprador la obligación de devolver la cosa y para el vendedor la obligación de devolver el precio cobrado[386] (si no se ha cobrado de forma íntegra no procederá más devolución que la de las cantidades efectivamente cobradas) sin poder retener cantidad alguna en concepto de indemnización por el uso que el bien ha sufrido hasta la restitución[387]. Así lo manifiesta de forma expresa el artículo 21.1.2 LGDCU al afirmar que "*la devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de fala de conformidad del producto con el contrato (…)*"

diferente el legislador así lo habría hecho constar. AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1114 afirma que la determinación de la envergadura de la falta de conformidad habrá de hacerse, en primer lugar, por referencia a las concretas condiciones contractuales establecidas por las partes pero que, a falta de concreción en este ámbito, deberán tenerse en cuenta los criterios habituales del tráfico comercial que entiende como defectos de escasa importancia los referentes a acabados, presentación, embalaje, adornos no esenciales, etc.

[386] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1770 niega la posibilidad de que la devolución del precio se realice mediante la entrega de vales, precisión que consideramos plenamente acertada en tanto que la fuente de la obligación no es la voluntad de las partes (con poder de modulación sobre la forma en que se materializa la devolución) sino la ley.

[387] MARTÍNEZ VELENCOSOSO, L.: ob. cit. pág. 142 afirma que podría defenderse esa retención con base en el principio de equidad y la propia Directiva que en su considerando decimoquinto prevé la posibilidad de que los estados miembros puedan acordar que se pueda reducir el importe de la restitución al consumidor teniendo en cuenta el uso que éste haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado. En nuestra opinión desde el momento en que el legislador, pudiendo haberlo hecho al amparo de la Directiva, rechaza tomar una medida de estas características deja clara su voluntad de que ninguna reducción pueda realizarse en caso de resolución del contrato y no debe quedar a los tribunales, como afirma la autora, la determinación de esa posible reducción.

resolviendo definitivamente la duda que se planteaba en torno a la posibilidad de retención de una parte del precio.

Aun cuando nada se dice en la LGDCU cabe plantearse la posibilidad de una resolución parcial del contrato en aquellos casos en que la prestación consista en la entrega de un conjunto de cosas diversas y que sólo una o varias de ellas adolezcan de falta de conformidad. Sería económica y jurídicamente inadecuado obligar al comprador a la resolución del contrato en su integridad si la prestación que no adolece de faltas aún le resulta satisfactoria razón por la cual cabe afirmar que la resolución parcial ha de entenderse perfectamente viable[388] dándose lugar en tal caso a la restitución parcial de las prestaciones realizadas (el vendedor deberá restituir la parte del precio correspondiente a la parcial falta de conformidad mientras que el comprador deberá restituir únicamente la parte del bien sobre la que se extiende la falta de conformidad).

2. La rebaja del precio

La rebaja del precio constituye el cuarto de los remedios a disposición del comprador que sufre una falta de conformidad[389]. Al

[388] AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1114 así lo entiende también. Cuestión distinta es aquella en la que el bien que presenta la falta de conformidad se trata de un objeto único que resulta defectuoso sólo en parte. En tal caso la resolución parcial del contrato requeriría la posibilidad de "aislar" las partes defectuosas y permitir el uso del resto del artículo.

[389] La reducción del precio no es, sin embargo, una medida nueva puesto que ya se recogía en el Código civil en relación con los vicios ocultos de la cosa *ex* art. 1486 que se refiere a la acción estimatoria o *quanti minoris*

igual que la resolución del contrato, se configura por la norma como un remedio de carácter subsidiario al que únicamente cabe acudir previa constatación de la inexigibilidad de los remedios primarios o su inaptitud para restaurar la falta de conformidad en breve plazo y sin mayores inconvenientes. Esta configuración de la rebaja del precio como criterio subsidiario ha sido criticada por quienes consideran que debiera haberse ofrecido como uno de los remedios primarios ante la falta de conformidad[390]. Pese a ello la rebaja del precio es uno de los remedios más empleados siempre que la reparación o la sustitución no son posibles o fracasan en el propósito de poner fin a la falta de conformidad puesto que el recurso a la resolución requiere de la gravedad del bien.

No se trata de un remedio de carácter propiamente indemnizatorio pese a que la misma conlleva una compensación económica al comprador. En primer lugar porque, a diferencia de la indemnización por daños y perjuicios, esa reducción del precio no comprende ni los daños ulteriores generados por el menor valor del bien ni los gastos necesarios para su reparación[391]. El verdadero fundamento de la rebaja del precio no es otro que reestablecer el

[390] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1771 es uno de quienes sostiene la crítica. Al respecto cabe observar, de nuevo, que la norma comunitaria así como las respectivas normas nacionales han querido proteger el interés del vendedor optando de forma preferente por las acciones conservativas del contrato frente a las soluciones de carácter extintivo.

[391] Conceptos sobre los que cabrá instar en paralelo la indemnización por daños y perjuicios cuya expresa compatibilidad se declara en el artículo 117 LGDCU

equilibrio entre el precio pactado y lo recibido a cambio corrigiendo con ello el incumplimiento del vendedor[392].

La rebaja proporcional del precio se calculará en atención a los parámetros que el artículo 122 LGDCU proporciona al efecto[393]. Según este precepto la rebaja "*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*". La determinación de la rebaja del precio se hace, pues, con arreglo a criterios de estricta índole objetiva como el menor valor del bien en el momento de la entrega en atención a la falta de conformidad. Esa diferencia de valor entre un bien sin desperfectos y el que fue realmente entregado se trasladará a la concreta composición de intereses que las partes hayan fijado de forma que el precio realmente pagado se verá reducido en idéntica proporción[394]. A diferencia de lo dispuesto por el Código civil, que en su artículo 1486 remitía el cálculo exacto de la rebaja del

[392] En este sentido VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 103.

[393] Nuestra norma sigue el modelo de la Convención de Viena que en su artículo 50 establece los criterios con arreglo a los cuales se debe establecer la cantidad a rebajar. La Directiva comunitaria no contiene, sin embargo, pronunciamiento alguno al respecto limitándose a afirmar que la reducción ha de ser adecuada.

[394] FUENTESECA DEFENEFFE, C.: *La venta de bienes de consumo y su incidencia sobre la legislación española*, Madrid, 2007, pág. 316 afirma que en el supuesto, poco frecuente, de que la falta de conformidad supusiera un aumento de valor de la cosa no habría lugar a la acción de reducción del precio pues ningún perjuicio ha experimentado el comprador. MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: ob. cit. pág. 143 llama la atención sobre el hecho de que la rebaja del precio no se calcula por referencia al precio pagado sino al valor del bien para garantizar así la absoluta objetividad de la medida.

precio al juicio de los peritos, la LGDCU guarda silencio lo que sin duda debe ser interpretado en favor de la libertad de pactos entre las partes como primera fuente de dicha decisión y sólo subsidiariamente al juicio de peritos o de un juez en caso de conflicto[395].

Siendo las normas sobre falta de conformidad aplicables no solo a la compraventa sino también a la permuta, la rebaja en el precio deberá realizarse en esos casos atendiendo la particular naturaleza jurídica de este contrato de forma que el vendedor habrá de restituir una parte de las cosas recibidas si estas fueren fungibles o una cantidad de dinero en el caso de cosas no indivisibles[396]

IV. LA ACCIÓN DIRECTA CONTRA EL PRODUCTOR

El artículo 124 LGDCU completa la protección del consumidor otorgando la posibilidad de accionar directamente contra el productor en aquellos supuestos en que, por diversas causas, la reclamación al vendedor o no sea posible o resulte excesivamente gravosa[397]. Se trata de una medida que va más allá de

[395] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1774 así lo entiende también. VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 103 afirma que no se trata de corregir la voluntad de las partes a la hora de establecer un precio sino de establecer una valoración realista de la distorsión producida. Así se introduce una regla de proporcionalidad entre el precio pactado y el valor real en el momento de la contratación (que ha sido asumido por ambas partes).

[396] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1773 así lo afirma

[397] En otros países de nuestro entorno como Francia la jurisprudencia autoriza al destinatario del bien a dirigirse directamente para exigir la garantía

lo establecido en el artículo 4 de la Directiva 1999/44/CE, que simplemente contemplaba la posibilidad de que los estados reconociesen al vendedor final que tuvo que responder por la falta de conformidad una acción de regreso frente al responsable efectivo del bien. La norma española, además de reconocer la acción de regreso al vendedor final frente al responsable material de la falta de conformidad, reconoce al comprador una acción directa contra el productor del bien. La acción se configura como un remedio excepcional[398], calificado por el Libro Verde como de naturaleza "*cuasi subsidiaria*"[399] reservado únicamente para aquellos casos en que al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse al vendedor[400], supuestos que, por lo demás, no serán

legal a cualquiera de los vendedores de la cadena de distribución. CALAIS AULOY, J./TEMPLE, H.: *Droit de la consommation*, 9ª ed., 2015, pág. 221.

[398] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 295 en idéntico sentido. En el ordenamiento portugués el acceso a esta acción directa contra el productor no se condiciona por circunstancia alguna constituyendo un recurso "ordinario" para el consumidor junto a la reclamación al vendedor. SERRA RODRÍGUEZ, A.: "La responsabilidad del productor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo", *RdP*, 16, 2006, pág. 121 y ss. Considera que hubiese sido deseable que, como en el caso de la legislación portuguesa, se hubiese establecido una responsabilidad directa y solidaria del productor pues ello hubiese supuesto una mayor dosis de protección al consumidor. En idéntico sentido AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1125 quien critica que la solución adoptada por el legislador español se haya quedado a medio camino de lo que constituiría el punto ideal de llegada para la mejora en la protección de los consumidores que sería el establecimiento de una responsabilidad solidaria entre vendedor y productor frente al consumidor

[399] Vid. Libro Verde, pág. 91.

[400] AVILES GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1126 critica que el legislador haya optado por una fórmula tan discrecional para condicionar la acción directa contra el productor.

demasiado frecuentes[401]. La concurrencia de imposibilidad o excesiva onerosidad de una reclamación directa al vendedor, en tanto que presupuestos que habilitan para la reclamación directa frente al productor, deberá ser probada por el consumidor que reclama circunstancia esta que introduce una dificultad adicional para la interposición de la acción reduciendo su hipotética virtualidad en buen número de casos.

No puede dudarse de la ventaja que representa para el consumidor de cara a hacer efectivos sus derechos máxime en aquellos supuestos en los que el vendedor final ante el que cabría inicialmente reclamar o bien ya no continúa en el ejercicio de la actividad o se encuentra en otro país, circunstancias ambas que dificultarían enormemente el ejercicio de sus derechos. Además, la medida no resulta incompatible con la propia naturaleza de la responsabilidad por faltas de conformidad desde el momento en que resulta habitual que el vendedor no sea más que un puro intermediario cuyo papel se reduce a la reventa de los bienes suministrador por el fabricante sin tener ningún tipo de intervención en los procesos de diseño y fabricación de los productos y que cuando

[401] Como supuestos en los que cabría entender que la reclamación contra el vendedor resulta imposible o muy gravosa considera el "Libro verde de la Comisión, de 15 de noviembre de 1993, sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios posventa" los casos en que el vendedor se encuentra inmerso en un procedimiento concursal o aquellos otros en que al consumidor le resulte imposible localizar al vendedor bien porque ha cesado su actividad en el mercado o bien porque se encuentra domiciliado en un lugar lejano al domicilio del comprador (disposición está pensada, seguramente, para las ventas transfronterizas)

este responde frente al consumidor lo haga por faltas de conformidad que no le resultan imputables[402]. Pero, sin embargo, se trata de una regla de difícil inserción en nuestro derecho privado por exceder el ámbito de las relaciones contractuales cuestionando la vigencia del principio de relatividad de los contratos. El carácter extracontractual de esta acción va a condicionar, como veremos, su régimen jurídico.

1. Legitimación pasiva

Sin perjuicio de lo afirmado en el capítulo II de esta obra, puede afirmarse ahora que el productor contra el que se dirige la acción será aquel sujeto que, conforme al artículo 5 de la LGDCU actúa como fabricante del bien, prestador del servicio, importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea así como 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[403].

[402] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1798 considera que la acción directa contra el productor tiene un efecto positivo que es la preocupación de los productores por mejorar la calidad de sus productos a fin precisamente de evitar hacer frente a este tipo de reclamaciones. Afirma también que en la sociedad actual los objetos se adquieren no sólo en atención a las prestaciones que pueda ofrecer el vendedor sino también por pertenecer a una marca que goza de prestigio. Con todo, pese a saludar la medida del artículo 124 LGDCU, considera que ha supuesto un retroceso con respecto a los niveles de protección que la jurisprudencia había reconocido de forma reiterada al articular la responsabilidad de vendedor y fabricante como una responsabilidad solidaria y no de carácter subsidiario como el art. 124 LGDCU reconoce.

[403] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 115 afirma que el ámbito subjetivo de la acción contra el productor queda claramente delimitado al responsable último de la falta de conformidad no siendo posible ensancharlo más

Se trata de una responsabilidad objetiva cuyo título de imputación nada tiene que ver con la conducta del productor sino con un puro reparto de riesgos[404]. No se articula una responsabilidad solidaria ni siquiera subsidiaria como pudiera parecer sino, antes al contrario, se trata de una responsabilidad residual o de una norma de cierre del sistema[405] ejercitable sólo en supuestos muy concretos previa verificación de la imposibilidad o excesiva gravosidad del recurso al vendedor.

2. Presupuestos

La acción directa tiene dos presupuestos. En primer lugar, la propia existencia de una falta de conformidad (que ha debido manifestarse dentro del plazo de dos años desde la entrega siendo, además, una falta de conformidad de la que el consumidor no tenía

allá de la figura del productor permitiendo reclamar frente a cualquier sujeto con el que no se ha contratado.

[404] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 117 afirma que se trata de una responsabilidad de carácter objetivo que no se deriva de la actuación negligente o culposa sino de la propia existencia de una falta de conformidad que se entiende como un riesgo imputable al productor. En el mismo sentido, AVILÉS GARCIA, J.: ob. cit. pág. 1128.

[405] GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: ob. cit. pág. 105 la considera como una norma de cierre del sistema que reduce su virtualidad a los escasos supuestos en los que no sea posible instar la responsabilidad frente al vendedor. Añadimos nosotros que, efectivamente, el comprador siempre preferirá ejercitar sus derechos frente al vendedor no sólo porque le resulte más sencillo y económico sino porque tendrá a su disposición, además de la reparación y sustitución, las opciones de rebaja del precio y resolución del contrato. AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1125 critica que el legislador español se haya quedado a medio camino en la protección del consumidor y no haya optado por articular la medida más ventajosa que sería la responsabilidad solidaria entre vendedor y productor.

conocimiento en el momento del contrato) pero no de cualquier falta de conformidad. El artículo 124 circunscribe la posibilidad de ejercitar la acción contra el productor a la existencia de faltas de conformidad referidas al "*origen, identidad o idoneidad de los productos*" que, por lo demás, son las faltas que pertenecen a su esfera de control. Lo que permite afirmar interpretando la norma *sensu contrario*, que la acción contra el productor no procederá por faltas que no tengan que ver con el origen, identidad o idoneidad del producto que resultarían, por tanto, únicamente exigibles al vendedor o, en su caso, a terceros sujetos intervinientes en la distribución (ej.: transportistas e intermediarios). En contraste con la situación tipo en la que el consumidor reclama al vendedor y este debe responder por cualquier falta de conformidad (disponiendo de una acción de regreso para el caso de que el verdadero responsable de la falta de conformidad fuera otro sujeto, normalmente el productor o fabricante), el haz de faltas de conformidad ante las que cabe la acción directa resulta mucho más reducido[406].

El segundo presupuesto lo constituye la circunstancia de que la reclamación al vendedor no sea posible o resulte excesivamente gravosa. La imposibilidad puede deberse a razones de carácter material (cierre del establecimiento) o jurídica (no se dan los presupuestos para accionar contra el vendedor)[407]. Es excesivamente

[406] VÉRGEZ SÁNCHEZ, M.: ob. cit. pág. 116.

[407] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1801 se refiere a los casos en que el vendedor consiga demostrar que no conocía las declaraciones públicas

gravosa la reclamación al vendedor cuando por razones de cualquier índole el recurso al vendedor conlleva costes (no sólo económicos) más elevados que la propia acción directa frente al productor[408].

3. Criterio de imputación de responsabilidad al productor

El articulo 124 LGDCU no se pronuncia acerca del título de imputación de la responsabilidad al productor. Puede concluirse, sin embargo, que se trata de una responsabilidad de carácter objetivo. En primer lugar, porque no se admite en ningún momento la exoneración del productor mediante la acreditación de la observancia de la diligencia debida ni de la ignorancia de la existencia de los vicios, lo que sin duda sería el rasgo más evidente de que nos encontraríamos ante un sistema de responsabilidad subjetivo basado en la culpa o negligencia. En segundo lugar porque se afirma que la responsabilidad del productor cesará en las mismas condiciones que las establecidas para el vendedor siendo claro que la responsabilidad del vendedor es de carácter objetivo conforme a un puro criterio de reparto de riesgos. Y en tercer lugar porque el reconocimiento al productor de una acción de regreso frente al responsable del defecto, posibilidad que únicamente tiene sentido cuando se hace responder al productor de un modo objetivo frente al consumidor dejando

realizadas por el productor, uno de los supuestos de exoneración de responsabilidad del vendedor que contempla el artículo 116.d).

[408] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1801 afirma que tales circunstancias se darían cuando el vendedor es de difícil identificación o localización, cuando el vendedor sea insolvente o cuando se trate de un vendedor ambulante.

imprejuzgado el resultado final de la atribución definitiva de la responsabilidad por la falta[409].

