

La garantía legal en la adquisición de bienes de consumo

por

AITOR ZURIMENDI ISLA

Profesor Titular de Derecho Mercantil de la UPV/EHU

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. ÁMBITO DE APLICACIÓN.

II. CONCEPTO DE CONFORMIDAD Y RÉGIMEN PROBATORIO:

1. DEFINICIÓN.
2. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA FALTA DE CONFORMIDAD.
3. PRUEBA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD.

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE CONFORMIDAD:

1. PRESUPUESTOS PARA PODER EJERCERLAS.
2. REPARACIÓN O SUSTITUCIÓN.
3. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO O REBAJA DEL PRECIO.
4. RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.
5. LA ACCIÓN CONTRA EL PRODUCTOR.

I. INTRODUCCIÓN. ÁMBITO DE APLICACIÓN

1. En cualquier contrato de compraventa el vendedor tiene la obligación de entregar al comprador la cosa vendida en un estado apto para su uso, de forma que si ésta presenta un vicio o tara que le prive de tal fin, el comprador podrá optar entre resolver el contrato o pedir una reducción proporcional del precio. Es el régimen de la obligación de saneamiento que corresponde a todo vendedor (arts. 1.468 y 1.484 a 1.490 CC). Pero si el comprador tiene la condición de consumidor y el vendedor la de empresario, tal y como se definen a ambos en los artículos 3 y 4 de la Ley General para la Defensa

de los Consumidores y Usuarios (LDCU) (1), deberá aplicarse prioritariamente sobre este régimen general el de los artículos 114 a 127 de la LDCU, tal y como aclara el artículo 117 de este último cuerpo legal. En cambio, cuando el comprador adquiera un bien para usarlo en su actividad empresarial, no será de aplicación este régimen especial a tenor de la definición de consumidor del artículo 3, por más que lo utilice en el proceso productivo y no directamente para transformarlo y revenderlo (2). Este régimen especial tiene su origen en la Directiva Comunitaria 1999/44, que España traspuso inicialmente a través de la Ley 23/2003, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, que ha sido derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, que aprueba el Texto Refundido de la LGDCU al integrar en ésta su contenido.

Existen hoy, por tanto, dos regímenes paralelos de saneamiento por vicios ocultos, uno aplicable cuando el vendedor es empresario y el comprador consumidor, y otro para el resto de los casos. Incluso si la compraventa tiene carácter mercantil por cumplirse el presupuesto del artículo 325 del Código de Comercio, habrá que atenerse a los preceptos sobre la materia recogidos en sus artículos 334 y siguientes, antes de acudir al Código Civil. Tal situación carece de explicación racional, puesto que el régimen del Código Civil y del Código de Comercio no se adapta por su arcaísmo al tráfico moderno, y en cambio sí lo hacen las soluciones y conceptos contemplados en el régimen especial contemplado en la LGDCU, por lo que habría sido deseable que se hubiera aprovechado la necesidad de adaptar la Directiva Comunitaria sobre garantías en las compraventas entre consumidores y usuarios para reformar la compraventa en general y establecer un régimen unificado al respecto, tal y como han hecho otros Estados miembros. La Directiva obliga a implantar ese régimen a las compraventas entre empresarios y consumidores, pero no impide que se pueda establecer también para otros supuestos. No se alcanzan a ver razones de peso que justifiquen esta dualidad de regímenes que generará confusión en algunos casos (3). Con todo, no debe pasar de-

(1) El artículo 3 dice que son consumidores «las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada». Y el artículo 4 define al empresario como «toda persona física o jurídica que actúa en el marco de su actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada».

(2) La SAP de Pontevedra, de 22-9-2005, *JUR* 21683/2006, declara inaplicable la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo (hoy integrada en la LDCU) a la adquisición de una carretilla defectuosa para su uso empresarial. Con frecuencia se discute, con razón, que en este tipo de adquisiciones para uso (no especulación) no se aplique la normativa del consumidor, pero no podemos centrarnos aquí en esta polémica.

(3) En parecidos términos, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, «La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo», en *Cuadernos de Derecho Judicial*, XI (2005), pág. 64; CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Madrid, 2005, pág. 33 y sigs.; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, Granada, 2006, pág. 165 y sigs. y 228-229.

sapercibido que la derogación de la Ley 23/2003 y la inclusión de su contenido en la LGDCU ha supuesto cierta simplificación en este caos normativo, porque junto a las normas concurrentes vigentes que se han citado, además de la derogada ley especial, resultaban aplicables antes algunos preceptos de la LGDCU que no expresaban exactamente lo mismo (4).

2. Pero además de tener que ser consumidor y empresario el comprador y el vendedor, para aplicar el régimen especial de los artículos 114 y siguientes de la LGDCU, se requiere que se trate de «contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro que hayan de producirse o fabricarse». El artículo 1.II de la LGVBC afirmaba que objeto del contrato debían ser bienes muebles corporales. Aunque en la actualidad no se dice expresamente nada, el artículo 6 de la LDCU dice que es «producto» todo bien mueble, por lo que debe seguir manteniéndose la misma conclusión. Es indiferente que los bienes sean nuevos («recién producidos») o hayan sido utilizados anteriormente («de segunda mano»), tal y como se deduce del artículo 123 LDCU, que alude expresamente a ellos. Así por ejemplo, se aplica este régimen a la venta de coches de segunda mano, siempre que el vendedor sea empresario, esto es, siempre que no se haga entre particulares (5). En función de estos criterios, también quedarán protegidos por este régimen los bienes muebles que acompañan a la venta principal de un bien inmueble, como los electrodomésticos o mobiliario, sin que quepa ser calificados como bien inmueble por incorporación o destino (6).

El artículo 115.2 excluye expresamente la venta de agua y gas cuando no estén envasados y también a la electricidad. La razón principal es probablemente que el suministro de estos servicios, por considerarse de interés público esencial, tiene su propia normativa específica que ya contempla medidas de protección de los usuarios, además de que alguno de ellos no puede calificarse de bien mueble. La razón es que suelen tenerse en cuenta a la hora de fijar el precio a pagar por el total de la operación, lo que denota cierta autonomía en la venta de éstos. Quedan igualmente excluidas las ventas judiciales y las adquisiciones a través de subasta administrativa a las que pueda acudir el consumidor, en este caso, parece ser, por la peregrina razón de evitar la posibilidad de que la administración o el poder judicial puedan llegar a ser calificados de vendedores y tener que responder por los términos de la ley. Cabría acudir en estas hipótesis al régimen general de saneamiento del Código Civil (7).

(4) Al respecto, AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 58 y sigs.

(5) SAP de Barcelona, de 22-2-2008, AC 660/2008.

(6) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 260 y sigs.

(7) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 43-44; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, 2.ª ed., Madrid, 2008, págs. 590-591.

Respecto a la tipología de contratos a los que resultan aplicables los artículos 114 y siguientes de la LGDCU, el contrato de compraventa y el de suministro no agotan los contratos comprendidos, sino que parece ser la intención del legislador la de abarcar todo tipo de contrato que suponga una transmisión de la propiedad de la cosa como, por ejemplo, la permuta o la donación. Así se deduce claramente del artículo 116.3 de la LGDCU cuando excluye la responsabilidad por falta de conformidad cuando ésta tenga su origen en «materiales suministrados por el consumidor y usuario», en donde se está haciendo referencia a un contrato de obra mueble con aportación de materiales (8).

II.- CONCEPTO DE CONFORMIDAD Y RÉGIMEN PROBATORIO

1. DEFINICIÓN

1. Del artículo 116 LDCU se deriva que el bien es conforme siempre que cuando se entregue presente las características, usos y cualidades que se esperaba en el momento en el que se perfeccionó el contrato. El consumidor tiene derecho a recibir un bien en el estado pactado cuando se contrató y el vendedor la obligación de entregarlo de ese modo. Por más que en ocasiones se subraya la novedad del término «conformidad», no utilizado por nuestros textos legales ni por nuestra doctrina y jurisprudencia hasta ahora, debe relativizarse sobremanera tal novedad, puesto que el concepto es el mismo que el del artículo 1.468 del Código Civil, que establece que «el vendedor deberá entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato». En tal artículo se incorpora lo que hasta ahora se llamaba la obligación del vendedor de saneamiento de los vicios de la cosa, puesto que si ésta no presentaba las características pactadas, el vendedor debía restablecer de algún modo la situación para restaurar el equilibrio de prestaciones pactado por las partes (9). La obligación de entregar un bien conforme es simplemente un modo más moderno de definir la obligación de saneamiento por vicios (10), con la particularidad de que el artículo 116 de la LDCU concre-

(8) Sobre los tipos de contratos comprendidos en este régimen especial, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 45 a 47; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 588; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 247 y sigs.; SAGASTI, «El régimen de garantías en la venta de bienes de consumo», en *RCDI*, 695 (2006), págs. 1004-1005 y 1013. Véase, no obstante, FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, «Régimen legal de garantías al consumidor», en TOMILLO, *Práctica arbitral de consumo*, Navarra, 2007, pág. 266.

(9) MORALES, *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, Madrid, 2.^a ed., Madrid, 1993, artículo 1.484, págs. 954-955.

(10) En este sentido, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 54 a 57 y 69 a 72.

ta algo más tal obligación fijando por escrito una serie de criterios que, no obstante, se utilizaban en gran medida en la práctica de la compraventa hasta ahora y que se siguen utilizando cuando no resulta aplicable el régimen especial de la LDCU.

Tanto un concepto como otro abarcan en principio cualquier caso de falta de correspondencia entre lo pactado en el contrato con lo realmente entregado, por más que el incumplimiento sea total o parcial. Lo diferente son las distintas consecuencias jurídicas que en un régimen y otro se da a esa falta de correspondencia que, no obstante, podrían unificarse si el legislador quisiera (*supra* I). A veces se dice que existe una diferencia entre un concepto y otro, porque mientras que el régimen de saneamiento del artículo 1.484 y siguientes del Código Civil no se aplicará si la falta de correspondencia no es importante al no privar a la cosa de su uso previsto sin mayor inconveniente; en el régimen especial de la LDCU no se exige que la entidad del vicio sea importante, por lo que sigue habiendo disconformidad (11). No obstante, que la leve entidad del vicio prive de las acciones de los artículos 1.484 y siguientes del Código Civil no quiere decir que el vendedor tenga derecho a entregar una cosa con defectos leves sin que tal comportamiento carezca de consecuencia jurídica alguna. El artículo 1.466 del Código Civil sigue diciendo que el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa en el estado esperado, y si el incumplimiento es leve, aunque no se podrá acudir a los remedios de los artículos 1.484 y siguientes, podrá reclamarse por la vía del artículo 1.101 y siguientes del Código Civil, puesto que estamos, en todo caso, ante un incumplimiento contractual. De hecho, cuando resulta aplicable el régimen especial de la LDCU también la escasa entidad de la falta de conformidad tendrá consecuencias en los remedios jurídicos a aplicar (*infra* III, 2).

2. El momento en que debe medirse si el bien es conforme o no es el de su entrega (art. 114 LDCU), entendiendo por tal aquél en el que se pone materialmente a disposición del consumidor. No obstante, esto no significa que la inadecuación se tenga que manifestar en ese momento, sino que es posible, e incluso habitual, que los efectos de la misma se exterioricen con posterioridad. Habrá que probar que esos vicios, pese a manifestarse después, tienen su origen en el momento anterior a la entrega (*infra* 3). La puesta a disposición no quiere decir siempre que el consumidor lo tenga efectivamente en sus manos, sino que puede ser que se haya entregado a otra persona por él designada o a la empresa de transporte por él contratada y no ofrecida por el vendedor. Es decir, si este último oferta el transporte del bien a cambio de un sobreprecio que abone el comprador, el vendedor es el responsable del transporte y por tanto no pondrá el bien a disposición del comprador hasta que el transportista lo entre-

(11) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 72 y 164.

que al consumidor o persona por él designada (12). Es él a través de sus empleados o de empresas subcontratadas el que asume la obligación de transporte, luego no hay entrega hasta que éste se realice. Además, para que responda el vendedor por la falta de conformidad, no se requiere que ésta se derive de alguna actuación negligente del vendedor, por lo que carece de sentido invocar si existe culpa o no. El dato es intrascendente para determinar si el bien o servicio es conforme o no. Con el concepto de conformidad, se trata simplemente de establecer quién asume el riesgo de que por defecto de origen o por fuerza mayor o caso fortuito la cosa se deteriore antes del momento de la entrega, y la LDCU hace correr con ese riesgo al vendedor. Aquí sí que hay una diferencia importante respecto al régimen general del Código Civil, que si bien hace responder de los defectos de la cosa con respecto a las cualidades que se le presuponen antes de la perfección del contrato al vendedor, si el deterioro sucede posteriormente pero antes de la entrega por caso fortuito o fuerza mayor será el comprador el que deba asumir ese riesgo (arts. 1.452 y 1.468 CC) (13). En cambio, si la compraventa es mercantil, la solución es idéntica a la de la LDCU (art. 331 C.Com.) (14).

Excepcionalmente, cuando el adquirente es consumidor, el artículo 116.2 LDCU establece para dos supuestos concretos un momento posterior al de la entrega para determinar la conformidad del bien, lo cual también resulta novedoso. El primero de ellos se da si cuando se produce la entrega material al consumidor el bien cumple las expectativas del contrato, pero posteriormente, en la instalación del mismo cuando ésta corra a cargo o bajo la responsabilidad del vendedor (15), el bien sufre un deterioro con respecto a la calidad que se le suponía (16). Por «bajo la responsabilidad del vendedor» hay que entender que es éste el que ofrece la posibilidad de instalarla por más que sea con un sobreprecio y a través de otro profesional subcontratado (17).