4. Efectos

Es, además, una medida de alcance limitado puesto que cuando el consumidor ejerce esta acción de responsabilidad frente al productor únicamente puede conseguir la reparación o la sustitución del bien. No se contemplan ni la rebaja del precio ni la resolución del contrato[410]. Parece que el legislador ha querido en esta ocasión, que no en otras, guardar respeto al principio de relatividad de los contratos reservando los remedios subsidiarios únicamente para aquellos casos en que la reclamación se dirige frente al vendedor del bien con quien el consumidor se encuentra vinculado contractualmente. Aunque técnicamente correcta, esta limitación no parece ser demasiado consecuente con el espíritu proteccionista que preside la norma. Si la acción directa contra el productor se articula

[409] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 297 considera que la acción de regreso frente al responsable de la falta de conformidad sólo tiene sentido cuando se hace responder al productor de modo objetivo frente al consumidor dejando imprejuzgado el resultado final de la atribución definitiva del quebranto económico que para el responsable supone el saneamiento.

[410] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 296; MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: ob. cit. pág. 110; VERGEZ SANCHEZ, M.: ob. cit. pág. 116; AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1127. MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1803 afirma que, en tanto que el productor está actuando como garante del vendedor no habría razón para que no pudiera reconocerse la comprador el acceso a todos los remedios de puesta en conformidad. Sin embargo, no creemos que deba ser así porque, en el supuesto concreto de la acción directa contra el productor éste no está afrontando una reclamación en garantía sino de sí mismo desde el momento en que sólo las faltas relacionadas con el origen, identidad o idoneidad pueden hacerse valer por esta excepcional vía.

como un remedio excepcional para aquellos casos en que la reclamación al vendedor no es posible, no hay razón para limitar la eficacia de esa acción contra el productor. En primer lugar por razones de pura coherencia. Y es que no parece muy consecuente hacer responder al vendedor por faltas de conformidad derivadas del proceso de fabricación y, por tanto, no imputables a su conducta y no adoptar idéntico esquema de responsabilidad para el productor quien, en la mayor parte de los casos responderá por "errores" propios (las únicas faltas de conformidad por las que se puede instar la acción directa contra el productor son aquellas relacionadas con el origen, identidad e idoneidad del producto, circunstancias todas ellas que en la mayor parte de supuestos entran en la esfera de control del productor) y quien en caso contrario dispone de una acción de regreso para recuperar los costes asumidos[411]. Sorprende, además, que no se haya previsto por la norma una solución para el caso de que la reparación o la sustitución no sean posibles o para el supuesto en que la reparación o sustitución no se haya realizado, como parece exigible, en un plazo razonable quedando en estos casos el consumidor completamente desasistido[412]. Si la acción directa frente al productor

[411] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 297 para quien resulta incoherente.

[412] MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: ob. cit. pág. 110 ha puesto de manifiesto esta realidad si bien la solución propuesta de que el consumidor deba aceptar un bien "similar" al que se veía afectado por la falta no nos parece adecuada. Imaginémonos el caso de un bien de segunda mano, por definición no susceptible de sustitución, que tampoco puede ser reparado. En ese caso, ante la inaplicabilidad de los dos remedios expresamente recogidos por la norma ¿cuál ha de ser la solución a adoptar? Dado el tenor literal del precepto que recoge la

se concibe como una acción subsidiaria o sustitutiva para aquellos casos en que no se pueda reclamar directamente frente al vendedor no debiera limitarse en tal caso la batería de remedios a disposición del consumidor pues, suficiente limitación supone ya, el hecho previo de no poder reclamar contra el vendedor y tener que afrontar un proceso más costoso como es la reclamación al productor (en la que recordemos la carga de la prueba le corresponde al consumidor).

Esta limitación de remedios ante la falta de conformidad no afecta, sin embargo, a la indemnización por los daños y perjuicios. Pese a que el tenor literal de la norma, que se refiere únicamente a la posibilidad de instar la reparación o la sustitución, podría hacer pensar que la indemnización por daños y perjuicios no resulta exigible al productor lo cierto es que existen argumentos suficientes para sostener que dicha indemnización resulta absolutamente procedente. En primer lugar la propia redacción del artículo 124 LGDCU que afirma que el productor responderá en los mismos plazos y condiciones que el vendedor. Pero sobre todo, por lo establecido en el artículo 117 LGDCU que permite siempre y "*en todo*

responsabilidad del productor, el consumidor quedaría huérfano de toda protección frente a la falta de conformidad al margen de las acciones de responsabilidad que, con carácter general, prevé la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios a cuya aplicación llama CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 305 opción del legislador esta que no nos parece adecuada en ningún modo.

caso" al consumidor exigir la indemnización por los daños y perjuicios que le haya irrogado la falta de conformidad[413].

5. Plazos

En todo caso, la responsabilidad del producto frente a las concretas faltas de conformidad que permiten la acción directa contra él "*cesa en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el vendedor*"[414].

[413] A idéntica conclusión llega CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 298-299 aunque utilizando diferentes argumentos con desigual fuerza discursiva. La autora parte de la literalidad del precepto legal que reduce los remedios asumidos por el productor a la reparación y a la sustitución del bien pero a continuación realiza una serie de consideraciones que le llevan a afirmar que la indemnización por daños y perjuicios puede superponerse a la responsabilidad del productor: a) en la medida en que el productor responde "en los mismos plazos y condiciones que el vendedor" y teniendo en cuenta que este asume la responsabilidad por daños y perjuicios frente al consumidor; b) a la vista de que existe un gran parecido entre el artículo que recoge las faltas por las que responde el productor (*"con carácter general (…) el productor responderá por la falta de conformidad cuando la misma se refiera al origen, identidad o idoneidad de los bienes de consumo, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que lo regulan"*) y el artículo 27.1.a) de la ya derogada LGDCU de 1984 (vigente en el momento en que la autora formula su teoría); c) en la media en que la norma entonces vigente (y en idéntico sentido la actual) declaraban la compatibilidad de las acciones específicas contempladas en relación a las faltas de conformidad con la indemnización de daños y perjuicios que pudiera corresponder "de acuerdo con la legislación civil y mercantil". En nuestra opinión es el último de los argumentos utilizados por la autora, y no el resto de los que emplea, el que resulta determinante para afirmar que el productor puede verse constreñido a indemnizar los daños y perjuicios causados siquiera por vía extracontractual.

[414] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1804 se refiere a la posibilidad de que algunos de los plazos exigidos para la reclamación contra el vendedor no sean, sin embargo, factibles cuando se insta la acción contra el productor. Sería el caso del plazo de dos meses para la denuncia de las faltas de conformidad que, de haberse cumplido, con relación al vendedor puede no cumplirse cuando se interpone reclamación contra el productor previa constatación de que la responsabilidad del vendedor no podrá hacerse efectiva por su estado de insolvencia o por haber finalizado este su actividad profesional. En tal caso señala

6. La acción de repetición frente al responsable de la falta de conformidad

El artículo 124.2 LGDCU establece que "*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*". La norma parte de la distinción entre responsable "formal" y "material" de la falta de conformidad. La condición de responsable formal frente al consumidor, que no tiene por qué coincidir con la de responsable material de la falta de conformidad, se atribuye con carácter general al vendedor. Se trata de una responsabilidad objetiva que le resulta imputable al margen del nivel de diligencia que haya podido observar llegando incluso al extremo de tener que responder por faltas de conformidad que en modo alguno le resultarían imputables en un sistema de imputación subjetiva. Este sistema que reporta indudables ventajas desde el punto de vista del consumidor en tanto que le facilita el ejercicio de sus derechos, requiere de ciertas medidas de compensación en favor del vendedor asignando los efectos económicos de la falta de conformidad a quien sea materialmente responsable de la misma. En este contexto se atribuye a quien haya respondido frente al consumidor (que, como decimos, suele ser el vendedor aunque también puede serlo el productor a través de la

que habría que entender que el plazo se entiende cumplido en tanto que así fue cuando se interpuso la acción contra el vendedor.

acción directa) la acción de repetición para reclamar de quien resulta materialmente responsable de la falta de conformidad[415].

La forma en que el legislador español ha incorporado esta prescripción de la Directiva a nuestro ordenamiento jurídico difiere en muchos aspectos de la elegida por otros países de nuestro entorno lo que se explica por el carácter tan abierto con que la Directiva recoge esa acción de regreso. Así, en el ordenamiento alemán la acción de repetición que se concede al vendedor le faculta únicamente para dirigirse contra su suministrador directo pero no frente a otros sujetos de la cadena de distribución mientras que en el ordenamiento italiano, como en el nuestro, esa repetición puede instarse frente a cualquier interviniente en la cadena de producción y distribución del bien al que resulte atribuible al falta de conformidad. De igual modo, difiere la amplitud con la que tal acción de regreso se concibe en estos ordenamientos jurídicos: desde la acción de regreso en sentido estricto contemplada en el ordenamiento italiano que únicamente permite al vendedor recuperar los gastos que haya debido realizar con ocasión del saneamiento hasta la más amplia consideración que el regreso recibe en Portugal donde por tal vía el vendedor podrá

[415] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1805 critica la ubicación de la norma dentro de un precepto heterogéneo en el que se incluye también la acción directa contra el productor. Critica también el hecho de que, en contra de lo dispuesto por la Directiva comunitaria que condicionaba la adopción de una medida de estas características a la determinación de los sujetos responsables, de las acciones y condiciones de ejercicio, el artículo 124.3 LGDCU se limite a una formulación tan escueta del derecho de repetición lo que obliga al intérprete a realizar una intensa actividad.

recuperar todos los perjuicios causados por el ejercicio de los derechos del consumidor.

En nuestro ordenamiento jurídico la parquedad con que la acción de regreso se recoge genera problemas de interpretación en la medida en que algunos extremos decisivos como la determinación de los sujetos legitimados activa y pasivamente para el ejercicio de la acción así como del alcance de la misma no quedan suficientemente perfilados en la norma.

6.1. Elementos subjetivos

Sin perjuicio de lo afirmado en el capítulo II de esta misma obra al que nos remitimos en este punto, puede afirmarse que el titular de la acción de regreso será, con carácter general el vendedor en tanto que él es quien responde *prima facie* frente al consumidor, condición que la norma utiliza para la atribución del derecho[416]. La

[416] Cabe plantearse si esta misma acción de regreso se atribuye al productor cuando éste ha debido responder por una falta de conformidad de la que no es responsable. La respuesta está en íntima conexión con la concepción que se maneje al respecto de la acción directa contra el productor. Si se concibe como una acción excepcional que únicamente cabe por faltas de conformidad relativas al origen, identidad o idoneidad de los productos, que son precisamente las faltas directamente imputables al productor la acción de regreso no tendría sentido en tanto que en estos supuestos se produce la acumulación en un mismo sujeto de las condiciones de responsable formal y material de la falta de conformidad. Si, por el contrario, se concibe la acción directa como una acción que cabe ante cualquier falta de conformidad, es posible que el productor acabe teniendo que responder por faltas que no le resultarían imputables y en ese caso tendría todo el sentido que se le atribuyera un derecho de regreso. En nuestra opinión la acción contra el productor aparece claramente delimitada por el artículo 124 que la circunscribe a aquellas faltas de conformidad de las que el propio productor es responsable con lo que carecería de cualquier sentido atribuirle opción de regreso contra sí mismo.

acción se dirigirá contra el responsable de la falta de conformidad que será aquel sujeto (que puede ser miembro de la cadena de producción o ser un tercero ajeno) a cuya conducta pueda ser atribuible la falta de conformidad. La responsabilidad en vía de regreso prescinde de cualquier vinculación contractual entre el responsable frente al vendedor y el sujeto hipotéticamente obligado por la acción de regreso[417].

6.2. Criterios de imputación

Nada se dice tampoco en nuestra norma acerca del criterio de imputación de las faltas de conformidad en el ejercicio de la acción de regreso por parte del vendedor final o, en su caso, del productor. En ausencia de un criterio legal claramente establecido el operador ha de interpretar si nos encontramos con una responsabilidad de carácter objetivo o subjetivo. Teniendo en cuenta que la responsabilidad de carácter objetivo impuesta a vendedor y productor frente al consumidor suele constituir una medida excepcional orientada, como en este caso, a la consecución de mayores dosis de efectividad en la protección del consumidor evitándole tener que realizar una actividad probatoria económicamente costosa y a veces imposible de realizar, no parece que sea esta la opción que el legislador tenga en mente en tanto que no se reproducen en los suministradores las condiciones de inferioridad y asimetría que sí padece el consumidor. Lo que permitiría afirmar que la responsabilidad de los intervinientes

[417] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 303.

en la cadena de distribución del producto que pueden verse afectados por la acción de regreso de vendedor o productor es de carácter subjetivo[418]. Incluso podría sostenerse que cuando el artículo 124 afirma que "*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"* encierra una presunción *iuris tantum* a favor del vendedor según la cual las faltas de conformidad referidas al origen, identidad e idoneidad del producto resultan con carácter general imputables al productor. Se trataría de una medida de protección del vendedor detallista adoptada en vista del abrumador porcentaje de casos en los que es él quien responde frente al consumidor y lo hace por faltas de conformidad derivadas de defectos de fabricación o producción y teniendo en cuenta, además, la posición de subordinación que ocupa el vendedor frente al productor[419]. Se trataría, no obstante, de una afirmación con débil

[418] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 304-306. La autora considera que pese a que su interpretación puede no ser todo lo sólida como sería deseable es la única opción posible desde el punto de vista de la lógica o, en su opinión, de la ausencia de lógica del sistema diseñado por nuestro legislador. A tal conclusión llega la autora tomando como base el por entonces vigente párrafo segundo del artículo 10 de la Ley 23/2003, de Garantías (reproducido de forma idéntica por el artículo 124.2 LGDCU) e interpretándolo en el mismo sentido que el atribuido al artículo 27.1.a) de la Ley 26/1984, General para la Defensa de los Consumidores de 1984, también derogada.

[419] *Sensu contrario* el productor que quiera repeler la acción de regreso ejercida frente a él por el vendedor final o, caso de haber respondido en primera

soporte normativo pero completamente acertada desde el punto de vista de la justicia distributiva al atribuir a cada sujeto las consecuencias económicas derivadas de su comportamiento.

6.3. Alcance de la acción de regreso

La repetición ha de exigirse en un plazo de un año a contar desde el momento en que "*se completó el saneamiento*" lo que evidencia de que se trata de una acción ejercitable sólo después de haber procedido a la puesta en conformidad del bien. Otra de las cuestiones que es necesario analizar en relación con la acción de regreso es el alcance con que la misma se concibe por el legislador. Nada dice el legislador sobre si el vendedor final o el productor que hayan respondido frente al consumidor podrán reclamar únicamente aquellos gastos efectivamente asumidos por la restitución de la conformidad o si podrán, además, reclamar por los daños y perjuicios causados por la situación. En este sentido parece ser unánime la opinión que entiende que el regreso recogido en nuestro

instancia frente al consumidor desee conseguir del vendedor final el oportuno regreso, deberá probar que la falta de conformidad no se debió al origen, identidad o idoneidad de los bienes afectados o que, siendo así, él cumplió con todas las exigencias y requisitos reglamentariamente establecidos y con los demás cuidadas y diligencias que exige la naturaleza del producto y, en segundo término, deberá probar, también, que la falta de conformidad resulta imputable al vendedor pues, en este caso, no juega presunción alguna que le favorezca. Vid. CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 305 *in fine*.

En contra de esta postura se manifiesta AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1127 para quien la declaración legal no constituye presunción alguna a favor del vendedor que en el ejercicio de la acción de regreso deberá probar que la falta de conformidad resulta imputable al productor, sino simplemente de un mero criterio de atribución de responsabilidad.

ordenamiento jurídico, en línea con otros de nuestro entorno[420], únicamente faculta para la recuperación de los gastos efectivamente generados por la restitución de la conformidad[421] lo que obligaría al vendedor que hubiere sufrido pérdidas o daños adicionales a instar la oportuna reclamación por daños y perjuicios cuya compatibilidad con las acciones de está expresamente reconocida por el art. 117 LGDCU.

6.4. Disponibilidad de la acción de regreso

Cabe plantearse al hilo de este análisis de la acción de regreso si la misma tiene un contenido imperativo e inalterable por la negociación de las partes o, si por el contrario, tal responsabilidad legal puede ser alterada por la vía de los pactos entre los diferentes sujetos intervinientes en la distribución del producto[422]. A la luz del considerando noveno de la directiva comunitaria de que trae causa el

[420] En este sentido tanto el §478 del BGB alemán como el artículo 1519 *quinques* del código italiano conciben el regreso como una vía para la recuperación de aquellos costes efectivamente asumidos por quien tuvo que afrontar la falta de conformidad. No ocurre así en el ordenamiento portugués donde la acción de regreso tiene un alcance mucho mayor que permite al titular del derecho de regreso instar la recuperación "*de todos los perjuicios causados por el ejercicio de tales derechos* (los del consumidor frente a la falta de conformidad)".

[421] CASTILLA BAREA, M.: ob. cit. pág. 306, MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: ob. cit. pág. 112.

[422] Partidaria de la liberalización del régimen de responsabilidad se muestra MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La falta de conformidad en la compraventa de bienes*, Barcelona, 2007, pág. 112 para quien el carácter disponible está claro y podría justificarse en que las fuerzas del mercado son capaces por sí mismas y sin intervención legislativa de distribuir las correspondientes responsabilidades.

régimen de responsabilidad por las faltas de conformidad que estudiamos en este momento la respuesta es clara y diáfana puesto que se reconoce la posibilidad de que el vendedor renuncie a esta acción de regreso y se establece expresamente que "*la presente directiva no afectará al principio de libertad contractual entre el vendedor, el productor, un vendedor anterior o cualquier otro intermediario*". Sin embargo, nada se dice en nuestro ordenamiento. Podría entenderse que cabe negociación al respecto en la medida en que, de haber querido establecer el legislador un régimen indisponible, lo habría declarado expresamente. Sin embargo, ha de hacerse notar igualmente que el carácter interempresarial de la transacción no implica que entre las partes exista idéntica capacidad de negociación pues, las más de las veces, los vendedores finales son pequeños empresarios que poco pueden hacer frente a los grandes mayoristas y a los que la protección dispensada por la Ley 7/1998, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación les proporcionaría una defensa muy limitada dada su fácil elusión mediante la formulación de este tipo de pactos a través de cláusulas negociadas[423].