(12) Por esto, las cláusulas contractuales o condiciones generales por las que el vendedor se exime de los daños causados por el transporte ante el comprador sólo serán válidas, en todo caso, para la garantía comercial, pero no para legal o saneamiento, que es la que estamos tratando aquí. AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 341-342.

(13) Sobre estas cuestiones, BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 591 y sigs.; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 271 y 316 y sigs.

(14) En este problema se ve lo ilógico de la convivencia de distintos regímenes por no ser coherente o justificable el diferente tratamiento de unos supuestos y otros.

(15) En la práctica, la falta de conformidad por defectuosa instalación no es infrecuente, SAP de Guipúzcoa, de 16-9-2005; SAP de Madrid, de 4-5-2007, *JUR* 2008/210.736.

(16) Se trata, según algunos, de una postergación del momento de entrega o puesta a disposición de la cosa hasta el instante en que se instale, SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XI (2005), pág. 76; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 300-301.

(17) Así se pronuncia la SAP de Guipúzcoa, de 16-9-2005, pese a que el vendedor aducía que el contrato de instalación era otro contrato de prestación de servicios que su

Quedan por ello fuera los casos en los que es el comprador el que elige al instalador. Más dificultoso puede resultar el supuesto en el que la elección de éste se realice teóricamente de común acuerdo (18). En realidad, lo más apropiado será investigar quién tuvo la iniciativa en la elección. Si es el vendedor el que propone, lo que sucederá casi siempre, y el comprador simplemente da su aprobación, entonces el vendedor también responderá si la instalación defectuosa repercute en la calidad del bien. En estos casos el comprador apenas tiene opción de proponer a otra persona porque desconocerá el mercado en el 99 por 100 de ocasiones.

El segundo supuesto excepcional se refiere a bienes que requieren instalación que realiza el consumidor, pero siguiendo las instrucciones que se le dan y que por ser defectuosas provocan la disconformidad. El problema aquí surgirá en diferenciar cuándo las instrucciones son erróneas o si más bien no han sido entendidas correctamente por el consumidor. En principio, un error en la redacción supone una información incorrecta, aunque también deberá considerarse un error por omisión la ausencia de determinada información necesaria para la correcta instalación del bien sin que éste no se deteriore; esto es, siempre que la omisión sea esencial (19). Si la omisión es relevante es algo que deberá concluirse caso por caso, teniendo en cuenta que el consumidor medio no tiene por qué tener conocimientos técnicos sobre la materia, por lo que si falta algo que no tiene que ser conocido por la generalidad, entonces la omisión podrá calificarse de errónea. Lo que no cabe es acudir a la disconformidad si el consumidor no ha entendido una instrucción correcta e instala el bien defectuosamente. Lo lógico, en ese caso, es que hubiera preguntado o recurrido a gente con el debido conocimiento. Por otra parte, se afirma a veces que otros supuestos similares a los de instrucciones de instalación falsas aunque no mencionados en el artículo 116.3 deben ser incluidos en él, como el del suministro de instrucciones de uso incorrectas que tras ser acatadas deterioran el bien (20). Sin embargo, por más que resulta innegable la «identidad de razón» de ambos supuestos de hecho que exige la aplicación analógica del artículo 4.1 del Código Civil, debe recordarse que el artícu-

cliente había pactado con otra persona con la que no tenía que ver. Efectivamente pueden ser dos contratos, pero el segundo se vincula al primero y se deriva de un acuerdo de colaboración entre vendedor e instalador, que al tener intereses económicos comunes no se pueden calificar como terceros independientes.

(18) Véase, no obstante, BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 609; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, en TOMILLO, *Práctica arbitral de consumo*, pág. 268.

(19) En parecidos términos, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, pág. 142. Véase, no obstante, AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 302-303, aunque matizado por la pág. 306.

(20) BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, págs. 609-610.

lo 116.3 es una norma que establece una excepción a otra general, como lo es que la conformidad se mide en el momento de la entrega, y las normas excepcionales no pueden aplicarse a supuestos distintos de los expresamente contemplados en ellas (art. 4.2 CC), quedando vedada la analogía en estos casos. Con esto no queremos decir que tales conductas sean lícitas ni que carezcan de consecuencias jurídicas, ya que, aunque no podamos acudir al régimen que para la disconformidad prevé la LDCU, probablemente estaremos ante un supuesto de responsabilidad contractual de los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil.

3. Finalmente, en el artículo 116. 3 LDCU se afirma que el vendedor no responderá por la falta de conformidad si el consumidor conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar el vicio en el momento de la celebración del contrato, o si éste ha surgido por los materiales suministrados por el consumidor. En el primer caso, más que ante una excepción al principio de responsabilidad por falta de conformidad, estamos más bien ante una ausencia de falta de conformidad. Si por ésta se entiende la adecuación del bien entregado a lo acordado y esperado en el momento de perfección del contrato, está claro que si el comprador conocía el defecto en tal instante no podía esperar una calidad superior. Recibe lo que sabía y lo que pactó, por lo que realmente no hay falta de conformidad (21). Y, lógicamente, como conocía el defecto, se habrá tenido en cuenta a la hora de determinar el precio. Es lo que sucede, por ejemplo, en las ventas de saldo por tara. Y lo mismo ocurre si no lo conoce realmente pero no lo puede ignorar fundadamente. Son hipótesis en las que el no conocimiento deriva más bien en un no querer conocer por estar ante un grado de negligencia alto (culpa grave). Se trata de situaciones en las que cualquier consumidor medio advierte el vicio examinando mínimamente el bien, sin ser nunca exigible una inspección profunda. O también de aquéllas en el que el comprador, por su profesión o cualificación, se debe dar cuenta enseguida del defecto, aunque tal reacción no se le exija al consumidor medio. El comprador no podía esperar un bien con cualidades distintas porque ya las conocía o debía conocerlas. Tales circunstancias sólo pueden producirse si el consumidor tiene un contacto con la cosa antes de perfeccionarse el contrato, pero no si no la visualiza en ese momento. Por ejemplo, si encarga hacer el bien o en las ventas a distancia. Por el contrario, si se le permite probar durante un tiempo la cosa antes de celebrar el contrato, más posibilidades tendrá de darse cuenta del defecto, lo que no obsta a que si sus consecuencias no comienzan a exteriorizarse hasta después del contrato el consumidor pueda seguir reclamando por no ser el bien conforme (22). Idéntico trato se da a este supuesto en el régimen general del saneamiento,

(21) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 311.

(22) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 313-314.

que distingue entre vicios ocultos y aparentes (arts. 1.484 y 1.485 CC, y 336 y 342 C.Com.) (23).