[423] Partidaria de la liberalización del régimen de responsabilidad se muestra MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La falta de conformidad en la compraventa de bienes*, Barcelona, 2007, pág. 112 para quien el carácter disponible está claro y se justifica porque las fuerzas del mercado son capaces por sí mismas y sin intervención legislativa de distribuir las correspondientes responsabilidades. PAGADOR LÓPEZ, J.: "Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas" en MIRANDA SERRANO, L./ PAGADOR LÓPEZ, J. (coord.): Derecho (privado) de los consumidores, Madrid, 2012, págs. 99-143, pág. 101 reclama la extensión del control de contenido a las condiciones generales empleadas frente a no consumidores en tanto que, cuando se trata de pequeños empresarios, padecen igual situación de desigualdad frente al predisponente, reivindicación que, al

Argumentos de pura justicia distributiva en favor del carácter imperativo de la acción de regreso encontrarían su sostén en la propia literalidad del artículo 124.2 LGDCU que, en la medida en que no hace expresa referencia a la posibilidad de que las partes pacten en un sentido diferente, como habitualmente hace el legislador cuando quiere referirse al carácter disponible de una disposición, podría entenderse como un precepto indisponible.

V. ENCAJE DE LAS ACCIONES ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

La decisión de realizar la trasposición de la Directiva mediante la aprobación de una ley especial no solamente supuso una oportunidad perdida para la actualización de nuestro derecho de

menos hasta el momento, no ha tenido plena acogida en lo que al autor considera un error de política legislativa. Esta reivindicación ha sido parcialmente atendida con la aprobación de algunas normas en las que el legislador se ha visto, sin embargo, obligado por la propia realidad de la dinámica económica y contractual a instaurar mecanismos de control de contenido en la contratación interempresarial de ciertos sectores de la actividad económica (artículo 9 de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, por la que se establecen Medidas contra la morosidad en las operaciones comerciales o artículos 38 y 41 de la Ley 15/2009, de 11 de noviembre del Contrato de transporte terrestre de mercancías. Sobre la particular forma de contratación mediante condiciones generales existen en nuestra doctrina obras de referencia que deben ser tenidas en cuenta. ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991; MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A./DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dirs)/ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.): *Comentario de la Ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002; LLODRÁ GRIMAL, F.: *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Valencia, 2002; NIETO CAROL, U. (dir): *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000; PAGADOR LÓPEZ, J. : *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999.

obligaciones (a diferencia de otros estados miembros que decidieron aprovechar la ocasión para acometer la ya necesaria actualización de sus códigos[424]) sino que ha dado origen a numerosos problemas de relación entre el régimen tradicional de los vicios ocultos y las nuevas acciones de conformidad. Ello ha obligado al legislador a introducir una disposición que específicamente establece la incompatibilidad entre ambas acciones pero que, sin embargo, no se pronuncia sobre otras acciones del ordenamiento con las que puede existir concomitancia lo que de nuevo da origen a multitud de dudas e incertidumbres al respecto.

El artículo 117 LGDCU contiene disposiciones específicas sobre la compatibilidad entre las acciones por falta de conformidad y las acciones de saneamiento por vicios y de indemnización de daños y perjuicios[425]. Se trata de una norma que no proviene de la Directiva

[424] En relación con el caso alemán resulta interesante la obra ZIMMERMANN, R.: "La evolución de la responsabilidad por falta de conformidad en el derecho alemán de la compraventa" en *El nuevo derecho alemán de obligaciones* (trad. ARROYO I AMAYUELAS, R.), Barcelona, 2008, págs. 87-137, pág. 109 afirma que el legislador alemán cuando tuvo que tomar la decisión de incorporar a su ordenamiento la Directiva 1999/44/CE huyó de los planteamientos más sencillos consistentes en la aprobación de leyes especiales y, buscando preservar la integridad del derecho de la compraventa, ha procedido a la actualización del régimen jurídico del contrato integrando los principios de la Directiva a través de una reforma del Código civil.

[425] El artículo 117 se refiere de forma expresa solamente a dos tipos de acciones, las derivadas de vicios ocultos y la indemnización por daños y perjuicios, probablemente porque considera que son las que mayor relación guardan con los supuestos de falta de conformidad. En tanto que no se declara la expresa compatibilidad ni tampoco la incompatibilidad del régimen por falta de conformidad con otras acciones de nuestro ordenamiento cabe plantearse cuál debe ser este modelo de relación. En concreto, cabe cuestionarse si las acciones por falta de conformidad serán compatibles con las acciones generales en materia

comunitaria que en esta particular cuestión remite a los Estados para establecer los criterios de ordenación entre las normas específicas por falta de conformidad y las acciones que cada ordenamiento reconoce en materia de responsabilidad contractual o extracontractual (artículo 8 de la Directiva).

1. Relación con la disciplina de los vicios ocultos

El legislador nacional ha querido clarificar con el artículo 117 LGDCU algunas dudas que surgieron tras la incorporación a nuestro ordenamiento de las normas sobre falta de conformidad. En particular, su relación con las normas sobre saneamiento por vicios ocultos del Código civil (arts. 1484 y ss.). ¿Ante una falta de conformidad puede el consumidor elegir entre el régimen de los arts. 114 y ss. LGDCU y las disposiciones del Código civil? ¿O únicamente resultan aplicables las de la LGDCU por su carácter especial? El artículo 117 LGDCU es claro al establecer que "*el ejercicio de las acciones que contempla este título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos en la compraventa*". Aun cuando el precepto es manifiestamente claro al respecto e incluso la

de incumplimiento recogidas en los artículos 1101 y ss. del Código civil máxime teniendo en cuenta que en este ámbito se prevé el recurso directo a la resolución del contrato sin necesidad de pasar por los remedios primarios lo que, en determinados casos, puede suponer un incentivo para el comprador afectado. Lo cierto es que, pese a las apariencias, la coincidencia entre los supuestos de hecho de uno y otro tipo de acciones es más bien reducida en tanto que las acciones generales por incumplimiento requieren la culpa del vendedor mientras que las acciones por falta de conformidad asignan a éste una responsabilidad de carácter objetivo.

propia exposición de motivos de la derogada Ley 23/2003, de 10 de julio[426] por la que se traspuso a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 1999/44/CE resulta elocuente en tal sentido, se ha planteado por parte de algunos autores la posibilidad de que el artículo 117 LGDCU no se refiriera tanto a la radical incompatibilidad entre dichas acciones sino únicamente a la imposibilidad de su ejercicio simultáneo[427].

6. Compatibilidad con la acción de indemnización de daños y perjuicios

Con respecto a la acción de indemnización por daños y perjuicios declara el artículo 117 LGDCU que "*en todo caso, el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y*

[426] En la exposición de motivos referida se establece que "*el régimen de saneamiento por vicios ocultos del Código civil permanece inalterado, siendo de aplicación a las compraventas civiles no comprendidas en el ámbito de la Directiva*" y que "*las acciones de reparación y sustitución del bien vendido, de rebaja de su precio y de resolución de la compraventa previstas en esta ley sustituyen, en el ámbito de las compraventas de bienes de consumo, a las acciones redhibitoria y quanti minoris derivadas del saneamiento por vicios ocultos*".

[427] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1717 afirma que el precepto es criticable porque interpretado a contrario puede dar a entender que el consumidor tiene la opción de recurrir a cualquiera de los dos regímenes (arts. 1484 y ss. C.c. y arts. 114 y ss. LGDCU). Sin embargo, se muestra partidario de entender la total incompatibilidad entre ambos regímenes. AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1131 afirma que el ejercicio de las acciones edilicias sería posible ante la existencia de falta de conformidad e incluso conveniente para aquellos compradores que deseen instar la rápida resolución del contrato o la rebaja del precio sin estar dispuestos a asumir las demoras que necesariamente supone el intento previo de acudir a los remedios conservativos.

mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad". La previsión deja clara, por tanto la compatibilidad entre las acciones por falta de conformidad y la indemnización por daños y perjuicios cuyo régimen jurídico se remite a la "*legislación civil y mercantil*". Se dispensa así una protección integral al comprador que sufre una falta de conformidad pues no sólo se le ofrece la posibilidad de subsanarla o incluso desvincularse del contrato cuando así le interese sino también la opción de solicitar indemnización por cualesquiera otros daños que la falta de conformidad le haya podido irrogar a él o a terceros.

CAPÍTULO V
EL RÉGIMEN DE PLAZOS

I. INTRODUCCIÓN

La Directiva 1999/44/CE se refiere en su artículo 5 a cuatro plazos diferentes, unos de obligatorio cumplimiento para los Estados miembros y otros cuya adopción es facultativa para éstos (recordemos que la Directiva es de mínimos de forma que únicamente establece un suelo de protección mínima que puede verse incrementado por los Estados si así lo creen oportuno). Se trata, como decimos, de cuatro plazos claramente diferenciados. En primer lugar, un plazo para la manifestación de la falta de conformidad que según la Directiva será de dos años a partir de la entrega del bien (el artículo 7.1.2 permite que en el caso de bienes de segunda mano que las partes acuerden un plazo que, siendo superior al año desde la entrega, no tiene por qué llegar hasta los dos años que operan como plazo general). En segundo lugar, un plazo de seis meses contados desde la entrega del bien en el que opera una presunción *iuris tantum* de preexistencia del defecto en el momento de la entrega del bien salvo aquellos casos en que dicha presunción resulte incompatible con la naturaleza del bien o la índole de la falta de conformidad. Se trata de los dos plazos vinculantes para los Estados que necesariamente habrán de incorporarlos a sus respectivos ordenamientos. En tercer y cuarto lugar se recogen dos plazos que no resultan imperativos parar los Estados que podrán libremente decidir si los incorporan o no a sus respectivos ordenamientos. Se trata del plazo para la denuncia del bien y del plazo de prescripción de las acciones (arts. 5.2 y 5.1.

respectivamente). El plazo de denuncia, en su caso, sería de dos meses desde la fecha en que el consumidor se percató de la existencia de la falta de conformidad mientras que el plazo de prescripción de las acciones, de ser adoptado, no debería ser inferior a dos años desde la entrega del bien.

El legislador español ha considerado oportuno incorporar todos estos plazos a nuestro ordenamiento a través del artículo 123 LGDCU aunque ha introducido algunas innovaciones que el texto comunitario no contemplaba como la referida a los efectos de la falta de denuncia a los que nos referiremos más adelante.

El artículo 123 LGDCU es un precepto denso cuyo entendimiento no resulta sencillo y ha sido objeto de críticas tanto de fondo como de forma. De forma porque, faltando a su intitulación, no contempla la totalidad de plazos que han de ser tenidos en cuenta y presenta una sistemática que podría resultar mejorable. De fondo porque si bien incrementa sustancialmente el plazo de las acciones edilicias, representa una merma considerable con respecto al de las acciones generales en materia de incumplimiento que no fijaban ningún plazo para su ejercicio[428]. Asimismo, se ha criticado que introduzca la obligación de denuncia para el comprador.

[428] Cierto es que esta crítica ha de hacerse no tanto al artículo 123 LGDCU sino a la propia Directiva comunitaria que, primando los intereses de los vendedores en la asignación de riesgos ha establecido el período de dos años. MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1777 y 1779 es uno de los críticos con el nuevo sistema.

II. EL SISTEMA DE PLAZOS

1. El plazo de manifestación de la falta de conformidad

El artículo 123.1 LGDCU establece que "*el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega*". Se trata del plazo mínimo impuesto por la Directiva comunitaria que el legislador español no ha considerado oportuno alargar aunque hubiese podido hacerlo. Este plazo no discrimina en atención a las características de cada bien sino que se trata de un plazo lineal aplicable a todos los bienes, circunstancia que, de nuevo, resulta criticable. Y es que este plazo puede pecar tanto por exceso como por defecto en función del tipo de bien de que se trate y de su mayor o menor vida útil[429].

1.1. Inicio del cómputo

El plazo transcurre desde el momento de la entrega del bien entendiendo por tal la toma de posesión efectiva del bien en tanto que sólo a su través le resulta posible al consumidor verificar las condiciones del bien. Si el bien tuviera que ser instalado por el vendedor el plazo de entrega se vería sustituido por el momento en

[429] MARIN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1779 aun reconociendo lo inapropiado de fijar plazos lineales, sin embargo, considera apropiado tal sistema en aras de la consecución de mayores niveles de seguridad jurídica. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: ob. cit. pág. 101 critica el establecimiento de un criterio únicamente temporal y de carácter excluyente que no permite tomar en consideración de forma alternativa otras variables que pudieran ser igualmente apropiadas para la fijación del período de garantía citando el caso habitual de los automóviles donde la limitación de responsabilidad se hace por referencia a dos parámetros alternativos que son el tiempo transcurrido desde la venta o alternativamente, al kilometraje del vehículo.

que la instalación se ha concluido y el bien instalado se pone a disposición del comprador[430]. Con respecto a la fecha de entrega del bien el artículo 123.2 LGDCU introduce una presunción *iuris tantum* en cuya virtud "*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*".

1.2. Posibles adaptaciones del plazo

Conviene aclarar si el plazo de dos años que la norma dispone para la manifestación de la falta de conformidad es un plazo de carácter necesario o si, por el contrario, es posible alguna excepción al mismo. En principio, la respuesta ha de ser negativa en tanto que se trata de un plazo imperativo *ex* art. 123 LGDCU. Sin embargo, determinados supuestos presentan particularidades que podrían legitimar un pacto de limitación. Se trataría de los casos de venta de bienes con defectos conocidos y consentidos por el comprador pero que, no obstante, satisfacen sus necesidades pero tienen una vida útil inferior a la que les sería propia. En tanto que no se trata de un supuesto de falta de conformidad y por tanto no le resulta aplicable la LGDCU en este punto, no habría inconveniente en permitir un pacto en cuya virtud el comprador consiente el defecto y la menor vida útil del bien. Un segundo supuesto sería el de la compraventa de bienes con una fecha de caducidad inferior a los dos años. En tanto que esa circunstancia era conocida por el comprador en el momento

[430] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1780.

de celebrar el contrato, nos encontraríamos, de nuevo, con que la responsabilidad del vendedor no existiría más allá de dicho plazo sino que quedaría contraída a las faltas de conformidad manifestadas dentro del período de caducidad del bien[431].

1.3. Régimen ¿especial? de los bienes de segunda mano

Los bienes de segunda mano son objeto de tratamiento especial en cuanto al plazo para la manifestación de la falta de conformidad en el artículo 123.1 LGDCU. Así, mientras el plazo de manifestación de la falta de conformidad resulta impuesto por la norma para el caso de bienes nuevos, en el supuesto de entrega de bienes de segunda mano ese plazo es susceptible de pacto entre las partes con la única condición de que como mínimo sea de un año a contar desde la entrega. Ahora bien, la norma no fija un plazo inferior para los bienes de segunda mano, simplemente lo permite. A falta de pacto entre las partes el plazo a tener en consideración será el general de dos años[432].

1.4. Manifestación de la falta de conformidad

La falta de conformidad ha de manifestarse en ese plazo general de dos años. Resulta necesario aclarar cuándo se entiende

[431] GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: ob. cit. pág. 99-100

[432] GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: ob. cit. pág. 102.

producida la manifestación de la falta, algo que no se aclara ni en la Directiva ni en la LGDCU. Fijar este plazo únicamente en atención a parámetros subjetivos (el momento en el que el concreto consumidor tuvo conocimiento efectivo de la falta), amén de ser contrario al artículo 1256 C.c. en la medida en que permite a una de las partes condicionar el cumplimiento de las obligaciones legales, supondría introducir una elevada dosis de imprevisibilidad en un asunto de vital importancia como es el momento en que la falta de conformidad trasciende y puede ser combatida. Es necesario fijar ese momento con arreglo a parámetros objetivos y predecibles. A tal fin puede resultar útil la remisión a las disposiciones de los Códigos civil y de comercio en relación con los vicios ocultos, materia con la que sin duda cabe apreciar la necesaria identidad de razón que justifique la aplicación analógica. En los códigos la calificación como oculto o aparente de un vicio se realiza en atención a criterios que, sin obviar las condiciones subjetivas del comprador que puedan ser relevantes en este aspecto, resulten objetivamente predeterminables. Así, los vicios serán aparentes si resultan detectables por cualquier sujeto empleando un nivel de diligencia media. En el caso de que el comprador tuviera la condición de perito el nivel de diligencia exigible se eleva de forma que para él serán aparentes los vicios que en atención a sus conocimientos debieron ser fácilmente identificables (arts. 1484 C.c. y 336 C. de c.). Aplicando estos mismos criterios al ámbito que ahora nos interesa la manifestación de la falta de conformidad que desencadena la responsabilidad del vendedor se entenderá

producida cuando la falta resulte detectable por un consumidor medio empleando la diligencia del buen padre de familia o, tratándose de un consumidor perito, cuando resulte fácilmente detectable empleando la diligencia agravada del profesional.

1.5. Suspensión del plazo durante la reparación o la sustitución

En virtud del artículo 120. c) y e) el plazo para la manifestación de la falta de conformidad quedará suspendido en aquellos casos en que el bien se entrega al vendedor para su reparación o sustitución. Se trataría del supuesto en que el que ya se ha producido una primera falta de conformidad que ha motivado la reparación o sustitución sin que ello suponga que no puedan producirse sucesivas manifestaciones de nuevas faltas de conformidad.

2. Plazo de presunción de preexistencia de la falta de conformidad

Según el artículo 114 LGDCU el vendedor deberá responder de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto. La preexistencia de la falta de conformidad en el momento de la entrega se configura así como presupuesto de la responsabilidad del vendedor. En principio, esa circunstancia debería ser probada por quien la alega, esto es, por el consumidor que pretende instar la exigencia de responsabilidad pero, dada la asimetría posicional que vendedor y comprador ocupan, esa prueba puede resultar de extraordinaria dificultad para el consumidor. Con

el ánimo de aligerar esa dificultad probatoria del consumidor, el artículo 123.1.2 LGDCU introduce una presunción *iuris tantum* en cuya virtud "*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*". De forma que, salvo prueba en contrario por parte del vendedor, se entenderá que las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de seis meses desde la entrega del bien existían ya en aquel momento y que, por tanto, han de ser repuestas por el vendedor.

Este plazo de seis meses en el que opera la inversión de la carga de la prueba rige tanto para bines nuevos como para bienes de segunda mano, como se ocupa de explicitar el propio artículo 123 LGDCU.