La segunda teórica excepción a la responsabilidad por falta de conformidad, la referida a los contratos de obra mueble en los que el defecto sea imputable a los materiales suministrados por el consumidor, tampoco es en realidad un caso de falta de conformidad. En la responsabilidad por falta de conformidad, como hemos dicho, el deudor asume el riesgo de que la cosa presente una tara o se deteriore por caso fortuito o fuerza mayor sin que sea necesaria su culpa, pero nunca responderá si la causa del daño se debe a culpa del comprador. En este último caso será éste, también si es consumidor, el que deba acarrear con las consecuencias, y es precisamente lo que sucede en el supuesto ahora contemplado. Es por esto que debe quedar acreditado que la causa de que lo entregado no se adecue a lo que inicialmente se esperaba en la celebración del contrato sean los materiales aportados por el consumidor y no otra. Pero además, ateniéndose a la buena fe contractual que integra todo contrato (art. 1.258 CC), cuando el consumidor ofrezca los materiales a la contraparte para que realice la obra, esta última deberá advertirle del riesgo que el empleo de los mismos conlleva cuando para cualquier profesional del sector sea conocido que existe la posibilidad de que por tales materiales el resultado de la obra sea defectuoso. Si del estado de la ciencia resultante en ese momento fuera evidente para los profesionales la existencia de ese riesgo, la no advertencia al consumidor que no tiene por qué conocer el mismo supondrá que sí tendrá que responder del resultado defectuoso. La causa es que el defecto se ha producido por negligencia del contratista que no ha advertido al consumidor debiendo haberlo hecho (24). Similar consecuencia se prevé en el régimen general del contrato de obra en el artículo 1.590 del Código Civil.

2. CRITERIOS PARA DETERMINAR LA FALTA DE CONFORMIDAD

1. Aunque cualquier falta de adecuación entre lo pactado y lo entregado es falta de conformidad, el artículo 116 LDCU establece una serie de criterios que pueden ayudar a determinar cuándo hay o no conformidad. En realidad, será el contrato el que establezca las condiciones, calidades y propiedades que deba tener el bien, y es por esto que lo expresamente manifestado en

(23) Es la conclusión que tras una comparación con ambos obtiene CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 148 y sigs.

(24) SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, *Cuadernos de Derecho Judicial*, XI (2005), pág. 78; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 314. Véase, no obstante, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, pág. 158.

el contrato tiene absoluta prioridad sobre los criterios del artículo 116. Así, cuando el comienzo del mismo afirma: «salvo prueba en contrario se entenderá que los productos son conformes...», debe interpretarse como salvo que el contenido del contrato diga otra cosa. Estos criterios por tanto son en realidad un instrumento que ayuda a determinar cuáles son las propiedades y cualidades que el contrato presume para el bien cuando determinados aspectos de las mismas no se hayan concretado expresamente, cumpliendo así el papel de derecho dispositivo. En realidad suministran orientaciones para la integración del contrato, que según el artículo 1.258 del Código Civil debe hacerse según el contenido de la ley, el uso o costumbre y la buena fe contractual, y tal método es el que se sigue en algunos de estos criterios que no hacen sino desarrollar algo más esta previsión (25). Así, por ejemplo, la apelación a la costumbre parece clara cuando en la letra *b*) del artículo 116 se menciona «los usos a los que ordinariamente se destinan los productos del mismo tipo». O lo mismo cuando en la letra *d*) se alude a la «calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor pueda esperar, habida cuenta de la naturaleza del producto». O a la buena fe contractual cuando se alude a las propiedades expuestas con una muestra o modelo (letra *a*). Pero no siempre los criterios ayudan a integrar el contrato, sino que simplemente recuerdan la prioridad de lo expresamente pactado, como la letra *c*), que se refiere al uso especial acordado por las partes; o que determinadas manifestaciones forman parte del contrato en el caso de contratación con los consumidores aunque no se incluyan expresamente en él, y que por eso se tendrán en cuenta para determinar si la entrega es conforme o no, como sucede con las menciones a las declaraciones públicas vertidas sobre el bien o a los contenidos de la publicidad.

Precisamente la heterogeneidad de funciones de estos criterios hace que no se establezca ninguna relación de prelación ni de mutua exclusión entre los mismos. Habrá que estar a las circunstancias del caso concreto para ver si se aplica uno solo de ellos o varios a la vez, puesto que tampoco hay problema en su acumulación, siempre que sean compatibles entre sí. Si hay alguna contradicción entre dos o más, tendrá prioridad siempre el que haga prevalecer la voluntad de las partes, que es al fin y al cabo lo que trata de descubrir la aplicación de estos criterios. De esta forma, si se ha pactado un fin especial para el bien (letra *b*) que no sea compatible con el uso y prestaciones habituales de ese producto (letra *d*), deberá prevalecer aquél sobre éste (26). Y de cualquier modo, tales criterios no constituyen un catálogo

(25) En tal sentido, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, pág. 78 y sigs.; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, págs. 596 y 598.

(26) Sobre las relaciones entre los diferentes criterios, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 84 a 86; AVILÉS

cerrado a los que pueda acudir el intérprete que, en todo caso, podrá acudir a otros distintos que sean compatibles con el artículo 1.258 del Código Civil para integrar el contrato en estos aspectos, o lo que es lo mismo, descubrir el concreto programa contractual de las partes (27).

De cualquier modo, la conformidad viene marcada por el contenido del contrato, que en primer lugar viene delimitado por las normas de derecho imperativo, que prevalecen, como siempre, incluso sobre lo expresamente pactado por las partes. Y después, tras las cláusulas del contrato, debe recordarse también la normativa de derecho dispositivo que para ese tipo de contrato rija y que afecte a la calidad y propiedades del bien. En este sentido, debe señalarse que no son infrecuentes normativas imperativas o dispositivas sobre la calidad que deben presentar determinados productos que pueden incidir en la seguridad o en el medio ambiente, y cuyo cumplimiento debe exigirse por formar parte del contenido del contrato para que el bien sea conforme. También deberá tenerse presente que las condiciones generales del contrato forman parte del mismo, pero siempre que hayan superado los controles de legalidad de la Ley de Condiciones Generales de la Contratación y de los artículos 80 y siguientes de la LDCU, por lo que si en ellas se establece una cualidad del bien inferior a lo habitual o a lo marcado por el derecho dispositivo, sin que exista una contraprestación para el adquirente, habrá que entender que tal cláusula es nula y no forma parte del contenido del contrato, que deberá proceder a integrarse utilizando los criterios de conformidad previstos (28).

2. Procedemos ahora a analizar someramente los criterios empleados por el artículo 116 LDCU. El de la letra *a*) se alude a la descripción del bien realizada por el vendedor y las propiedades que se le hubieran presentado en la muestra o modelo. Se trata de supuestos en los que el vendedor hace una demostración a potenciales compradores que observan así las propiedades y utilidades del bien. Si finalmente alguno de ellos decide comprar, el consumidor puede reclamar si el bien entregado no tiene las mismas propiedades o utilidades que la muestra o modelo, aunque éstas no se hayan especificado expresamente en el contrato. La demostración suscita la confianza en que el bien será idéntico y por eso se entiende integrada en el contenido del contrato a través de la buena fe. Sólo cabe que éstas no sean exigibles si en la propia demostración el vendedor advierte que alguno de los elementos de la demostración no se da en la realidad o si en el contrato se ha contradicho expresa-

GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 269-270; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 598.

(27) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 83-84.

(28) Sobre el uso de condiciones generales abusivas en este ámbito advierten BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 595.

mente alguna de estas propiedades, aunque no a través de una condición general de la contratación. Sólo así se puede vencer la confianza que suscita la demostración. Por otro lado, si en la muestra o modelo se ve que el bien no es útil para ciertas finalidades, tampoco el consumidor podrá luego exigir las.

El problema está en que si el vendedor niega que hubo muestra o modelo, el comprador tendrá la carga de probar que sí, para lo que se podrá valer de testigos que acrediten que era habitual la realización de demostraciones o de la existencia de otras ventas similares realizadas con muestra o modelo. Pero además de esto, le quedará acreditar que lo entregado es distinto a la muestra, y como en la práctica es habitual que tras realizar la demostración el vendedor se la lleve, el comprador tendrá muy difícil dicha prueba. Precisamente por tal grado de dificultad, aplicando el artículo 217.6 LECiv, que permite modular la carga de la prueba en función de la disponibilidad y la facilidad para la misma, habrá que entender que el vendedor deberá aportar la muestra colaborando así en el *iter* probatorio (29).

Idéntica razón de ser presenta el criterio de la letra *b*) y el del primer inciso de la letra *d*), que aclaran que salvo pacto en contrario, el bien debe servir para los usos a que ordinariamente se destinan y presentar las características o propiedades habituales que tiene en el tráfico (30). Es una invocación a los usos o costumbres para integrar el contrato (art. 1.258 CC). Si lo normal o habitual es que el bien sirva para ciertos fines y tenga determinadas propiedades es lógico que el consumidor espere que el bien cuente con ellas, aunque no se diga expresamente en el contrato. Lo normal o habitual no es preciso pactarlo, sino que más bien, si hay algo que se aparta de ello, deberá especificarse en el contrato.

En contraposición a lo anterior, el criterio de la letra *c*) establece que el bien será conforme si cumple el uso especial requerido por el consumidor, siempre que lo haya puesto en conocimiento del vendedor y éste haya admitido que, efectivamente, sirve para eso. Como hemos dicho antes, lo normal o habitual se presume, pero lo inhabitual en cambio no, por lo que para que el consumidor pueda exigir un uso distinto al habitual de la cosa deberá pactarse en el contrato, bien de forma expresa o tácita. Esto es, que basta con que de cualquier modo se comunique al vendedor la razón por la que se quiere adquirir el bien para cumplir este requisito. Si sabiéndolo este último accede a la venta, se entiende que acepta que el bien sirve para ese fin especial, de lo contrario, la buena fe exige que se hubiera advertido en ese momento al consumidor de la no aptitud del bien para ese uso. O lo mismo sucede si aunque el comprador no diga nada expresamente tiene

(29) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 276-277.

(30) Sistemáticamente, lo lógico es que ambos criterios se hubieran fusionado en una misma letra en lugar de exponerse de forma separada, ya que atienden a la misma lógica.

relación habitual con el vendedor y éste conoce su profesión y que los bienes que suele adquirir requieren propiedades especiales porque se destinan al ejercicio de la misma (31). El problema de que la comunicación del uso habitual no se haga por escrito será fundamentalmente probatorio. Ejemplos de posibles usos especiales lo constituyen la compra de gafas o ropa de cualidad específica para eventos deportivos, ordenador que tiene que ejecutar programas exigentes, o turismo para ser empleado principalmente en terrenos no asfaltados (32).

3. Finalmente, la letra *d*) del artículo 116 LDCU menciona las declaraciones públicas que sobre las características del bien o servicio realicen el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado. Se plantea, en primer lugar, si sólo se da a estos dos últimos el estándar de criterio o si, por el contrario, se refiere a cualquier otra declaración pública, entendida como cualquier manifestación vertida al exterior por cualquier vía y dirigida a una generalidad indeterminada de destinatarios. El tenor literal del precepto parece inclinarse por esta segunda opción. No obstante, en la práctica, debido fundamentalmente a la amplia definición de «publicidad», que se recoge en el artículo 2 LGP, se nos antoja difícil que una manifestación pública no pueda encajarse en dicho concepto, por lo que la problemática es más bien superficial.

En lo que se refiere a la expresa mención a la publicidad, hay que decir que ésta no añade nada nuevo, puesto que el propio artículo 61 de la LDCU aclara que la oferta, promoción o publicidad sobre las prestaciones propias de cada bien o servicio serán exigibles por los consumidores y usuarios. En el artículo 116.*d*) no se recoge más que una reiteración de este principio. La publicidad constituye, por tanto, parte del contrato porque en ella se ha dado información sobre las cualidades del bien que han suscitado la confianza en el comprador de que eran ciertas y que han influido en su decisión de compra. Aunque luego en la redacción del contrato no se hagan constar, forman parte del mismo y son exigibles (33). No obstante, no todas las afirmaciones publicitarias tienen tal carácter, porque la publicidad, además de informar, exagera y trata de persuadir con otra serie de tácticas al consumidor para que adquiera el producto. Sólo cuando el contenido de la misma se refiera a una propiedad del bien y servicio susceptible de ser creída por el consumidor medio forma parte del contrato y será exigible. Obviamente, afirmaciones del

(31) Sobre estas dos últimas hipótesis, AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 281-282.

(32) Extraídos de BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 599.

(33) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 118 a 120; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 287-288. Y así lo dice expresamente el artículo 61 LDCU, que se titula «integración de la oferta, promoción y publicidad en el contrato».

tenor: «con estas zapatillas jugarás al tenis como Rafa Nadal» o que «el coche de la marca X es el que llevan los hombres que gustan a las mujeres» son afirmaciones meramente persuasivas y no creíbles. El consumidor no confía en que comprando el bien conseguirá esos usos u objetivos, por lo que claramente quedan al margen del contenido del contrato (34).

Algo similar sucede con el etiquetado de los productos. Ya el artículo 18 LDCU establece que el etiquetado de los productos debe contener «información veraz, eficaz y suficiente sobre sus características esenciales», de forma que se garantiza al consumidor que lo que pueda leer en él es cierto y que por tanto el bien tendrá esa cualidad prometida. Es una información que el propio productor, el vendedor o el representante de alguno de ellos incluye en la oferta que se realiza al consumidor, y este último al adquirir acepta dicha oferta contractual, por lo que lo indicado en el etiquetado forma parte del contrato. La conclusión sería, por tanto, idéntica aunque no se mencionara expresamente en el artículo 116.d) LDCU. A diferencia de lo que sucede con la publicidad, toda información incluida en el etiquetado suscita la confianza en el consumidor de que es cierta y por tanto podrá exigirla por formar parte del contrato, ya que el etiquetado se refiere a datos objetivos y empíricamente comprobables, puesto que como hemos dicho, la ley exige que sea «veraz y eficaz» (35).