La presunción no opera, sin embargo, en dos supuestos concretos que la LGDCU prevé; cuando resulte incompatible con la naturaleza del bien o con la índole de la falta de conformidad. El primer supuesto iría referido a bienes perecederos, bienes con una vida útil muy corta o a los sometidos a un rápido deterioro, circunstancias que hacen pensar que la falta de conformidad que se presenta aun dentro del plazo de los seis meses no podía existir en el momento de la entrega. En el segundo supuesto nos encontraríamos con aquellos casos en los que la falta de conformidad tiene

determinadas características que impiden considerar que existiese en el momento de la entrega. Sería el caso de daños que se explican por el normal deterioro de la cosa (ej.: desgaste de neumáticos) o sobre los que cabe la certeza técnica de que no existían en el momento de la entrega[433]. En aquellos casos en que la presunción no opera bien por las razones antedichas bien porque el vendedor haya conseguido acreditar que la falta de conformidad resulta imputable al consumidor, éste deberá atenerse a las reglas generales en materia de distribución de la carga de la prueba que la Ley de enjuiciamiento civil recoge en su artículo 217.

3. Plazo para la denuncia de la falta de conformidad

Haciendo uso de la posibilidad que en tal sentido brindaba la Directiva 1999/44/CE, el legislador español introdujo la obligación del consumidor de efectuar la denuncia al vendedor de las faltas de conformidad de que tuviere conocimiento. Así el artículo 123.5 LDCU establece que *"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"* [434].

[433] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1784.

[434] Lo cierto es que esa obligación de denunciar las faltas de conformidad no representa una novedad en nuestro ordenamiento puesto que el Código de comercio en sus artículos 336 y 342 ya contenía una institución similar. También la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías de la que España es parte incorpora una medida idéntica aunque no acota el plazo temporal de la denuncia sino que únicamente exige que la misma se realice en un plazo razonable desde el descubrimiento del bien. Sí resulta novedoso, sin embargo, con respecto a la Ley 23/2003 a través de la que se traspuso la Directiva comunitaria, el régimen jurídico de la denuncia que en aquella norma no se

Se trata de una medida que dispensa una protección al vendedor en tanto que le permite tener un pronto conocimiento de las faltas de conformidad de los bienes que comercializa y le previene del ejercicio intempestivo de la acción de reclamación[435].

A falta de pronunciamiento expreso al respecto, la denuncia debe entenderse como la comunicación al vendedor de la existencia de una falta de conformidad realizada de cualquier forma que le

contemplaba. De nuevo surgen las dudas sobre una posible extralimitación del legislador en su labor de refundición por mucho que la novedad suponga una mayor protección al consumidor. Del mismo modo la jurisprudencia la había considerado exigible en virtud del principio de buena fe. Así resulta significativa la STS de 14 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4121) en la que se afirma que "*el principio de buena fe que informa toda la normativa comercial no acoge las posturas de los compradores que, disconformes con los envíos de géneros adquiridos, porque éstos no coinciden con los contratados o adolecen de vicios, defectos, malas calidades o se presenten irregulares y no aptos, adoptan una actitud pasiva*".

[435] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1789 hace alusión a otras justificaciones que se han dado a la obligación de denunciar los vicios: facilitar la constatación y prueba de la falta de conformidad, deshacer en el vendedor la creencia de que el cumplimiento ha sido regular, proteger la seguridad del tráfico, respetar la doctrina de los actos propios o incluso introducir en nuestro ordenamiento la figura alemana del *verwirkung* o retraso desleal. En todo caso, la supuesta intención de proteger los intereses del vendedor se ve desvirtuada desde el momento en que no se impone al comprador la obligación de inspeccionar el bien en un plazo mínimo desde la entrega lo que deja al vendedor al albur de la mayor o menor celeridad con que el comprador descubra la falta de conformidad. De haberse querido brindar una más amplia protección al vendedor tendría que haberse establecido, como decimos, la obligación de inspeccionar el bien en un plazo breve desde la entrega en la línea del artículo 336 C. de c. Asimismo, la protección que se pretende otorgar al vendedor se ve muy minorada desde el momento en que la denuncia se tiene por realizada salvo prueba en contrario o desde el momento en que el incumplimiento de la obligación de denunciar no supone más que la obligación de indemnizar los daños que ese incumplimiento irrogue al vendedor y no la pérdida de cualquier acción de puesta en conformidad.

permita su efectivo conocimiento[436]. El plazo para realizar la denuncia será de dos meses desde el momento en que se tuvo conocimiento de la falta de conformidad[437]. El *dies a quo* no se fija esta vez por referencia a parámetros objetivos sino a criterios de estricta índole subjetiva como es el conocimiento efectivo que el consumidor tiene de la falta de conformidad lo que entra en contradicción con lo establecido para la manifestación de la falta de conformidad (que, como dijimos, se regula con criterios objetivos)[438]. La norma establece una presunción *iuris tantum* de que la denuncia ha tenido lugar dentro del plazo lo que, siendo interesante desde el punto de vista de la defensa del consumidor, introduce elevadas dosis de impredecibilidad. El plazo de dos meses en el que debe realizarse la

[436] La denuncia se entiende implícita siempre que el consumidor insta judicial o extrajudicialmente las acciones de puesta en conformidad.

[437] MARTÍNEZ VELENCOSO, L.: ob. cit. pág. 152 se refiere al hecho de que el plazo para la denuncia de las faltas de conformidad se circunscribe a un período de tiempo fijo y, además, lineal que no diferencia en atención al tipo de bien de que se trate. No compartimos esta afirmación puesto que el plazo de dos meses se fija por referencia a otro plazo que sí se determina de manera abstracta y que puede adaptarse a las circunstancias de cada caso como es el plazo en el que el comprador tuvo conocimiento de la falta de conformidad, plazo que, como decimos no se fija de forma absoluta sino que dependerá de toda una serie de factores que habrán de ser correctamente valorados en cada caso.

[438] Son destacables las diferencias con el artículo 39 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías que establece la obligación de denunciar la falta de conformidad "dentro de un plazo razonable a partir del momento en que (el comprador) la haya o debiera haberla descubierto". Se trata de un régimen mucho más estricto con el comprador que, además, perderá cualquier derecho para reclamar por la falta de conformidad en el caso de que esa comunicación no se haya llevado a cabo en el plazo referido. El modelo de la Directiva y de las normas nacionales que le siguen tiene un propósito mucho más tuitivo para el comprador que no perderá las acciones si no denuncia en los plazos fijados y, además, no tendrá que asumir las consecuencias de haber tenido un conocimiento tardío de la falta de conformidad.

denuncia ha de conjugarse con el plazo de manifestación de la falta de conformidad que, como ya se ha indicado *supra,* es de dos años desde la entrega del bien y con el plazo de prescripción de las acciones de puesta conformidad. Cabe, por tanto, que la denuncia de la falta de conformidad se produzca tiempo después de transcurridos esos dos años si se refiere a faltas manifestadas dentro del plazo dispuesto por el artículo 123.1 pero cuyo conocimiento se ha producido con posterioridad (incluso muy posteriormente) siempre y cuando en el momento en que se realiza la denuncia no hayan transcurrido los tres años señalados para la prescripción de las acciones.

El incumplimiento del deber de denuncia "*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*" lo que, ciertamente priva de buena parte del sentido de la obligación. Cabe plantearse los términos en que la obligación de indemnizar los daños derivados de esta falta de comunicación ha de materializarse. En particular el título de imputación y la extensión de la misma. En tanto que no se establece una imputación objetiva, regirán las normas generalmente aplicables en cuya virtud se requiere la actuación dolosa o al menos culposa del causante del daño. En cuanto a los daños indemnizables parece claro que serán los causados, por ejemplo, por el incremento en los costes de reparación que el retraso ha podido generar en tanto que la

continuación en el uso del bien ha podido agravar la falta de conformidad[439].

4. Plazo de prescripción de las acciones

El artículo 123.4 LGDCU establece que "*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*". El legislador español, haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 5.1 de la Directiva, ha establecido un plazo de prescripción para las acciones contenidas en el capítulo segundo del título IV LGDCU que no son otras que las acciones para la puesta en conformidad del bien: reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución[440].

[439] MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1792-3.

[440] No así para el caso de la acción de indemnización por daños y perjuicios que aparece mencionada en el capítulo I que hace remisión al régimen general de esta acción contenido en los artículos 1101 y siguientes. El plazo de prescripción de esta acción es el general de cinco años que el artículo 1964 C.c. establece para aquellas acciones personales que no tengan plazo especial de prescripción. Este plazo de cinco años constituye una reciente novedad introducida por la disposición final 1 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre de reforma de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 239, de 6 de octubre). Según la disposición transitoria quinta de la misma norma "*el tiempo de prescripción de las acciones personales que no tengan señalado término especial de prescripción, nacidas antes de la fecha de entrada en vigor de esta Ley, se regirá por lo dispuesto en el artículo 1939 del Código Civil*". A su vez el artículo 1939 C.c. establece que "*la prescripción comenzada antes de la publicación de este Código se regirá por las leyes anteriores al mismo; pero si desde que fuere puesto en observancia transcurriese todo el tiempo en él exigido para la prescripción, surtirá ésta su efecto, aunque por dichas leyes anteriores se requiriese mayor lapso de tiempo*". De forma tal que en los casos en que el plazo de prescripción ya hubiese empezado a contarse en el momento en que se aprueba la reforma del código, la prescripción continuará siendo de quince años a menos que desde la entrada en vigor de la reforma haya transcurrido el nuevo plazo que este dispone. Traído al ámbito de las acciones por daños y perjuicios derivadas de la existencia de una falta de conformidad habría que distinguir dos

4.1. Inicio del cómputo

El *dies a quo* para el cómputo del plazo es el de la entrega del bien lo que resulta criticable no tanto por su contrariedad al principio general en cuya virtud el plazo de prescripción de las acciones se contará desde el día en que pudieron ejercitarse (art. 1969 C.c.) que, como el propio precepto establece, actúa de forma subsidiaria para el caso de que una norma no haya señalado un plazo diferente, como es el caso, sino porque merma las posibilidades de reclamar en aquellos casos en que la falta de conformidad se manifiesta en la fase final del plazo de dos años en tanto que para ese momento ya han transcurrido dos tercios del plazo de prescripción[441].

supuestos claramente diferenciados. El primero sería el caso de aquellos bienes cuya entrega se ha producido con anterioridad a la publicación de la reforma del código que tiene lugar el 6 de octubre de 2015. En la medida en que el plazo de prescripción se computa, según el artículo 123.4 LGDCU, desde la entrega del bien, éste ya habría empezado a transcurrir en el momento en que se publica la modificación y por tanto, continuaría rigiéndose por las leyes anteriores al mismo. Esto es, para los bienes entregados con anterioridad al 6 de octubre de 2015 el plazo de prescripción seguiría siendo de quince años. El segundo caso estaría constituido por los bienes cuya entrega se produce con posterioridad al 6 de octubre de 2015. Para este tipo de bienes se aplicaría el nuevo plazo de prescripción de cinco años. El plazo de prescripción de tres años del artículo 123.4 LGDCU tampoco resulta aplicable al resto de acciones que, al margen de las del artículo 118 LGDCU, tienen su origen en una falta de conformidad. Sería el caso de la acción contra el productor, de la acción de regreso del vendedor frente al productor, de la acción para exigir el cumplimiento de la garantía comercial, de la acción para recuperar los bienes entregados para su reparación, etc. Algunas de ellas tienen asignado un plazo específico de prescripción (un año para la acción de regreso, seis meses para reclamar el cumplimiento de la garantía comercial o tres años para recuperar los bienes entregados para su reparación) pero en el resto de casos resultará aplicable el plazo general de prescripción del artículo 1964 C.c. en tanto que el plazo de tres años del artículo 123.4 LGDCU únicamente rige para las acciones del capítulo II del título IV como el propio artículo explicita.

[441] Por mucho que en el fondo estemos de acuerdo con MARÍN LÓPEZ, M. J.: ob. cit. pág. 1787 en que sería conveniente que el *dies a quo* para

4.2. Interrupción del plazo

A falta de pronunciamiento al respecto de la LGDCU resulta aplicable el artículo 1973 C.c. en cuya virtud "*la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor*". El plazo de prescripción quedará interrumpido y volverá a computarse desde el inicio en los supuestos referidos. En lo que aquí nos interesa la prescripción quedaría interrumpida por cualquier acto de reclamación extrajudicial ante la falta de conformidad entendiendo por tal cualquier comunicación al vendedor sobre la existencia de faltas de conformidad y su posible puesta en conformidad, en aquellos casos en que el propio vendedor reconozca la existencia de la falta de conformidad (es relativamente frecuente que los vendedores anuncien la existencia de defectos de fabricación en determinados lotes de sus productos y requieran a los

el cómputo de la prescripción se fijara en el momento en que nace la pretensión y la acción puede ejercitarse, no podemos, sin embargo, admitir la interpretación *contra legem* que realiza del artículo 123.4 LGDCU según la cual el plazo de prescripción no debe computarse con arreglo al mencionado precepto sino conforme al criterio general del artículo 1969 C.c. GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: ob. cit. pág. 103 realiza una dura crítica a la forma en que el legislador nacional ha establecido el plazo de prescripción de las acciones. Afirma que se ha arrastrado un error de la Directiva (art. 5.1 in fine) que fijaba el *dies a quo* en el día de la entrega y no el día en que se manifestó la falta de conformidad lo que podría suscitar incluso dudas de constitucionalidad en la medida en que se trata de un plazo de prescripción que comienza a transcurrir cuando el consumidor aún no puede hacer uso de él (el artículo 24 de la Constitución reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva y el artículo 51.1 realiza un mandato al legislador de garantizar la defensa de los consumidores y usuarios mediante el establecimiento de procedimientos eficaces para proteger su salud, su seguridad y sus legítimos intereses económicos). AVILÉS GARCÍA, J.: ob. cit. pág. 1122 también critica la forma en que el plazo se ha establecido.

consumidores para su subsanación) y, por supuesto, en los supuestos en que se entabla una reclamación judicial por falta de conformidad.

CONCLUSIONES

CONCLUSIONES

I

Nuestro ordenamiento regula el problema de los vicios en la compraventa en los artículos 1484 a 1499 Código civil y artículos 336 y 342 del Código de comercio. Se trata de un régimen jurídico concebido en torno al supuesto de venta de cosa específica, paradigmático de la época en que se redactaron los códigos, pero que ha perdido casi toda su relevancia en una economía como la actual en la que la producción en serie ocupa un lugar hegemónico. Las soluciones previstas para el supuesto de vicios en la cosa vendida, articuladas en torno a las acciones edilicias (estimatoria y redhibitoria) no resultan apropiadas fuera de los casos de venta de cosa específica en tanto que no contemplan otras opciones óptimas para la satisfacción del comprador, como la reparación o la sustitución de la cosa, imposibles en relación con la adquisición de cosa específica pero perfectamente viables e incluso más fáciles y económicas en el caso de bienes fabricados en serie. Además de esta inadecuación sustantiva, las acciones edilicias presentan un gran inconveniente de carácter estrictamente procesal como es el brevísimo plazo que el Código dispone para su ejercicio en claro perjuicio para el comprador que dispone de muy escaso margen temporal para accionar. Por estas razones y ante la ausencia de una

respuesta legislativa apropiada, doctrina y jurisprudencia se han embarcado desde la misma aprobación del Código en un movimiento de trashumancia jurídica desde el ámbito de las acciones edilicias a la teoría general de las obligaciones con el ánimo de construir, bien es cierto que de manera un tanto forzada, un sistema de respuesta apropiado para los nuevos escenarios de la economía. Sin embargo, esta bienintencionada migración ha tenido un resultado poco satisfactorio en la medida en que se ha producido de manera errática y desordenada sin que haya sido posible la articulación de una alternativa unívoca y clara al obsoleto sistema de las acciones edilicias lo que ha sumido en un panorama de profunda confusión un asunto de gran relevancia en la práctica jurídica. La irrupción de la sociedad de consumo y de la producción en masa sirvió para poner de relieve en mucha mayor medida las insuficiencias del régimen tradicional del saneamiento.

II

El presupuesto de ejercicio de las acciones edilicias es la existencia de defectos ocultos en la cosa vendida lo que hace ineludible el estudio del concepto de vicio en nuestro ordenamiento jurídico. El concepto de vicio sobre el que el Código civil construye el sistema de saneamiento no pivota en torno a la "esencialidad" u ontología del defecto sino en torno a su capacidad para minorar la funcionalidad del bien. El artículo 1484 se refiere al vicio

circunscribiéndolo a aquellos casos en los que hacen a la cosa "*impropia para el uso a que se le 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*". Esta concepción funcionalista del vicio tiene dos consecuencias muy claras. De un lado, impediría considerar como viciosos aquellos bienes en los que la utilidad no se ve disminuida aun cuando exista algún tipo de defecto o tara. De otro lado, admite la posibilidad de accionar la responsabilidad del vendedor incluso en ausencia de imperfecciones o taras si el bien carece de las condiciones necesarias para satisfacer los usos que le son propios o aquellos expresamente pactados por las partes. Es, pues, la mayor o menor afectación a la funcionalidad del bien (considerada desde una perspectiva subjetiva como la utilidad que las partes han recogido en el contrato) y no la existencia de imperfecciones o taras la idea en torno a la cual se construye la concepción legal del defecto oculto que, como decimos, no se reducirá a los objetos que presenten taras o defectos sino que también abarca aquellos objetos que, encontrándose en perfecto estado, ven disminuida su funcionalidad.

Si lesionado resulta el interés del comprador cuando el bien adquirido presenta un vicio en sentido estricto (existencia de una tara, imperfección o defecto) idéntica lesión puede apreciarse cuando el bien, no presentando vicios, adolezca, sin embargo, de una falta de cualidades o pertenezca a una especie de calidad inferior por mucho que la literalidad del artículo 1484 únicamente se refiera al defecto oculto.