No obstante lo anterior, el artículo 116.d) LDCU exige al vendedor (no al productor) de la responsabilidad por el contenido de las declaraciones públicas en tres supuestos. El primero de ellos es si desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión. Podrá darse cuando sea el productor o el representante de éste quienes hayan vertido estas declaraciones. La razón es que el vendedor no está obligado a conocer siempre todas las manifestaciones publicitarias que hagan éstos. Habrá que estar a las circunstancias de cada caso para concluir si «cabía esperar que conociera la declaración en cuestión». Así por ejemplo, si se trata de un anuncio muy conocido y emitido en muchos medios de comunicación, parece difícil justificar el desconocimiento. Diferente es si, por ejemplo, se ha entregado pasquines en lugares distintos al establecimiento del vendedor. En estos casos es más probable que el desconocimiento esté justificado. En cualquier caso, cualquier declaración pública que haga el fabricante o su representante en alguno de los establecimientos del vendedor, sí le vinculan a éste sin que pueda alegar que los desconocía, puesto que el control de todo lo que pasa

(34) Al respecto, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, pág. 120 y sigs.

(35) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 128 a 130; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 288-289; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 603.

en sus establecimientos le corresponde a él. Es además importante señalar que en el supuesto del etiquetado en ningún caso cabe esta excepción, puesto que existe un deber de diligencia sobre todo vendedor de conocer los contenidos del etiquetado de todos los productos que oferta (36). Son declaraciones que se hacen ya en su establecimiento y bajo su control.

Tampoco responderá el vendedor si en el momento de celebración del contrato la declaración ha sido corregida. Si las declaraciones públicas resultan vinculantes por formar parte del contrato, es lógico que si se corrigen al perfeccionarse, éstas ya no formen parte del mismo y que por tanto pierdan el carácter vinculante. Lo importante es que la corrección de lo manifestado en la publicidad o en el etiquetado se haga de forma clara y determinante, venciendo de forma indudable la confianza que la declaración pública generó en el consumidor. A este respecto, será más sencillo terminar con esa confianza en el caso de la publicidad que en el etiquetado (aunque no imposible), puesto que en este último el grado de confianza suscitado es mayor al tener que ser su contenido veraz por imperativo legal. La rectificación exigirá una actuación más enérgica que en la publicidad por parte del vendedor (37). En cualquier caso, tanto en la publicidad como en el etiquetado, nunca será suficiente para vencer la confianza suscitada que la rectificación se incluya en una condición general de la contratación. Se entenderá que la manifestación pública es una condición particular del contrato que en caso de conflicto con una condición general prevalecerá sobre ésta. Las condiciones generales no son habitualmente leídas por los consumidores, por lo que no puede atribuírseles el efecto de corregir lo que a través de otro modo se les ha expuesto expresamente.

Igualmente se exonera al vendedor de cumplir las manifestaciones públicas si demuestra que ésta no influyó en la decisión de compra del consumidor. Desde el punto de vista de política legislativa, esta excepción plantea serias dudas en cuanto a su justificación, puesto que la publicidad y el etiquetado siguen formando parte del contrato y por tanto su cumplimiento debe poder ser exigido por el comprador aunque él hubiera adquirido conociendo la realidad. Si se demanda por un incumplimiento de una cláusula contractual, la otra parte nunca puede defenderse manifestando que es irrelevante ese incumplimiento porque el contrato se hubiera celebrado en todo caso; por lo que permitirlo cuando se apliquen los artículos 114 y siguientes de la LDCU, resulta paradójico al someterse al consumidor en este punto a un régimen

(36) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, pág. 136; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 307-308; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, págs. 603-604.

(37) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 137-138.

peor que el general. En todo caso, es la opción del legislador y debe aplicarse. No obstante, por fortuna, en la práctica será casi imposible que el vendedor pueda demostrar que el comprador habría adquirido igualmente el bien de haber conocido la situación real, puesto que es una situación totalmente subjetiva de la que es altamente improbable tener un indicio externo que ayude a la prueba.

Finalmente, respecto a estas tres excepciones, hay que recordar que según el contenido literal del artículo 116.d) de la LDCU afectan exclusivamente a la responsabilidad del vendedor, pero no a la del productor, de forma que no impedirán, en principio, la acción que se otorga al consumidor contra el productor en virtud del artículo 124 LDCU (38). En la primera de las excepciones, la conclusión es irrefutable, al ser hecha la declaración pública por el productor o su representante. En la tercera, desde el punto de vista de política legislativa, no hay motivos para tratar de forma distinta al productor y al vendedor ante la circunstancia de que el consumidor hubiera adquirido de igual forma el bien. Pero como no nos parece racional, según la finalidad de la norma (proteger más al consumidor) que se exonere al vendedor en esta hipótesis y no se menciona expresamente al productor, no tenemos por qué extender el tenor literal de la excepción a este último. Mayor inconveniente presenta que la segunda excepción afecte sólo al vendedor y no en cambio al productor (39). Si en el momento de celebración del contrato la declaración pública se ha corregido a través de una contradecación que ha dejado claramente fuera del contenido del contrato a la primera, el bien será conforme, por lo que no se podrá reclamar ni al vendedor ni a nadie. Aunque la excepción no mencione al productor, a la misma conclusión habrá que llegar para él en este caso aplicando la normativa y principios del derecho contractual. No hay incumplimiento luego no hay responsabilidad.

3. PRUEBA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

1. Según las reglas generales sobre carga de la prueba, para exigir la responsabilidad por falta de conformidad, sería el vendedor el que debiera probar tanto que el bien o servicio no cumple alguno de los usos o cualidades que legítimamente se esperaba cuando se perfeccionó el contrato, como que tal vicio ya existía en el momento de la entrega, aunque se haya manifestado después. Ambos extremos constituyen hechos positivos que fundamentan la demanda, y que por tanto corresponde probar al reclamante según el artículo 217.2 LECiv. Que en el bien o servicio no concurren alguna de las carac-

(38) Véase, no obstante, SAGASTI, en *RCDI*, 695 (2006), pág. 1018.

(39) Esta incongruencia valorativa es expuesta por SAGASTI, en *RCDI*, 695 (2006), pág. 1018, lo que le lleva a extender las excepciones también al productor.

terísticas que se le suponían no es tan difícil, pues en ocasiones bastará una mera inspección ocular. Pero más complicado será la prueba de que el vicio ya existía cuando la cosa se entregó, pese a que se ha manifestado posteriormente. Por tal razón, el artículo 123 II LDCU establece la presunción de que «las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esa presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad». Con esto se facilita la labor del consumidor que de otro modo debería recurrir probablemente a costosos mecanismos probatorios que impedirían en la práctica la reclamación. Además, como toda presunción o norma que altera la distribución de la carga probatoria, se basa en una máxima de experiencia. Esto es, que como resulta que en la realidad la mayoría de vicios que se manifiestan en los bienes en los siguientes seis meses a su entrega ya existían en tal momento, lo lógico es partir de que esto es así. Es más práctico y adecuado a la realidad hacerlo así.