III

El vicio debe ser oculto, grave y preexistente a la celebración del contrato. Un vicio es oculto cuando no resulta conocido ni detectable por el comprador en el momento de la perfección contractual considerando en este punto las condiciones subjetivas del comprador que pudieran modular la apreciación del carácter oculto del vicio. En todo caso la apreciación del carácter oculto del bien ha de hacerse en relación con el comprador puesto que el vendedor será responsable por los vicios incluso en el caso de que los ignorara (artículo 1485.1 C.c.). El conocimiento de los vicios por parte del vendedor sí que constituirá, por el contrario, un elemento de agravación de responsabilidad. Ha de ser grave hasta el punto que, de haberse conocido, el comprador no habría celebrado el contrato o habría dado menos precio por él. El vicio ha de ser, además, anterior a la celebración del contrato sin perjuicio de que su manifestación se produzca una vez perfeccionado el contrato. El comprador puede instar las acciones de saneamiento tan pronto tenga conocimiento de la existencia de un vicio que, si bien aún no ha tenido manifestaciones, acabará teniéndolas según el normal desenvolvimiento de las cosas ya que, de otra forma, las acciones edilicias, dado su brevísimo plazo de ejercicio, podrían estar ya extinguidas cuando las manifestaciones del vicio comiencen a dejarse sentir.

IV

Las acciones de saneamiento, conocidas también como acciones edilicias, se recogen en el artículo 1486 C.c. Se trata de las acciones redhibitoria y estimatoria o *quanti minoris* que el ordenamiento pone a disposición del comprador que padece las consecuencias negativas de la adquisición de un artículo viciado.

La acción redhibitoria se configura como una acción que permite al comprador desvincularse del contrato y tiene como efecto natural la recíproca restitución de las prestaciones: el comprador deberá restituir la cosa con sus frutos respondiendo únicamente de aquellas pérdidas que la cosa haya podido experimentar por su culpa o negligencia mientras que el vendedor deberá proceder a la devolución al comprador del precio con sus intereses así como "*los gastos que pagó*", esto, es los gastos derivados de la preparación, celebración y ejecución del contrato (gastos de documentación, intervención, en su caso, de fedatario público, gastos de transporte y entrega de la mercancía o gastos fiscales) y, en caso de que haya actuado de mala fe o, al menos culpa o negligencia, a la indemnización de los daños y perjuicios causados.

V

La segunda de las acciones de saneamiento es la acción estimatoria o *quanti minoris.* Se trata de una acción que permite

conservar el contrato pero a cuyo través el comprador puede obtener una rebaja en el precio que compense el menor valor que la cosa tiene como consecuencia del vicio reestableciendo la equivalencia de las prestaciones. La cuantificación de la rebaja del precio ha de hacerse conforme a los parámetros que, en su caso, se hubiesen fijado en el contrato o, a falta de estos, por referencia al mayor precio que en el mercado tendrían objetos de idénticas características al viciado teniéndose en cuenta en esa valoración la afectación de los usos o finalidades concretas perseguidas por las partes en el contrato. No cabe, sin embargo, obtener la restitución de los gastos derivados de la celebración del contrato, posibilidad únicamente reconocida para la acción redhibitoria.

VI

Corresponde en todo caso al comprador la opción entre una u otra de las acciones referidas, una medida flexible que busca la mejor satisfacción del comprador en atención a las circunstancias del caso concreto. Se trata de un acción libre en tanto que el Código no establece ningún tipo de condición a su ejercicio aunque podría sostenerse la improcedencia de la resolución en caso de faltas de escasa cuantía. En aquellos casos en los que el vendedor actúa de mala fe, es posible instar junto a las acciones edilicias la acción de indemnización por daños y perjuicios. En puridad la acción de indemnización por daños y perjuicios no se trata de una acción propia

del saneamiento sino de la traslación a ese ámbito de una de las acciones generales de nuestro ordenamiento jurídico que conserva sus propios perfiles frente a las acciones edilicias. A diferencia de las acciones edilicias, cuyo carácter objetivo permite su ejercicio con la sola presencia del vicio y sin atender a la conducta del vendedor, la acción de indemnización por daños y perjuicios tiene como presupuesto la actuación dolosa del vendedor. Los términos del artículo 1486.2 C.c. parecen circunscribir la acción de indemnización por daños y perjuicios al solo caso de que "*el comprador optare por la rescisión*" lo que carece a nuestro entender de cualquier sentido puesto que la irrogación de daños y perjuicios al comprador no se produce únicamente en el supuesto de redhibición.

VII

En el supuesto de pérdida de la cosa el ejercicio de las acciones edilicias, aunque posible, se ve sometido a algunas modulaciones. Cuando la desaparición está motivada por los vicios el ejercicio de la acción redhibitoria no conlleva para el comprador, por razones obvias, la obligación de restitución de la cosa mientras que el vendedor sí habrá de realizar la restitución del precio con los intereses así como los gastos del contrato. Si la cosa, teniendo vicios, se pierde por caso fortuito o por culpa del comprador y no a consecuencia de éstos el vendedor no responderá por dicha pérdida ya que la misma no le resulta imputable a él sino al comprador. Que la cosa se haya

perdido no obsta, sin embargo, para que el comprador pueda reclamar al vendedor por el menor valor que la misma tenía antes de la pérdida como consecuencia de los vicios que presentaba. El vendedor quedaría en tal supuesto obligado a restituir la diferencia entre el precio pagado por la cosa y el menor valor que esta tuviera al tiempo de perderse como consecuencia de los vicios. Resta matizar por último que en este supuesto de pérdida de la cosa el comprador, a diferencia de lo que ocurría en el supuesto de hecho del artículo 1487 C.c., no podrá ejercitar la acción redhibitoria al no encontrarse en condiciones de cumplir con la obligación de restitución que la acción conlleva quedando a su disposición únicamente la acción estimatoria por el menor valor de la cosa.

VIII

En último término el artículo 1490 regula el plazo para el ejercicio de las acciones en materia de saneamiento que queda fijado en seis meses desde la entrega de la cosa vendida (plazo que no se aplica a la acción por daños y perjuicios). La brevedad del plazo ha sido una de las razones que motivaron la articulación de soluciones alternativas con la intención de eludir su aplicación y otorgar mayores posibilidades de actuación al comprador. El *dies a quo* desde el que comenzar el cómputo de los seis meses es el día de la entrega del bien y no el momento de perfección del contrato ni tampoco el momento en que el comprador tiene conocimiento del defecto. El

momento de inicio del plazo es el de la posibilidad abstracta de que el defecto sea conocido, posibilidad que únicamente se materializa con la obtención de la posesión.

IX

Nuestro Código de comercio no contiene una regulación integral del contrato de compraventa mercantil sino que, partiendo del régimen general contenido en el Código civil, se centra únicamente en señalar las especialidades derivadas de la mercantilidad del contrato. El ámbito donde más se dejan sentir las diferencias de régimen con respecto al Código civil es el de la regulación de los vicios aparentes o manifiestos donde nos encontramos no sólo con un concepto propio de vicio sino también con las obligaciones de comprobación y denuncia que el Código civil no contemplaba así como con acciones de saneamiento propias.

X

Llama la atención, en primer lugar, que el artículo 336 se refiera no sólo a los defectos sino también a las faltas de calidad y cantidad que, sin embargo, no aparecen referidos en el Código civil. Se dispensa por esa vía un tratamiento unificado tanto a los vicios

stricto sensu como a los defectos de calidad y a los defectos de cantidad de forma tal que las acciones que contempla pueden instarse ante cualquiera de las hipótesis dando solución a una de las grandes cuestiones que el Código civil no resuelve que no es otra que la posibilidad de aplicar el régimen de saneamiento no sólo a los defectos sino también a las faltas de calidad o de cualidades de la cosa entregada. Otra de las especialidades es el régimen de comprobación y denuncia de los vicios aparentes o manifiestos. Aun cuando no se explicita como parte de las obligaciones a cargo del comprador, lo cierto es que así podría inferirse del propio artículo 336 cuando reconoce al vendedor el derecho de exigir al comprador el examen de la cosa en el momento de la entrega. Al examen de la cosa por el comprador se le atribuyen efectos liberatorios para el vendedor en el sentido de que si el comprador examina a su contento la mercancía en el momento en que la recibe no tendrá luego acción para reclamar en su contra. Realizada la comprobación, el Código establece unos plazos muy estrechos para la interposición de las oportunas acciones (el artículo 336 habla de plazo para repetir contra el vendedor). Exige la denuncia inmediata en caso de que el examen se haya realizado al mismo momento de la recepción de las mercancías y establece un plazo máximo de cuatro días desde la entrega para los casos en que el examen se vea pospuesto. Detectados los vicios aparentes, el comprador podrá optar entre la rescisión del contrato o su cumplimiento con arreglo a lo convenido disponiendo en ambos casos de la acción por los daños y perjuicios que se le hayan irrogado

(ex. art. 336.3). Nada dice el Código de comercio sobre el plazo del que el comprador dispone para ejercitar las acciones ante lo que cabe acudir supletoriamente al artículo 1490 C.c. que establece un plazo de seis meses desde el momento de la entrega

XI

El artículo 342 no proporciona un concepto propio de vicio oculto. Resulta verosímil pensar que el legislador mercantil quiso remitir la cuestión de los vicios ocultos al régimen civil circunscribiendo el régimen especial únicamente a los vicios aparentes que, por las especialidades del tráfico mercantil, reclaman un tratamiento específico más allá del establecimiento de plazos breves. De esa forma la especialidad en cuanto a la extensión del concepto de vicio queda únicamente referida a los vicios aparentes. La cuestión no es en absoluto intrascendente pues si se entiende que el concepto del artículo 336 es aplicable no sólo a los vicios aparentes sino también a los ocultos se producirá un notable ensanchamiento del ámbito de estos con respecto a la norma civil al entender comprendidos no sólo los vicios *stricto sensu* sino también los defectos de calidad con respecto a los cuales la legislación civil no se pronuncia de forma explícita. El plazo para la denuncia de los vicios ocultos es de treinta días desde la entrega de la cosa.

XII

La inadecuación de las acciones edilicias al tráfico actual ha propiciado la búsqueda por los propios operadores de soluciones que faciliten la racionalización jurídica de las actuales redes de distribución y se encuentra en el origen de una práctica negocial que comenzó a apreciarse en los años setenta del pasado siglo. Se trata de la inclusión en los contratos de una cláusula de garantía que comprende una promesa de duración y buen funcionamiento de la cosa durante un cierto período de tiempo y una obligación de reparación y sustitución que sustituyen el tradicional régimen codificado de saneamiento. Constituye una garantía de carácter voluntario o negocial que se superpone al régimen legal de los códigos buscando, precisamente, superar los inconvenientes que éste presenta tanto para compradores como para vendedores.

XIII

Desde apenas la entrada en vigor de nuestro Código y sus contemporáneos, se comienzan a dejar sentir movimientos doctrinales y jurisprudenciales en busca de alternativas jurídicas a la clásica regulación de los vicios o defectos de la cosa vendida,

manifiestamente inadecuadas a las necesidades del tráfico moderno, con el propósito de procurar una mejor protección de los intereses del comprador. Los estrechos márgenes temporales para su ejercicio así como la falta de acomodación de los remedios edilicios a los supuestos de compraventa de cosa genérica característica del nuevo escenario económico motivan el nacimiento de una serie de teorías que buscan soslayar los mencionados inconvenientes. En una primera fase, la solución pasaría por entender que un mismo supuesto de patología contractual podría originar simultáneamente acciones de saneamiento y acciones de carácter general, más interesantes para el vendedor. La acumulación de opciones presenta, sin embargo, algunos inconvenientes: contrariedad al principio de especialidad en la aplicación de las normas y altas dosis de casuismo. Sin embargo, la solución se asumió de forma pacífica por los tribunales que, primando el pragmatismo frente al rigor técnico, se decantan por una solución manifiestamente mejorable como la acumulación de acciones con el solo fin de eludir la aplicación de las acciones especiales sobre vicios ocultos y sus estrechos márgenes temporales.

XV

Con posterioridad surge la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* como una nueva vía a través de la que conseguir eludir los estrechos márgenes de las clásicas acciones edilicias y procurar mayores niveles de protección del adquirente de la cosa vendida. Esta

nueva construcción, con amplio respaldo jurisprudencial, adolece, sin embargo, de un inconveniente como es su incierta delimitación conceptual. En el caso de prestación diversa o *aliud pro alio* se produciría la confluencia tanto de las acciones edilicias como de las generales en materia de incumplimiento de la prestación que, en virtud de los artículos 1166 y 1124 C.c. habilitarían al comprador en primer término a rehusar la mercancía y, en segundo lugar, a instar o bien el cumplimiento mediante una nueva entrega o bien la resolución con el abono de los daños y perjuicios consiguiendo por ese conducto superar los estrechos márgenes de las acciones edilicias. Sin embargo, es conveniente dosificar el empleo de esta técnica a los supuestos en los que sea estrictamente necesario en atención a los intereses en juego y únicamente en los supuestos de total inadecuación de la cosa para la satisfacción del comprador

XVI

En cualquier caso, el problema planteado por la inadecuación de las viejas acciones edilicias a las necesidades del tráfico moderno y la búsqueda de soluciones alternativas que permitieran soslayar tales inconvenientes ha quedado circunscrito a los supuestos de compraventas civiles entre particulares (de muy reducida relevancia) y a las compraventas interempresariales. Para el caso de las ventas de consumo el modelo de las acciones edilicias ha quedado superado como consecuencia de la aprobación de diversas normas, nacionales

y comunitarias, que abordan el problema de los vicios en la cosa objeto de venta desde una nueva perspectiva que ha supuesto la ruptura definitiva con el sistema de las viejas acciones edilicias al introducir la obligación del vendedor de entregar un bien conforme con el contrato y someter a un tratamiento integral y unitario cualquier incumplimiento de ese deber contractual. La nueva disciplina supera los dos mayores inconvenientes de que adolecía el sistema de saneamiento de los códigos. En primer lugar, introduce remedios jurídicos como la reparación y la sustitución, que resultan más apropiados a los intereses del consumidor que las estrictas acciones de reducción del precio o de resolución del contrato y, en segundo término, establece un sistema de plazos más prolongado a disposición del comprador afectado.

XVII

El régimen legal de la garantía introducido por la Directiva 1999/44/CE introduce el principio de conformidad del bien con el contrato, un concepto importado de los ordenamientos jurídicos anglosajones con el que, sin embargo, es posible apreciar ciertas similitudes en nuestros códigos y que, al menos formalmente, ya formaba parte de nuestro ordenamiento desde la adhesión a la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías. Ha de observarse, no obstante, que la conformidad con el contrato resulta un concepto más amplio que la noción de vicio

redhibitorio en tanto que se hace extensiva a cualquier defecto o falta que el bien pudiera presentar aun cuando no incidan de manera sustancial en su utilidad incluyendo los vicios de escasa cuantía cuando exista pacto en tal sentido: prestación defectuosa, vicios o defectos de calidad y cantidad e incluso los casos de prestación distinta o *aliud pro alio,* todos ellos supuestos de patología contractual sometidos a tratamiento jurídico diferenciado y en la mayoría de casos insatisfactorio en nuestro ordenamiento. La falta de conformidad del bien con el contrato supone un incumplimiento de la obligación legal de entregar un bien conforme y se configura como presupuesto de una responsabilidad de carácter objetivo y obligatorio para el vendedor.

XVIII

El sistema de responsabilidad por las faltas de conformidad con el contrato resulta aplicable exclusivamente a las relaciones de carácter vertical entre un empresario y un consumidor. Central resulta, por tanto, la definición de cada uno de estos conceptos. El concepto de consumidor ha sido abordado tanto por la Directiva 1999/44/CE de la que trae causa el régimen de la falta de conformidad como por la norma de trasposición a nuestro

ordenamiento. La Directiva dispone en su artículo 1.2.a) que, a los efectos de su aplicación, se entenderá por consumidor *"toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional"*. La actuación al margen de una actividad empresarial o profesional actúa como criterio vertebrador de la condición de consumidor. No merecerán tal calificación aquellos sujetos que directa o indirectamente adquieren bienes en el marco de su actividad empresarial o profesional lo que permite excluir del ámbito de la definición los consumos empresariales incluso los realizados por pequeños empresarios o por empresarios que actúan fuera del ámbito que constituye su actividad principal.

XIX

El derecho nacional optó en un primer momento por un concepto altamente deficiente desde el punto de vista técnico en cuya virtud la atribución de la condición de consumidor se hacía en tanto que destinatario final del bien o producto. La LGDCU aprobada en 2007 introduce una importante novedad en la formulación del concepto con el propósito de adaptarlo a la definición históricamente empleada en el derecho comunitario. La nueva formulación permite

superar los inconvenientes que la técnica del destinatario legal ocasionaba por su defectuosa técnica legislativa aportando unas inestimables dosis de claridad al respecto. La actuación al margen de una actividad económica o empresarial permitirá discernir de forma clara entre quienes adquieren bienes para su exclusivo destino doméstico o personal de quienes lo hacen directa o indirectamente en el ámbito de una actividad empresarial o económica reservando la condición de consumidor únicamente para aquellos. No ha resuelto, sin embargo, el problema de los actos con doble propósito empresarial y privado cuya solución quedará nuevamente en manos del intérprete. Una reciente modificación de la LGDCU ha introducido nuevos matices en el consumidor de apenas consecuencias prácticas en el caso del consumidor persona física pero de cierta relevancia en el caso del consumidor persona jurídica, ámbito en el que la normativa española, siguiendo las cláusulas de armonización mínima, se ha apartado de la tradición comunitaria al incluir a las personas jurídicas en el concepto de consumidor. La nueva definición del concepto de consumidor persona jurídica supera algunos de los históricos inconvenientes señalados por la doctrina al matizar que no todas las personas jurídicas son acreedoras de la calificación de consumidor ni solamente las personas jurídicas pueden merecer dicho calificativo al dar entrada a los entes sin personalidad jurídica.

XX

Frente al consumidor el vendedor se señala como el responsable de las faltas de conformidad del bien con el contrato. Ahora bien, cuando la norma identifica al vendedor como primer responsable ante las faltas de conformidad lo hace con el solo propósito de facilitar al consumidor el efectivo ejercicio de sus derechos designando como interlocutor a aquel sujeto más fácilmente accesible lo que no quiere decir, sin embargo, que sobre él pesen en exclusiva las consecuencias económicas derivadas de la responsabilidad legal. Máxime si se tiene en cuenta que, en la mayor parte de las ocasiones, el vendedor es un perfecto desconocedor de las características técnicas y de fabricación del producto cuyo papel se limita a la pura intermediación comercial y que, las más de las veces, carece también de capacidad técnica suficiente para subsanar las faltas de conformidad. A tal efecto reconoce la norma a quienes hayan asumido la responsabilidad frente al vendedor (aspecto en el que se aparta de la Directiva que únicamente reconoce el regreso al vendedor final) la posibilidad de repetir frente a aquel miembro de la cadena de producción y distribución que sea materialmente responsable de la falta. Asimismo, junto a la responsabilidad del vendedor la norma otorga una acción de responsabilidad directa frente al productor para aquellos supuestos en que la acción contra el vendedor no sea posible o resulte excesivamente gravosa.