De aquí derivan precisamente las excepciones a esta presunción. Se dice que a veces la naturaleza del producto puede ser incompatible con la misma. Efectivamente, en los productos perecederos o sometidos a un rápido deterioro o en los bienes consumibles, como alimentos, ropa, etc., en la mayoría de los casos la pérdida de cualidades del bien se debe simplemente a su uso habitual o normal y no a que en el momento de la entrega tenían algún defecto, por lo que no tiene sentido aplicar la presunción. Se sigue también el criterio de la realidad. Así, por ejemplo, unos yogures que se advierte caducan en una fecha antes de que transcurran seis meses desde que se adquirieron. O una prenda de vestir que tres meses después de ser usada ha perdido algo de color por el uso de la lavadora aunque aún no hayan transcurrido los seis meses (40). O prendas destinadas a uso esporádico si se invoca que el deterioro se ha manifestado después de que se les haya dado ese uso como, por ejemplo, trajes de novia (41). En todos esos casos, cuanto más tiempo haya pasado desde el momento de la entrega, aunque sin llegar a los seis meses, más razón hay para inaplicar la presunción. Distinto es si la manifestación del vicio se produce unos días después, casos en que la casuística puede ser muy compleja.

Tampoco operará la presunción si la índole o tipo de vicio es de una naturaleza tal que pone en evidencia que no existía en el momento de la entrega, probablemente porque casi con toda probabilidad es consecuencia de un mal uso de la misma. Así, por ejemplo, si presenta una rotura imposi-

(40) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 321-322; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 611.

(41) Distinto es si antes de ese momento se ha constatado el defecto, como sucede en SAP de Segovia, de 22-6-2005.

ble de producirse sin un golpe o intervención humana y que se hubiera observado fácilmente al recibir el bien, como si la pantalla del portátil se ha desprendido del teclado; o si el televisor presenta varias disfunciones a la vez que de haber tenido su origen en el momento de la entrega hubieran hecho inviable su puesta en marcha. En estas hipótesis, la práctica nos dice que en la gran mayoría de los casos el vicio no existía en el momento de la entrega, por lo que es lógico que no opere la presunción y se adecue la carga de la prueba a la realidad.

2. Pero se retorna a la normativa general sobre carga de la prueba del artículo 217.2 LECiv si el vicio se manifiesta después de que hayan transcurrido seis meses desde la entrega y estemos aún dentro del plazo de dos años que tiene la garantía por falta de conformidad (art. 123.I LDCU). El consumidor deberá probar que el vicio ya existía en el momento de la entrega, lo que ha suscitado numerosas críticas por entender que asumir tal carga resulta complicado y costoso, porque serán necesarios dictámenes periciales caros que salvo que el bien sea de un precio elevado impiden la reclamación por no ser rentable. Se promueve así que el legislador hubiera extendido la presunción durante los dos años, tal y como, por ejemplo, ha hecho la ley portuguesa (42). Pero tal opción resulta criticable puesto que, como hemos dicho, las presunciones se establecen por lo que dictan las normas de la experiencia, y es evidente que si un defecto aparece pasados más de seis meses desde la entrega, en la mayoría de las hipótesis éste no existía cuando se entregó, sino por el uso del mismo o incluso por otras circunstancias ajenas tanto al comprador como al vendedor, pero que en todo caso tras la entrega debe soportar el consumidor. La adecuación de las normas sobre reparto de carga de la prueba a la realidad hace que en estos casos tenga que ser el consumidor quien deba probarlo. No tiene sentido establecer lo contrario rompiendo con el normal funcionamiento de las presunciones.

Es más, la crítica endurece exageradamente los presupuestos para establecer como probado que el vicio existía en el momento de la entrega. No siempre será necesario el costoso dictamen pericial, sino que con frecuencia será suficiente el uso de las llamadas presunciones judiciales o prueba indiciaria del artículo 386 LECiv (43), según la cual, a partir de un hecho probado, el Tribunal podrá presumir la certeza de otro si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Así por ejemplo, cuando una lavadora presentaba un defecto con unos síntomas que se han repetido más de una vez, habrá que dar por probado que aunque ya han pasado seis meses desde que se recibió, como no es la primera vez que presenta esos síntomas, el vicio ya existía cuando

(42) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 161-182.

(43) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 325.

se entregó (44). No, en cambio, si los síntomas de la avería son claramente distintos y no pueden vincularse a la anterior reparación (45). También cabe aplicar la prueba indiciaria si el bien presenta defectos desde un principio y las reparaciones resultan infructuosas porque tras ellas aparecen nuevos errores de funcionamiento motivadas por éstas, por más que en el último ya han transcurrido más de seis meses (46). Y lo mismo si el vendedor ha aceptado la devolución del bien por parte del comprador. Si lo hace será porque entiende que tiene derecho por no ser el bien como debiera cuando se entregó (47).

En cualquier caso, debe tenerse en cuenta que independientemente de quién tenga la carga de la prueba, habrá que valorar la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio (art. 217.6 LECiv). Generalmente, el empresario conoce en profundidad los bienes que vende y podrá ofrecer una explicación plausible de la causa del error. Si ante la reclamación del consumidor se limita a callar y no da una explicación técnica razonable, deberá entenderse que no colabora en la prueba y dar por buena la versión del consumidor. También cabe que se produzca el supuesto inverso. Si por ejemplo una reclamación se produce antes de que transcurran seis meses y el vendedor dice que una de las hipótesis del mal funcionamiento puede deberse no al bien sino a la instalación eléctrica de la vivienda del comprador a la que el bien se enchufa, el consumidor deberá permitir que se compruebe en su domicilio esa hipótesis. De lo contrario no estaría cumpliendo con el deber de colaborar en la prueba y debería darse por buena la versión del vendedor.

III. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

1. PRESUPUESTOS PARA PODER EJERCERLAS

1. La LDCU contiene una serie de acciones que el consumidor podrá ejercitar para solventar el problema de que lo que se le entregó presentaba un vicio o defecto con respecto a lo pactado cuya causa existía ya en el momento de la entrega. Pero para poder ejercer estos remedios se requiere que el vicio se haya manifestado no más tarde de los dos años desde la entrega material del bien (48); y en los bienes de segunda mano, de un año si así se ha pacta-

(44) SAP de Madrid, de 20-6-2009, *JUR* 2008/283.501.

(45) SAP de Vizcaya, de 26-6-2007, *AC* 2007/1951.

(46) Es lo que sucede con una moto en el caso de la SAP de Guipúzcoa, de 10-4-2006, *JUR* 2006/156.322.

(47) DÍAZ ALABART, «La aplicación de la Ley de Garantías en las ventas de bienes de consumo: primeros pronunciamientos», en *RDP*, pág. 19. SAP de Zamora, de 13-9-2005.