XXI

Desde el punto de vista objetivo el régimen de responsabilidad por falta de conformidad de la LGDCU se aplica en relación con los bienes muebles y, en particular, a los muebles corpóreos tanto si son fungibles como no fungibles, duraderos o no, genéricos o específicos, usados e, incluso bienes futuros así como a los bienes muebles de segunda mano. Quedan excluidos los inmuebles así como los bienes inmateriales y los servicios así como el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas y la electricidad, exclusiones que en el caso de los bienes inmateriales o de la electricidad que se encuentren envasados para su venta carece de justificación a la vista del espíritu de la norma y del carácter masivo de su comercialización. Desde el punto de vista negocial el negocio jurídico al que fundamentalmente se aplica el régimen de conformidad es el contrato de compraventa aunque cabe considerar su ampliación a todos aquellos contratos en los que la obligación de entrega ocupe, como en el caso de la compraventa, un papel determinante como podría ser el caso de la permuta, el suministro de bienes y, en general, aquellos contratos que sirvan para la adquisición de bienes entendida en un sentido amplio. Se excluyen del ámbito de aplicación de la norma, sin embargo, determinadas operaciones de compraventa que, por las circunstancias en las que se desenvuelven, no han sido consideradas por el legislador como merecedoras de la especial protección que la norma confiere. Se trata de las ventas judiciales de bienes de consumo

y de las adquisiciones de bienes de segunda mano verificadas en subastas administrativas a las que el consumidor puede asistir personalmente.

XXII

La LGDCU no proporciona, aunque hubiera sido deseable, un concepto de lo que deba entenderse como conformidad del bien con el contrato pero una interpretación sistemática permite afirmar que ésta se produce cuando existe una plena correspondencia entre el objeto entregado y las condiciones expresamente pactadas en el contrato o bien las condiciones que, por ser comunes y definitorias del tipo de bien, no se incluyeron en el pacto expreso por resultar presupuestas. El análisis de conformidad del que posteriormente se derivará, en su caso, la exigencia de responsabilidad al vendedor ha de hacerse, en primer término, a la luz de las disposiciones contractuales que las partes hayan podido acordar al respecto y que tendrán aplicación preferente. Se reconoce, por tanto, a las partes la libertad para pactar criterios de conformidad propios y específicos para cada bien adquirido si bien tales pactos particulares de conformidad en ningún caso podrán suponer una rebaja en los derechos legalmente reconocidos al consumidor en este ámbito so pena de nulidad *ex*. art. 10 TRLGDCU. En previsión de que tales pactos contractuales no existan, como, por otra parte resulta habitual en la contratación de bienes de consumo, la norma prevé una serie de

criterios de conformidad que operan de forma supletoria como cláusulas de protección mínima en favor del consumidor. Con la forma de presunciones legales, se trata de una serie de parámetros que tipifican y agrupan los supuestos más habituales de faltas de conformidad que se presentan en el tráfico económico con la intención de servir de pauta orientativa al intérprete encargado de enjuiciar la conformidad. Salvo que alguno de los parámetros de conformidad no resulte aplicable al caso concreto, el legislador establece de forma presuntiva que aquellos bienes que cumplan con todos los parámetros de conformidad serán conformes al contrato y, por tanto, no generarán responsabilidad alguna al vendedor (art. 116.1). Se exige, por tanto, la concurrencia cumulativa de todos los parámetros de conformidad que resulten aplicables al caso para afirmar la plena conformidad del bien con el contrato.

XXIII

La adecuación del producto a la descripción realizada por el vendedor y a las características de la muestra o modelo presentadas por éste; la aptitud del bien para los usos ordinarios de bienes del mismo tipo; la aptitud del bien para usos especiales requeridos por el consumidor y la posesión de la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor o 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 presentante en particular en la publicidad y el etiquetado son los cuatro parámetros legales de conformidad aplicables en nuestro derecho. La referencia se completa con la consideración de las faltas de conformidad derivadas por la instalación del bien siempre que ésta se haya realizado por el propio vendedor o bajo su responsabilidad o por el comprador siguiendo las instrucciones facilitadas a tal fin.

XXIV

La referencia a la venta mediante muestra puede empañar el sentido de la presunción de conformidad desplazando el centro de atención de lo que en realidad constituye el núcleo de la misma que no es otro que la descripción realizada por el vendedor. La referencia a la compraventa mediante muestra modelo no es más que una de las muchas formas a través de las cuales el vendedor realiza la descripción del bien. En tanto que resulta subsumible en el supuesto general, sería incluso prescindible la referencia a la misma que, sin embargo, se mantiene. La aptitud del bien para los usos ordinarios de bienes del mismo tipo, conocida como criterio de funcionalidad objetiva, representa un criterio objetivo de valoración de la conformidad según el cual el bien ha de ser apto para su empleo en los usos a que ordinariamente se destinan bienes de su mismo tipo. Por uso ordinario se hace referencia al uso estandarizado que el tráfico asigna a cada tipo de bien, al uso que normalmente va

implícito en el contrato. Se trata de un principio que no resulta ajeno a nuestra tradición jurídica y del que es posible encontrar manifestaciones ya en los propios códigos. El criterio de funcionalidad subjetiva hace referencia a la situación, por lo demás poco frecuente, de que el comprador desee emplear el bien adquirido no en el desempeño del uso que le es propio sino en otros que pueden resultar "exóticos" al mismo siempre y cuando tales usos hubiesen sido puestos en conocimiento del vendedor en el momento del contrato y hubieren sido aceptados por éste. Es lógico que el vendedor deba responder por la ausencia de cualidades o aptitudes del bien que se encuentran en su esfera de control pero carecería de todo fundamento responsabilizarle más allá de dicho nivel exigiéndole que la cosa sea apta para usos que ni conoció ni, por tanto, pudo prever.

XXV

La posesión de 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 constituye el criterio legal de conformidad cuyo entendimiento puede resultar más complejo**.** La referencia a la calidad y prestaciones

habituales aproxima este criterio de conformidad al que se contiene en la letra b) del propio artículo 116 LGDCU en tanto que, con carácter general, los bienes que no presenten la calidad y prestaciones habituales de los de su mismo tipo no suelen ser aptos para el uso habitual que les es propio y, a la inversa lo que lleva a considerar la conveniencia de una reformulación de los criterios de conformidad que evite reiteraciones innecesarias. Para determinar cuáles son la calidad y prestaciones habituales en bienes del mismo tipo será necesario realizar, en primer lugar, un análisis comparativo con aquellos bienes que no sólo pertenecen a la misma clase sino también a los mismos estándares de calidad. El segundo elemento que ha de tenerse en cuenta para valorar las características y prestaciones que el consumidor pueda fundadamente esperar son las manifestaciones públicas que haya realizado tanto el vendedor como el fabricante o personas por cuenta de estos. Lo que hace esta presunción es trasladar al ámbito de la conformidad el carácter vinculante de la oferta contractual y su aptitud para integrar el contenido del contrato que encuentra su fundamento en la protección de la confianza en el tráfico. Se trata de las declaraciones públicas (dirigidas a una pluralidad indeterminada de sujetos fundamentalmente a través de mensajes publicitarios), realizadas por el vendedor, el productor o su representante sobre cualidades concretas de los productos (no meras alegaciones genéricas). Estas manifestaciones públicas podrán ver excepcionada su fuerza vinculante en determinados supuestos algunos de ellos de dudosa pertinencia.

XXVI

La LGDCU establece que el vendedor estará exonerado de responsabilidad cuando la falta de conformidad se derive de la aportación de materiales por el comprador. Cabe cuestionarse en la medida en que el vendedor es profesional y, por tanto, tiene conocimientos especiales en la materia que le permitirán detectar fácilmente la inadecuación de los materiales, procedería condicionar la exención de responsabilidad a la previa obligación de denunciar, con anterioridad al inicio de los trabajos, el estado de los materiales y la previsible insatisfacción del resultado final. Configurada como una carga, la ausencia de denuncia o comunicación por parte del vendedor debería suponer la asunción de responsabilidad por las faltas de conformidad de que pueda adolecer el resultado final ya que el vendedor habría incurrido en una falta de la diligencia que le resulta exigible en su condición de profesional. Se trataría de una posibilidad perfectamente defendible en tanto que la Directiva representa un nivel de protección mínimo que se vería incrementado con la adopción de una medida en tal sentido.

XXVII

La responsabilidad por las faltas de conformidad requiere que las mismas no fuesen conocidas (o no hubiesen podido ser

fundadamente ignoradas en atención a las características subjetivas del comprador) por el comprador en el momento de celebración del negocio. Sin embargo, la conducta del vendedor no resulta indiferente y puede ser tenida en cuenta a la hora de valorar la diligencia del comprador en la comprobación de las características del bien. Cuando el vendedor actúa de mala fe puede su responsabilidad se verá agravada.

XXVIII

El artículo 118 LGDCU representa el corolario del nuevo modelo de regulación de los vicios de la cosa y la superación del insatisfactorio sistema de los códigos tan largamente reclamada por la doctrina. Constituye el tránsito de un modelo dispuesto para la compraventa de cosa específica que, al primar las acciones extintivas en detrimento de las acciones de cumplimiento, resultaba completamente inapropiado para el supuesto, por lo demás hegemónico en el tráfico actual, de compraventa de cosa genérica, a un modelo que instaura un punto de equilibrio óptimo entre la satisfacción de los intereses del consumidor (mediante las acciones conservativas de reparación, sustitución y, en su caso, reducción del

precio) y del vendedor (la conservación del negocio) en la medida que las soluciones extintivas quedan circunscritas a supuestos muy concretos. Al mismo tiempo simplifica y funcionaliza enormemente el problema de la insatisfacción del comprador sometiendo a idéntico régimen todas las patologías que puedan presentarse en la ejecución del contrato de compraventa. Sería deseable y así se ha reclamado por la doctrina que este modelo abandonara la sectorialidad para generalizarse como el modelo transversal aplicable a cualquier tipo de compraventa e incluso como el modelo de regulación frente a cualquier situación de incumplimiento contractual. Frente al modelo de los códigos el nuevo sistema supera la dogmática tradicional del cumplimiento legalizando una serie de remedios que hasta el momento se habían desenvuelto en el ámbito de las garantías comerciales o voluntarias y que, siendo aptos para la plena satisfacción del comprador, resultan menos gravosos para el vendedor que incluso los remedios tradicionales en tanto que priman la conservación del negocio

XXIX

El artículo 119 LGDCU confiere al comprador la opción entre la reparación o la sustitución del producto. Se trata de los remedios primarios ante la falta de conformidad a los que el consumidor deberá acudir de forma preferente para subsanar dicha falta. Estos remedios suponen la traslación al ámbito específico de las compraventas de

consumo de las acciones propias de cumplimiento que nuestro ordenamiento recogía en los arts. 1124 y 1101 C.c. El consumidor podrá elegir el remedio que le resulte más apropiado siempre que dicha opción no resulte objetivamente imposible o desproporcionada. Realizada la comparación si uno de los remedios resulta desproporcionado con respecto al otro el comprador perderá el derecho de opción y deberá aceptar el remedio alternativo siempre que el mismo no le suponga "*mayores inconvenientes*" y sea igualmente apto para la puesta en conformidad que el inicialmente solicitado. El problema se presentaría cuando el remedio que se salva de la desproporción por ser económicamente más ventajoso para el vendedor representa unos inconvenientes inasumibles para el comprador. ¿Podría en ese caso el consumidor forzar el remedio inicialmente descartado por su desproporción? Aplicando lo dispuesto en el artículo 121 LGDCU en cuya virtud cabe el recurso a los remedios secundarios (rebaja del precio y resolución del contrato) cuando el comprador "*no pudiera exigir la reparación o la sustitución*" parece claro que el comprador no quedará obligado a someterse al remedio alternativo ya que la inexigilidad que habilita el recurso a los remedios secundarios se formula de manera disyuntiva con lo cual bastaría con que uno solo de los remedios primarios fuera inexigible para abrir la opción a los remedios secundarios.

XXX

Interesa llamar la atención sobre el hecho de que la imposibilidad ha de ser objetiva, esto es, se debe determinar con arreglo a parámetros de naturaleza abstracta y no en atención a razones de índole personal del vendedor lo que parece razonable si no se quiere dejar el cumplimiento del contrato al arbitrio de una de las partes en contravención del artículo 1256 C.c. La imposibilidad puede ir referida a cualquiera de los remedios elegidos o incluso a ambos La reparación será imposible cuando, por las circunstancias del caso, no tenga la aptitud de reponer la falta de conformidad mientras que la sustitución será imposible cuando nos encontremos ante una cosa específica que no sea fungible o ante un bien de segunda mano, en ambos casos por la propia insustituibilidad de los bienes referidos. En cualquier caso, la fabricación en serie de bienes unida a la existencia de servicios técnicos y de piezas de repuesto que se imponen al vendedor reducen notablemente el ámbito de supuestos en los que cabe apreciar la imposibilidad de la reparación o sustitución.

XXXI

Se considerará 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. Se trata con ello de cohonestar los intereses de ambas partes exonerando al vendedor de aquella prestación que le resulte irracionalmente onerosa cuando existen otras vías igualmente satisfactorias para los intereses del consumidor. La desproporción en tanto que implica una actividad de comparación, ha de apreciarse entre los dos remedios primarios (reparación o sustitución) y no de forma abstracta en relación a cada uno de ellos ni por referencia a los remedios secundarios en la medida en que el artículo 119 LGDCU únicamente refiere el análisis de proporcionalidad a los remedios que regula. La desproporción de uno de los remedios con respecto al otro se determina en atención a los costes para el vendedor. Tales costes han de ser razonables tomando en consideración el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de esta y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario, parámetros todos ellos de estricto orden objetivo. No resultarán costes razonables aquellos que resulten "*considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra forma de saneamiento*". No existirá por tanto desproporción por el solo hecho de que los costes de un remedio sean superiores a los del otro sino que se exige que sean considerablemente más elevados. Que los costes resulten considerablemente más elevados no implica que automáticamente se pueda apreciar la existencia de desproporción. Para ello se requerirá que los costes, además de resultar considerablemente más elevados, no resulten

razonables en atención a las circunstancias del caso, lo que requiere de una atinada labor de interpretación en cada caso en atención al valor que el bien tendría sin la falta de conformidad, su relevancia o si la forma de saneamiento alternativa se puede realizar sin mayores inconvenientes para el comprador. En cualquier caso, debe destacarse el carácter objetivo de todos los elementos integrantes del juicio de proporcionalidad.

XXXII

Tanto la reparación como la sustitución del producto serán gratuitas para el consumidor. La gratuidad de la reparación no es sino la vía a través de la cual se hace responsable al vendedor de todas las consecuencias económicas que la falta de conformidad a él imputable haya podido generar tanto para el consumidor como, en su caso, para terceros a cuyo fin se dispone de la acción de indemnización por daños y perjuicios. Una solución diferente que interpretara en términos restrictivos el concepto de gratuidad supondría, como el TJUE afirma, una medida disuasoria para hacer valer los derechos del consumidor.

XXXIII

Según el artículo 120.b) la reparación y sustitución deberán llevarse a cabo "*en un tiempo razonable*" (…) "*habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario*". Se ha optado por no fijar un período de tiempo fijo y cerrado en la conciencia de que las circunstancias pueden ser muy diversas y que la fijación de un plazo cerrado sería inapropiada tanto por exceso como por defecto en la mayor parte de los casos. En su defecto, se ha utilizado un concepto jurídico indeterminado que deberá ser interpretado según las particularidades de cada caso. Excedido el plazo que en cada caso se entienda como razonable, la reparación o la sustitución no resultan aptas para la puesta en conformidad lo que abre la opción de recurrir a los remedios secundarios de la rebaja del precio y la resolución del contrato. El artículo 120.b) LGDCU afirma que la reparación ha de efectuarse no sólo en un plazo razonable sino también sin irrogar al consumidor mayores inconvenientes. De nuevo emplea el legislador un concepto jurídico indeterminado que deberá interpretarse en atención a las circunstancias de cada caso. Por inconveniente puede entenderse, amén del trastorno que para el consumidor tiene la propia falta de conformidad y la privación del bien durante el período de reparación o sustitución, cualquier consecuencia negativa que se genere y que, dada su relevancia, no deba ser soportada por el consumidor. Los menores inconvenientes, sin embargo, deberán ser tolerados por el consumidor

XXXIV

El vendedor que recibe bienes para su reparación o sustitución debe asumir una obligación de carácter documental a realizar en el momento en que el bien se entrega para su reparación o sustitución y en el momento en que, realizada la reparación o sustitución, el bien conforme es devuelto al consumidor. En el primer momento ha de entregarse al consumidor "*justificación documental de la entrega del producto en la que conste la fecha de entrega y la falta de conformidad que origina el ejercicio del derecho*" y en el momento de la entrega del bien ya conforme "*justificación documental de la entrega en la que conste la fecha de ésta y, en su caso, la reparación efectuada*". La norma tiene una clara finalidad probatoria que pretende facilitar al consumidor la prueba del tiempo en que se ha realizado la puesta en conformidad a efectos de valorar si ha sido excesivo y la identidad de las faltas de conformidad de cara a la posterior aplicación de la garantía de la reparación.

XXXV

La posición del comprador se refuerza mediante el efecto suspensivo que la reparación y la sustitución ejercen sobre los plazos de manifestación de la falta de conformidad y de prescripción de las acciones. Parece claro que la suspensión no se refiere al plazo de denuncia de la falta de conformidad puesto que este opera con anterioridad a la práctica del remedio. En parecidos términos hemos

de referirnos al plazo de seis meses durante el que opera la presunción de preexistencia de la falta cuya función se reduce a distribuir el *onus probandi* sobre el origen de la falta, cuestión previa al ejercicio de cualquiera de los remedios para restaurar la conformidad. Se trata de evitar que una dilación intencionada en las labores de reparación o sustitución tenga el efecto de minorar los derechos del consumidor al reducirle los plazos efectivos de que dispone.

XXXVI

No obstante, el modo en que la suspensión de plazos se ha articulado en la norma no resulta del todo satisfactorio. Tanto por razones de estricta índole técnica como de política legislativa. Por razones técnicas, resulta censurable que la suspensión se refiera tanto a la reparación como a la sustitución pues ambas prestaciones tienen muy diversa naturaleza. La suspensión del plazo resulta lógica en el caso de la reparación porque una vez realizada el consumidor recupera la posesión del mismo producto sobre el que se manifestó la falta de conformidad que motivó la reparación de manera que el período de dos años de garantía se corresponde exactamente con el período en el que el producto está en poder del consumidor que podrá detectar cualquier falta de conformidad. Sin embargo, en el caso de la sustitución al consumidor se le entregará otro producto diferente cuyo plazo de manifestación de faltas de conformidad se

verá reducido al tiempo que reste desde la entrega hasta la los dos años, circunstancia que la propia LGDCU intentará paliar introduciendo medidas correctoras. Argumentos de política legislativa conducen a criticar igualmente que en el caso de sustitución del bien no se reconozca un nuevo plazo de dos años para la manifestación de las faltas de conformidad por mucho que esa opción resultaría la más apropiada. El reconocimiento de un plazo de seis meses desde la entrega del bien sustituto para la manifestación de las faltas de conformidad resulta inapropiado y simplemente consigue paliar mínimamente la peor situación en que se encuentra el consumidor que recibe un bien sustituto que no dispondrá de un nuevo plazo de dos años para la manifestación de las faltas de conformidad sino que dicho plazo se reanuda desde el momento en que quedó interrumpido por la práctica de la sustitución

XXXVII

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. Con arreglo a criterios de pura sistemática cabría afirmar que ese plazo se reconoce en cualquier caso y al margen del tiempo transcurrido desde la entrega del bien pues, de haber querido el legislador otra regulación,

así lo habría indicado. De cualquier forma esa garantía que se establece en relación con la reparación efectuada sobre el bien se asienta sobre el presupuesto de la identidad entre la falta de conformidad originaria y la que se manifiesta una vez realizada la reparación. Y es que la garantía se refiere no a cualquier falta de conformidad que se pueda manifestar sino únicamente a la misma que motivó la reparación. Ante la dificultad que puede suponer en algunos casos acreditar esta circunstancia y a los efectos de aligerar la carga probatoria a cargo del consumidor sobre este extremo, el propio artículo 120 LGDCU instaura una presunción *iuris tantum* de que estaremos ante la misma falta de conformidad si se reproducen los mismos defectos inicialmente manifestados

XXXVIII

El artículo 120.g) establece que el comprador no podrá solicitar la sustitución de bienes que no sean fungibles ni de bienes de segunda mano. *A priori* ambos casos podrían reconducirse al supuesto de imposibilidad que recoge 119.1 LGDCU en cuya virtud no se puede instar aquel remedio que sea imposible. Y ello es así a la vista de las características de los bienes a los que se hace referencia. En primer lugar, bienes que no son fungibles y que por tanto carecen de la característica tipológica de la sustituibilidad o intercambiabilidad. En segundo lugar, bienes que fueron adquiridos de segunda mano y que, precisamente por el uso previo de que han

sido objeto, poseen unas características de desgaste que les hacen únicos. En esa tesitura podría pensarse que el artículo 120. g) tiene todo el sentido. Sin embargo, ni todos los bienes no fungibles son necesariamente insustituibles ni los bienes de segunda mano son únicos e irremplazables por más que estas hipótesis sean las más frecuentes en la realidad. Luego, la insustituibilidad habría de ser valorada en cada caso teniendo presentes todas las circunstancias que concurren en el mismo resultando criticable esta categorización absoluta y apriorística que cercena las posibilidades de defensa del consumidor en clara contravención de la propia Directiva 1999/44/CE que en ningún momento resulta tan categórica. Efectivamente en el considerando decimosexto establece que "*la naturaleza específica de los bienes de segunda mano hace generalmente imposible sustituirlos*" y que a los mismos no resulta aplicable por regla general del derecho del consumidor a la sustitución

XXXIX

Como segundo haz de remedios ante la falta de conformidad el artículo 121 LGDCU se refiere a la rebaja del precio y a la resolución del contrato. La subsidiariedad de estos remedios es clara consecuencia del modelo de regulación por el que se ha optado en el que la satisfacción de los intereses del consumidor se canaliza de forma preferente a través de las soluciones conservativas, más convenientes para el vendedor que las de carácter extintivo. Los

remedios primarios gozan de prelación en el sistema de manera que, siendo posibles y aptos para la puesta en conformidad sin causar mayores inconvenientes al consumidor, constituyen la única vía por la que puede decantarse. No se trata de una subsidiariedad absoluta que obligue necesariamente a pasar por la práctica de los remedios primarios pero sí al menos a su previa toma en consideración de forma que sólo cuando las acciones conservativas no fueran exigibles por su imposibilidad objetiva o su desproporción (art. 119 LGDCU) o bien hubiesen resultado insatisfactorias para la puesta en conformidad cabría el ejercicio de los remedios subsidiarios cuya aplicación es sucesiva y al mismo tiempo alternativa.

XL

La posibilidad de recurrir a los remedios subsidiaros se supedita a la verificación de una serie de presupuestos referidos a los remedios primarios. En concreto, el artículo 121 establece que el comprador podrá optar entre la rebaja en el precio o la resolución en aquellos casos en que "*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*". En primer lugar cabe el recurso a las acciones de rebaja del precio y resolución del contrato en aquellos casos en los que el consumidor *"no pudiera exigir la reparación o la sustitución",* expresión que ha de ponerse en relación con el artículo 119.1 LGDCU en cuya virtud no pueden

exigirse por el consumidor aquellas formas de saneamiento que sean imposibles o desproporcionadas. Luego, la imposibilidad o la desproporción uno de los remedios primarios constituyen el presupuesto habilitante para recurrir a los remedios subsidiarios. El segundo supuesto en el que cabe acudir a la rebaja del precio o la resolución del contrato requiere de la previa constatación de que la reparación o sustitución han resultado infructuosas en tanto que no han conseguido subsanar la falta de conformidad o no se han realizado en tiempo razonable o sin mayores inconvenientes. En todo caso, una vez que concurran los supuestos habilitantes para el recurso a las acciones subsidiarias, el consumidor deberá optar por aquella que le resulte más satisfactoria, elección que no parece estar limitada más que por el hecho de que "*la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa cuantía*" según el art. 121 *in fine*. De nuevo se deja sentir en este punto la intención del legislador de, procurando remedios satisfactorios al comprador, minimizar el recurso a la resolución por la contundencia de sus efectos.

XLI

Solicitada la resolución del contrato procede la restitución de todas las prestaciones ya ejecutadas así como la inexigibilidad de las que se encuentren pendientes de cumplimiento siguiendo la regulación general del Código civil. Lo que supone para el comprador la obligación de devolver la cosa y para el vendedor la obligación de

devolver el precio cobrado (si no se ha cobrado de forma íntegra no procederá más devolución que la de las cantidades efectivamente cobradas) sin poder retener cantidad alguna en concepto de indemnización por el uso que el bien ha sufrido hasta la restitución. Así lo manifiesta de forma expresa el artículo 21.1.2 LGDCU al afirmar que "*la devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de fala de conformidad del producto con el contrato (…)"* resolviendo definitivamente la duda que se planteaba en torno a la posibilidad de retención de una parte del precio.

XLII

Al igual que la resolución del contrato, la rebaja del precio se configura por la norma como un remedio de carácter subsidiario al que únicamente cabe acudir previa constatación de la inexigibilidad de los remedios primarios o su inaptitud para restaurar la falta de conformidad en breve plazo y sin mayores inconvenientes. Esta configuración de la rebaja del precio como criterio subsidiario ha sido criticada por quienes consideran que debiera haberse ofrecido como uno de los remedios primarios ante la falta de conformidad. Pese a ello la rebaja del precio es uno de los remedios más empleados siempre que la reparación o la sustitución no son posibles o fracasan en el propósito de poner fin a la falta de conformidad puesto que el recurso a la resolución requiere de la gravedad del bien. La rebaja proporcional del precio se calculará en atención a los parámetros que

el artículo 122 LGDCU proporciona al efecto. Según este precepto la rebaja "*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*". La determinación de la rebaja del precio se hace, pues, con arreglo a criterios de estricta índole objetiva como el menor valor del bien en el momento de la entrega en atención a la falta de conformidad.

XLIII

El artículo 124 LGDCU completa la protección del consumidor otorgando la posibilidad de accionar directamente contra el productor en aquellos supuestos en que, por diversas causas, la reclamación al vendedor o no sea posible o resulte excesivamente gravosa. La acción se configura como un remedio excepcional, calificado por el Libro Verde como de naturaleza "*cuasi subsidiaria*". La medida es consecuente con la propia naturaleza de la responsabilidad por faltas de conformidad desde el momento en que resulta habitual que el vendedor no sea más que un puro intermediario cuyo papel se reduce a la reventa de los bienes suministrador por el fabricante sin tener ningún tipo de intervención en los procesos de diseño y fabricación de los productos y que cuando este responde frente al consumidor lo haga por faltas de conformidad que no le resultan imputables. Pero, sin embargo, se trata de una regla

de difícil inserción en nuestro derecho privado por exceder el ámbito de las relaciones contractuales cuestionando la vigencia del principio de relatividad de los contratos. Se trata de una responsabilidad objetiva cuyo título de imputación nada tiene que ver con la conducta del productor sino con un puro reparto de riesgos. El artículo 124 circunscribe la posibilidad de ejercitar la acción contra el productor a la existencia de faltas de conformidad referidas al "*origen, identidad o idoneidad de los productos*" que, por lo demás, son las faltas que pertenecen a su esfera de control. Es, además, una medida de alcance limitado puesto que cuando el consumidor ejerce esta acción de responsabilidad frente al productor únicamente puede conseguir la reparación o la sustitución del bien. No se contemplan ni la rebaja del precio ni la resolución del contrato. Aunque técnicamente correcta, esta limitación no parece ser demasiado consecuente con el espíritu proteccionista que preside la norma. No parece muy consecuente hacer responder al vendedor por faltas de conformidad derivadas del proceso de fabricación y, por tanto, no imputables a su conducta y no adoptar idéntico esquema de responsabilidad para el productor quien, en la mayor parte de los casos responderá por "errores" propios máxime teniendo en cuenta que existe una acción de regreso.

XLIV

El artículo 124.2 LGDCU establece que "*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". La norma parte de la distinción entre responsable "formal" y "material" de la falta de conformidad. La condición de responsable formal frente al consumidor, que no tiene por qué coincidir con la de responsable material de la falta de conformidad, se atribuye con carácter general al vendedor. Se trata de una responsabilidad objetiva que le resulta imputable al margen del nivel de diligencia que haya podido observar llegando incluso al extremo de tener que responder por faltas de conformidad que en modo alguno le resultarían imputables en un sistema de imputación subjetiva. Este sistema que reporta indudables ventajas desde el punto de vista del consumidor en tanto que le facilita el ejercicio de sus derechos, requiere de ciertas medidas de compensación en favor del vendedor asignando los efectos económicos de la falta de conformidad a quien sea materialmente responsable de la misma. En este contexto se atribuye a quien haya respondido frente al consumidor (que, como decimos, suele ser el vendedor aunque también puede serlo el productor a través de la acción directa) la acción de repetición para reclamar de quien resulta materialmente responsable de la falta de conformidad. El titular de la acción de regreso será, con carácter general el vendedor en tanto que él es quien responde *prima facie* frente al consumidor, condición que la norma utiliza para la atribución del derecho. La acción se dirigirá contra el responsable de la falta de conformidad que será aquel sujeto (que puede ser miembro de la cadena de producción o ser un tercero

ajeno) a cuya conducta pueda ser atribuible la falta de conformidad. Nada dice el legislador sobre si el vendedor final o el productor que hayan respondido frente al consumidor podrán reclamar únicamente aquellos gastos efectivamente asumidos por la restitución de la conformidad o si podrán, además, reclamar por los daños y perjuicios causados por la situación. En este sentido parece ser unánime la opinión que entiende que el regreso recogido en nuestro ordenamiento jurídico únicamente faculta para la recuperación de los gastos efectivamente generados por la restitución de la conformidad lo que obligaría al vendedor que hubiere sufrido pérdidas o daños adicionales a instar la oportuna reclamación por daños y perjuicios cuya compatibilidad con las acciones de está expresamente reconocida por el art. 117 LGDCU.

XLV

El artículo 123.1 LGDCU establece que "*el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega*". Se trata del plazo mínimo impuesto por la Directiva comunitaria que el legislador español no ha considerado oportuno alargar aunque hubiese podido hacerlo. Este plazo no discrimina en atención a las características de cada bien sino que se trata de un plazo lineal aplicable a todos los bienes, circunstancia que, de nuevo, resulta criticable. Y es que este plazo puede pecar tanto por exceso como por defecto en función del tipo de bien de que se trate y de su mayor o menor vida útil. Los bienes de segunda mano son objeto de

tratamiento especial en cuanto al plazo para la manifestación de la falta de conformidad. Ahora bien, la norma no fija un plazo inferior para los bienes de segunda mano, simplemente lo permite. A falta de pacto entre las partes el plazo a tener en consideración será el general de dos años.

XLVI

Con el ánimo de aligerar esa dificultad probatoria del consumidor, el artículo 123.1.2 LGDCU introduce una presunción *iuris tantum* en cuya virtud "*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*". De forma que, salvo prueba en contrario por parte del vendedor, se entenderá que las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de seis meses desde la entrega del bien existían ya en aquel momento y que, por tanto, han de ser repuestas por el vendedor. La presunción no opera, sin embargo, en dos supuestos concretos que la LGDCU prevé; cuando resulte incompatible con la naturaleza del bien o con la índole de la falta de conformidad. El primer supuesto iría referido a bienes perecederos, bienes con una vida útil muy corta o a los sometidos a un rápido deterioro, circunstancias que hacen pensar que la falta de conformidad que se presenta aun dentro del plazo de los seis meses

no podía existir en el momento de la entrega. En el segundo supuesto nos encontraríamos con aquellos casos en los que la falta de conformidad tiene determinadas características que impiden considerar que existiese en el momento de la entrega.

XLVII

Haciendo uso de la posibilidad que en tal sentido brindaba la Directiva 1999/44/CE, el legislador español introdujo la obligación del consumidor de efectuar la denuncia al vendedor de las faltas de conformidad de que tuviere conocimiento. Así el artículo 123.5 LDCU establece que "*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 plazo para realizar la denuncia será de dos meses desde el momento en que se tuvo conocimiento de la falta de conformidad. El *dies a quo* no se fija esta vez por referencia a parámetros objetivos sino a criterios de estricta índole subjetiva como es el conocimiento efectivo que el consumidor tiene de la falta de conformidad lo que entra en contradicción con lo establecido para la manifestación de la falta de conformidad (que, como dijimos, se regula con criterios objetivos). La norma establece una presunción *iuris tantum* de que la denuncia ha tenido lugar dentro del plazo lo que, siendo interesante desde el punto de vista de la defensa del consumidor, introduce elevadas dosis de impredecibilidad. El plazo de dos meses en el que debe realizarse la denuncia ha de conjugarse con el plazo de

manifestación de la falta de conformidad que, como ya se ha indicado *supra,* es de dos años desde la entrega del bien y con el plazo de prescripción de las acciones de puesta conformidad. Cabe, por tanto, que la denuncia de la falta de conformidad se produzca tiempo después de transcurridos esos dos años si se refiere a faltas manifestadas dentro del plazo dispuesto por el artículo 123.1 pero cuyo conocimiento se ha producido con posterioridad (incluso muy posteriormente) siempre y cuando en el momento en que se realiza la denuncia no hayan transcurrido los tres años señalados para la prescripción de las acciones. El incumplimiento del deber de denuncia "*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*" lo que, ciertamente priva de buena parte del sentido de la obligación.

XLVIII

El legislador español, haciendo uso de la facultad conferida por el artículo 5.1 de la Directiva, ha establecido un plazo de prescripción para las acciones contenidas en el capítulo segundo del título IV LGDCU que no son otras que las acciones para la puesta en conformidad del bien: reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución. El *dies a quo* para el cómputo del plazo es el de la entrega del bien lo que resulta criticable por su contrariedad al principio

general en cuya virtud el plazo de prescripción de las acciones se contará desde el día en que pudieron lo que merma las posibilidades de reclamar en aquellos casos en que la falta de conformidad se manifiesta en la fase final del plazo de dos años en tanto que para ese momento ya han transcurrido dos tercios del plazo de prescripción. A falta de pronunciamiento al respecto de la LGDCU resulta aplicable el artículo 1973 C.c. en cuya virtud "*la prescripción de las acciones se interrumpe por su ejercicio ante los Tribunales, por reclamación extrajudicial del acreedor y por cualquier acto de reconocimiento de la deuda por el deudor*".

BIBLIOGRAFÍA

BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO, M., «La persona jurídica», en R. *D. N.*, 1960, pp. 7-73.

ALFARO ÁGUILA-REAL, J.: *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.

ALONSO UREBA, A., voz «Empresario (Dº Mercantil)», *en Enciclopedia Jurídica Básica de Civitas*, vol. II, Madrid, 1995, pp. 2759-2766.

ALVAREZ DEL MANZANO Y ALVAREZ RIVERA, F. *Curso de derecho mercantil filosófico, histórico y vigente*, tomo I, Madrid, 1890; tomo II, Madrid, 1894.

ALVAREZ DEL MANZANO Y ALVAREZ RIVERA, F./ BONILLA Y SAN MARTIN, A./ MIÑANA Y VILLAGRASA, E., *Códigos de comercio españoles y extranjeros y leyes modificativas y complementarias de los mismos comentados, concordados y anotados o estudios fundamentales de derecho mercantil universal*, tomo I, Madrid, 1909.

ALVAREZ DEL MANZANO, F./ BONILLA SAN MARTIN, A./ MIÑANA Y VILLAGRASA, E., *Tratado de derecho mercantil español comparado con el extranjero*, tomo I, Madrid, 1915; tomo II, Madrid, 1916.

ALVAREZ RUBIO, J.: "La publicidad engañosa por razón de su presentación" en TOMILLO URBINA, J. (dir.) y ALVAREZ RUBIO, J. (coord.): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Cizur Menor, 2008, págs. 75-91

-"Las comunicaciones comerciales y su fuerza vinculante" en TOMILLO URBINA, J. (dir.): *Práctica arbitral de consumo*, Cizur Menor, 2007

AVILES GARCIA, J.: Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantáis de los bienes de consumo, *Act. Civ*., Ref. XLIX, 2000, pág. 1179

-Las garantías en la venta de bienes de consumo, en DE LEÓN ARCE, A. (dir.)/ GARCÍA GARCÍA, L. Mª (coord.): *Derechos de los consumidores y usuarios*, Valencia, 2006, págs. 939-1151

BADENES GASSET, R.: El contrato de compraventa, tomo I, Barcelona, 1979

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A.: Lecturas sobre la Constitución española, II (1978)

-"Compraventa: incumplimiento del vendedor; distinción entre *aliud pro alio* y cosa con vicios. Acción de incumplimiento y acción de saneamiento por vicios" en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, nº 8, 1985, págs. 2471-2478

-La noción de consumidor en la LCU, en BERCOVITZ, R. Y SALAS, J.: *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Madrid, 1992

-"El concepto de consumidor" en AZPARREN LUCAS; A. (dir): *Hacia un código del consumidor*, 2006, págs. 19-37

BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.: La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa, ADC, tomo XXII, octubre-diciembre, 1969, pág. 777 ss.

-"Incumplimiento de compraventa, acción de cumplimiento, *aliud pro alio*. Saneamiento por vicios ocultos" en *Cuadernos civitas de jurisprudencia civil*, nº2, pág. 631-9

-Comentario al artículo 3 en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): Comentario al texto refundido de la ley general

para la defensa de los consumidores y otras normas complementarias, Cizur Menor, 2008

- "Comentario al artículo 3" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.): *Comentarios al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras normas complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, 2015

- "Comentario al artículo 5" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras normas complementarias*, 2ª ed., Cizur Menor, 2015, págs. 74-77, pág. 75.

- "Comentario al artículo 6" en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): *Comentarios al Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras normas complementarias*, 2ª ed., Madrid, 2015, págs. 77-79

BLANCO CONSTANS, F., *Estudios elementales de derecho mercantil*, tomo I, 2ª edic., Madrid, 1901 y tomo II, 2ª edic., Madrid, 1902.

BOLAFFIO, L., *Derecho mercantil* (traduc. De Benito, J. L.), Madrid, 1935.

BONFANTE, P., *Storia del commercio*, vol. I, Turín, 1946, reimp. (existe una edición posterior en Opere complete di Pietro Bonfante, a cargo de Bonfante, G./ Crifó, G., tomo XI y XII, Milán, 1982).

BRINCKMANN, E., *Lehrbuch des Handels-Rechts*, (Endemann, W.), Heidelberg, 1853-1860.

BROSETA, M., *Curso de Derecho mercantil*, 10ª edic., Madrid, 1994.

BURDESE, A., *Manuale di diritto privato Romano*, 3ª edic., Turín, 1987.

CALAIS AULOY, J./TEMPLE, H.: *Droit de la consommation*, 9ª ed., 2015

- Une nouvelle garantie pour l'acheteur: la garantie de conformité, *Revue trimestrelle de droit civil*, nº4, 2005, 701-712.

CÁMARA LAPUENTE, S.: El concepto legal de consumidor en el derecho privado europeo y en el derecho español: aspectos controvertidos o no resueltos, *Cuadernos de derecho transnacional*, marzo 2011, vol. 3, nº 1, págs. 84-117

CAPELLE, K.-H./ CANARIS, C.-W., *Handelsrecht*, 20ª edic., Munich, 1985.

CAPILLA, F., *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Madrid, 1984.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARTÍNEZ ESPÍN, P.: "Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de bienes de consumo. Propuestas de regulación, textos articulados y bibliografía" en *Estudios sobre Consumo*, 2000, núm. 52, págs. 125-146.

- "Delimitación del ámbito del derecho de consumo" en CARRASCO PERERA, A. (coord.): *El derecho de consumo en España*, Madrid, 2002

CASAREGI, G. L. M., D*iscursus legales de commercio*, Florentiae, vol. I, 1719.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Derecho civil español, común y foral*, tomo IV, duodécima edición (revisada y puesta al día por JOSÉ FERRANDIS VILELLA), Madrid, 1985

CASTILLA BAREA, M.: *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Madrid, 2005

COSACK, C., *Traité de droit commercial* (traduc. Mis, L.), tomo III, 6ª edic., Paris, 1907.

COSSIO y MARTINEZ, M. /LEON-CASTRO ALONSO, J., *Instituciones de Derecho civil*, 2ª edic., tomo I (Parte general, obligaciones y contratos), Madrid, 1991.

COTTINO, G., *Diritto commerciale*, vol. I, 2ª edic., Padua, 1986 y vol. II, Padua, 1978.

DE BENITO, L., *Manual de derecho mercantil*, tomo I, 3ª edic., Madrid, 1924 y tomo III, 1ª edic., Madrid, 1929.

DE CASTRO, F., *Temas de derecho civil*, Madrid, 1972.; Id., La persona jurídica, 2ª edic., Madrid, 1984, reimpr. 1991.

DE LA CUESTA RUTE, J. Mª: "De nuevo sobre la compraventa civil y mercantil. Saneamiento por vicios y responsabilidad contractual" en *Revista jurídica española La Ley*, 1982, tomo IV, págs. 155 y ss.

DE LEÓN ARCE, A.: "La protección de los consumidores y usuarios en España" en DE LEÓN ARCE, A. (dir)/ GARCÍA GARCIA, L.M. (coord.): *Derechos de los consumidores y usuarios, Valencia, 2006*

DE VERDA Y BEAMONTE, J. R.: "Del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida" en CAÑIZARES LASO/DE PABLO CONTRERAS/ORDUÑA MORENO y VALPUESTA FERNÁNDEZ (dirs.): *Código civil comentado*, volumen IV, libro IV, De los obligaciones y contratos: contratos en particular, derecho de daños y prescripción, Cizur Menor, 2011

DIEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, II, Madrid, 2008

- *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, tomo II, Las relaciones obligatorias, 5ª edic., Madrid, 1996.

ENNECERUS, L./KIPP, T./ WOLFF, M.: *Tratado de Derecho civil, Derecho de obligaciones*, vol. II, primera parte, Barcelona, 1966

ESTASEN, P., *Instituciones de derecho mercantil*, tomo I, Madrid, 1890; tomo III, Madrid, 1892; tomo V, Madrid, 1893.

FENOY PICÓN, N.: "Del saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida" en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. (dir.): *Comentarios al Código civil*, Valladolid, 2010

FERRI, G., *Manuale di diritto commerciale* (a cura de Angelici/Ferri), 8ª edic., Turín, 1991.

FUENTESECA DEFENEFFE, C.: *La venta de bienes de consumo y su incidencia sobre la legislación española*, Madrid, 2007

GARCÍA CANTERO, G.: "Artículos 1484 a 1490" en ALBALADEJO, M. (dir.): *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, tomo XIX, 1980

GARCIA GOYENA, F.: Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español, reimpr., Zaragoza, 1974

GARCÍA RUBIO, M. P.: La transposición de la Directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo, *Diario La Ley*, nº 5747, 26 de marzo de 2003

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A.: "Consideraciones generales sobre la Ley 23/2003, de garantías en la venta de bienes de consumo" en *Estudios de derecho judicial*, nº 50, 2004

GARRIGUES, J.: Curso de derecho mercantil, tomo II, octava edición (revisada por FERNANDO SÁNCHEZ CALERO), Madrid, 1983

- *Tratado de Derecho Mercantil*, Madrid, 1947, tomo I, vol. I y II.

GÓMEZ POMAR, F., GILI SALDAÑA, M.: El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos, *InDret* 1/2012, págs. 1-27.

GÓMEZ POMAR, F.: Directiva 1999/44 sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica, *InDret*, nº 4, 2001, págs. 1-32.

GOZALO LÓPEZ, V.: "La protección jurídica de los consumidores en Europa: el Libro Verde de 2007 para la revisión del derecho de consumo" en TOMILLO URBINA, J (dir)/ ALVAREZ RUBIO, J. (coord): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Cizur Menor, 2008, págs. 611-619

HONDIUS, E. H.: Consumer guarantees: towards a european sale of goods act, *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero*, 1996, Roma (http://www.cisg.law.pace.edu/cisg/biblio/hondius1.html, consultado en agosto de 2013)

LANGLE Y RUBIO, E.: El contrato de compraventa mercantil, Barcelona, 1958

LEMA DEVESA, C.: "Prácticas publicitarias engañosas" en TOMILLO URBINA, J (dir) y ALVAREZ RUBIO, J. (coord.): *El fututo de la protección jurídica de los consumidores*, Cizur Menor, 2008, págs. 61-73

LETE ACHIRICA, J.: La transposición de la directiva de 5 de abril de 1993 en el derecho francés: la ley de 1 de febrero de 1995, sobre cláusulas abusivas y presentación de los contratos, *La Ley (Diario 3974, de 14 de febrero de 1996)*, págs. 1720-1728

-La Directiva sobre la venta y las garantías de los bines de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el derecho español, *Act. Civ*., Ref. LXVII, 1999, pág. 1365 y ss

LUMINOSO, A.: "Riparazione o sostituzione della cosa e garanzia per i vici nella vendita dal códice civile alla Direttiva 1999/44/CE", *Riv. Dir. Civ*., 2001, I, pág. 842

LLODRÁ GRIMAL, F.: *El contrato celebrado bajo condiciones generales*, Valencia, 2002.

MANRESA Y NAVARRO, J. Mª. (sexta edición revisada por BLOCH, J. Mª): *Comentarios al código civil español,* tomo X, vol. I, Madrid, 1969

MARCO MOLINA, J.: "La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y garantías sobre bienes de consumo", *RCDI*, núm. 674, 2002, pág. 2289

MARÍN LÓPEZ, M. J.: "El nuevo concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU" en *Revista CESCO de Derecho de consumo*, nº 9/2014, págs. 9-16

-Disposiciones generales sobre garantía de los productos de consumo en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.): Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, 2ª edición, Cizur Menor, 2015, págs. 1651-1837

MARTI DE EIXALA, R., *Instituciones del Derecho Mercantil de España*, 6ª edic., Madrid-Barcelona, 1873 (Duran y Bas, M.); 7ª edic., Madrid-Barcelona, 1875 (Durán y Bas, M.).

MARTÍN ARESTI, P.: Garantías y servicio postventa en REBOLLO PUIG, M/ IZQUIERDO CARRASCO, M. (dirs).: *La defensa de los consumidores y usuarios*, Madrid, 2011, págs. 1687-1808

MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M.: *La falta de conformidad en la compraventa de bienes*, Barcelona, 2007

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A./DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (dirs)/ ALFARO ÁGUILA-REAL, J. (coord.): *Comentario de la Ley de condiciones generales de la contratación*, Madrid, 2002.

MIRANDA SERRANO, L.M.: "La protección de los consumidores en la contratación: aspectos generales", en MIRANDA SERRANO, L.M./VELA TORRES, P. J./PRÍES PICARDO, A.: *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Madrid, 2006, págs. 179 -22

MORALES MORENO, A. M.: "El alcance protector de las acciones edilicias" en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XXXIII, 1980

- "Comentario al artículo 1484" en *Comentarios al Código civil,* tomo II, 1991

MÜLLER-ERBACH, R., *Deutsches Handelsrecht*, 3ª edic., Tübingen, 1928, reimpr. Aalen, 1969.

MUÑOZ-PLANAS, J. Mª: La prescripción del derecho al precio en las ventas de consumo en *Estudios de Derecho mercantil en homenaje al profesor Antonio Polo*, Madrid, 1981, págs. 744-747

NIETO CAROL, U. (dir): *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Valladolid, 2000.

ORTI VALLEJO, A.: *La protección del comprador por el defecto de la cosa vendida*, Granada, 1987

PAGADOR LÓPEZ, J.: *Condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas*, Madrid, 1999.

- "Los contratos de consumo celebrados mediante condiciones generales y cláusulas predispuestas" en MIRANDA SERRANO, L./ PAGADOR LÓPEZ, J. (coord.): Derecho (privado) de los consumidores, Madrid, 2012, págs. 99-143

PUIG BRUTAU, J.: *Fundamentos de derecho civil*, tomo II, vol. II, 2ª ed., Barcelona, 1982

RAGEL SÁNCHEZ, L. F.: *Estudio legislativo y jurisprudencial de Derecho Civil: obligaciones y contratos*, Madrid, 2000

RECALDE CASTELLS, A.: "El derecho de consumo como derecho especial" en TOMILLO URBINA, J (dir.): *El futuro de la protección jurídica de los consumidores*, Navarra, 2008, pág. 537-568

REDING, V.: Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional, *InDret*, 2/2011, (trad. por AGUILERA RULL, A. y AZAGRA MALO, A.)

REYES LÓPEZ, M. J.: "Las garantías del consumidor ante el mercado de bienes de consumo" en REYES LÓPEZ, M. J. (coord.): *La Ley 23/2003, de Garantía de los bienes de consumo: planteamiento de presente y perspectivas de futuro*, Cizur Menor, 2005, págs. 155-209

ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A.: La responsabilidad del fabricante en el derecho español y en la directiva 85/374/CE en *Colección de estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. D. José Pérez Montero*, Oviedo, 1988, págs. 1253 y ss.

ROMERO GARCÍA-MORA, G.: "En torno al concepto de consumidor en el derecho comunitario. A propósito de la STJCE Gruber vs. Bay Wa", *Act. Civ*. Nº22, 2005, págs. 2704 ss.

SÁNCHEZ ANDRÉS, A.: La protección del inversor en el mercado de capitales en GALÁN CORONA, E. (dir.): *Reforma del derecho privado y protección del consumidor*, 1994

SÁNCHEZ CALERO, F.: Los vicios ocultos y el ejercicio de las acciones que de ellos derivan, *RDM*, 1956, nº 60, pág. 465 y ss

- Denuncia de los vicios y examen de la cosa en la compraventa mercantil, Anuario de Derecho Civil, vol. 12, nº 4, 1959, págs. 1191-1208

SANZ VALENTIN, L. A.: La Directiva 1999/44, del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, *Act. Civ*, Ref. LV, 1999, pág. 1073 y ss.;

SCAEVOLA, Q. M.: Código civil comentado y concordado extensamente e ilustrado con la exposición de los principios científicos de cada institución y un estudio comparativo de los principales códigos europeos y americanos, tomo XXIII, segunda edición (revisada por BONET RAMÓN, F.), Madrid, 1970

SERRA RODRÍGUEZ, A.: "La responsabilidad del productor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo", *RdP*, 16, 2006, pág 121 y ss.

TAMAYO CARMONA, J. A.: "Ley 23/2003, de 23 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo: régimen de plazos y derechos del consumidor" en REYES LÓPEZ, M. J. (coord) *La Ley 23/2003, de Garantía de los bienes de consumo: planteamiento presente y perspectivas de futuro*, Navarra, 2005

TATO PLAZA, A.: "Las prácticas publicitarias agresivas" en TOMILLO URBINA, J. (dir.) y ALVAREZ RUBIO, J.: (coord.): El futuro de la protección jurídica de los consumidores, Cizur Menor, 2008, págs. 45-60

TENREIRO, M.: La proposition de directive sur la vente et les garanties de biens de consommation, *REDC*, 1996

TOMILLO URBINA, J. L.: "Realidad y futuro del sistema arbitral de consumo" en *Práctica arbitral de consumo*, Navarra, 2007

- "Planteamientos y perspectivas del derecho de consumo en las sociedades en crisis: nuevos desafíos, nuevas discriminaciones" en TOMILLO URBINA, J (dir)/ ALVAREZ RUBIO, J (coord.): *La protección jurídica de los consumidores en el espacio euroamericano*, págs. 1-23

URÍA, R./ MENENDEZ, A./VERGEZ, M.: "El contrato de compraventa mercantil: disciplina general" en URÍA, R./ MENÉNDEZ, A./ VERGEZ, M.: *Curso de derecho mercantil*, tomo II, 2ª edición, Cizur Menor, 2007

VERGEZ SÁNCHEZ, M.: "Concepto y particularidades de la venta sobre muestras", *Estudios jurídicos en homenaje a Joaquín Garrigues*, tomo III, Madrid, 1971, págs. 457-480

- L*a protección del consumidor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, Cizur Menor, 2004

VICENT CHULIÁ, F.: *Compendio crítico de derecho mercantil*, tomo II, Valencia, 1982

- *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 2008

VICENTE y GELLA, A., *Curso de derecho mercantil comparado*, tomo I, Zaragoza, 1944; tomo II, Zaragoza, 1945.

VIDARI, E., *Corso di Diritto commerciale*, vol. I., Milano, 5ª edic., 1900; vol. IX, 5ª edic., Milán, 1908.

VIVANTE, C.: *Trattato di Diritto commerciale*, IV, 5ª ed., 1926, pág. 154

VON BAR, C., CLIVE, E., SCHULTE NOLKE, H. (eds).: *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law. Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Munich, Sellier, 2009

WIELAND, K., *Handelsrecht*, tomo I, Munich y Leipzig, 1931.

WINDSCHEID, B., *Diritto delle Pandette, note e riferimenti al diritto civile italiano* (Fadda, C./ Bensa, E./ Bonfante, P.,), vol. II, Turín, 1925; vol. IV, Turín, 1926, reimpr.

ZIMMERMANN, R.: "La evolución de la responsabilidad por falta de conformidad en el derecho alemán de la compraventa" en *El nuevo derecho alemán de obligaciones* (trad. ARROYO I AMAYUELAS, R.), Barcelona, 2008, págs. 87-137