(48) Salvo prueba en contrario, la entrega se entiende hecha el día que figure en la factura o tique de compra, o en el albarán de entrega.

do (49). Tanto uno como otro pueden ser ampliados en el contrato, puesto que beneficiaría al consumidor, si bien no cabe que sean reducidos por ser de derecho imperativo toda la LDCU. Debe tenerse presente que la razón de que se establezca un plazo máximo de exteriorización del vicio es fortalecer la seguridad jurídica del vendedor, que tampoco puede estar pendiente de por vida del devenir de todos los contratos que haga. Por esta misma razón, si actuare de mala fe, es decir, si resultase que conocía la existencia del vicio en el momento de la entrega, no podrá hacer valer este plazo máximo puesto que estaría abusando de un derecho (50). No queda afectada la seguridad del vendedor, puesto que precisamente conocía ya la realidad del vicio, así que no tiene sentido aplicar en estos casos el plazo máximo según la *ratio* que se da a éste.

Este plazo de dos años es superior al de seis meses que establece el régimen general de saneamiento del artículo 1.490 del Código Civil, que prevé uno de caducidad para las acciones de seis meses desde la entrega (51), por lo que si el defecto se manifestara después de ese plazo, ya han caducado las acciones de saneamiento. En este sentido, debe valorarse de forma positiva el aumento del plazo en beneficio del consumidor. No obstante, podría discutirse si dado que tras los seis primeros meses el comprador tiene la carga de probar que el defecto existía ya en la entrega aunque se ha manifestado después (*supra* II, 3), no habría sido más justo establecer otro más prolongado, puesto que puede suceder que en determinados bienes, por su naturaleza, tarden más tiempo en manifestarse al exterior posibles defectos originarios. Ciertamente, razones de seguridad jurídica motivan que haya que establecer un tope legal porque no se puede dejar al vendedor pendiente eternamente del correcto transcurrir de todos los contratos que celebra. Pero teniendo en cuenta que el plazo de prescripción de las acciones por falta de conformidad es de tres años desde la entrega (art. 123.3), no habría estado mal que se hiciera coincidir un plazo con otro, otorgando así al consumidor un año más para que se pudieran exteriorizar los vicios, simplificándose de paso el régimen de saneamiento. Con el régimen vigente, el vicio debe exteriorizarse antes de dos años desde la entrega, aunque podrás reclamar hasta

(49) El artículo 7.1 de la Directiva 44/1999 posibilita que los Estados miembros rebajen para los bienes de segunda mano el plazo de los dos años hasta uno como máximo, aunque no obliga a ello. El legislador español ha hecho uso de esa opción que es la menos favorable al consumidor, aunque exigiendo que la rebaja se pacte en el contrato. La reducción del plazo de dos a un año para los bienes de segunda mano requiere, en todo caso, alterar contractualmente el derecho dispositivo, por lo que si aparece en una cláusula general, ésta será nula salvo cuando se dé una importante contrapartida al consumidor, por aplicación de la Ley de Condiciones Generales y del artículo 82 LDCU.

(50) En parecidos términos, BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 611.

(51) MORALES, *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, Madrid, 2.^a ed., Madrid, 1993, artículo 1.490, págs. 968 y 969.

que se cumplan tres desde la entrega. En cambio, si se equipararan los dos plazos, se podría reclamar cualquier vicio que se manifestase en los siguientes tres años.

Este plazo, así como el de prescripción de las acciones, se suspende en caso de reparación del bien desde que se pone a disposición del vendedor hasta que se entrega al comprador ya reparado. Y lo mismo en caso de sustitución desde que el consumidor ejerce la opción entre sustitución o reparación hasta la entrega del nuevo producto. Del tenor literal de ambos preceptos (art. 120, letras *c* y *e*) no queda lugar a la duda de que el cómputo del plazo se «suspende» desde el momento que señalan hasta el instante que establecen, con lo que a partir de ahí no se deberá volver a contar de nuevo el plazo en su integridad, sino que se seguirá contando como si fuera el día siguiente a aquél en que comenzó la suspensión; y esto tanto si se refiere al plazo de manifestación de los vicios de los dos años como si afecta al plazo de prescripción de las acciones de tres años (52). Se introduce por primera vez en España la institución de la suspensión de la prescripción como alternativa a la interrupción, opción más moderna y acorde al tráfico moderno, que es la que se está siguiendo prioritariamente en las últimas reformas del derecho de obligaciones en Europa. No se interrumpen para volver a contar desde cero como es norma general en nuestro derecho de obligaciones, sino que sólo se suspende el cómputo durante un período de tiempo.

Como consecuencia de este régimen de suspensión, en los casos de sustitución, al bien nuevo entregado no se le aplicará el plazo nuevo de dos años para que se manifieste la falta de conformidad, sino que seguirá computándose el que correspondía al bien sustituido. Así, si transcurrido un año desde la venta, éste deviene disconforme y se sustituye por otro, el nuevo no tendrá una garantía legal de dos años como corresponde a todo bien nuevo, sino el de uno, lo que perjudica claramente al consumidor. Así lo deja claro el tenor literal del artículo 120.e) que habla de suspensión, siendo la única diferencia que el legislador contempla con respecto a la reanudación de la situación anterior que al consumidor se le otorga la ventaja de que cualquier defecto de conformidad que se produzca en los seis primeros meses desde la sustitución se presume existía desde la entrega. En todo lo demás, por tanto, no hay más que una continuación de la situación anterior. Compartimos la crítica generalizada que se ha hecho a esta opción del legislador, puesto que no vemos razón aparente que justifique la diferencia de trato (53).

En casos de reparación, el artículo 120.c) LDCU establece que durante los seis meses posteriores a la entrega del producto reparado, el vendedor

(52) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, pág. 281.

(53) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 368-369; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, en TOMILLO, *Práctica arbitral de consumo*, pág. 273.

responderá de las faltas de conformidad que provocó la reparación. Se plantea aquí si tras la reparación sólo va a contar con seis meses más de garantía legal, incluso si en el momento en que comenzó la suspensión le quedaban más; o si por el contrario habrá que interpretar que siguiendo el ritmo natural del levantamiento de la suspensión se reanuda la situación anterior y se dispondrá del mismo plazo que le restaba en aquel momento. Pero si éste fuera inferior a seis meses, entonces debe entenderse prorrogado por este período de tiempo al menos en lo que se refiere a las faltas de conformidad provocadas por la reparación. Esta segunda debe ser la interpretación preferida, porque es la más acorde al interés del consumidor y porque no tiene sentido que éste se vea perjudicado respecto a la situación anterior por ejercer un derecho que le concede la ley. La prórroga de los seis meses para los defectos provocados por la reparación trata de garantizar que en cualquier caso el vendedor tenga que responder al menos durante un plazo mínimo por la misma, ya que ha habido una nueva intervención sobre el bien que puede tener consecuencias (54). Eso sí, para que opere este plazo adicional es necesario que los vicios deriven de la reparación, lo que el artículo presume si se trata del mismo que originó la reparación. Si es otro y no se prueba que su causa es la reparación, entonces no cabe la prórroga de seis meses y si ya han pasado los dos años originarios el consumidor se quedará sin poder reclamar.

2. Se incluye también en el artículo 123.4 LDCU que el consumidor debe informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella. Se persigue con ello darle al vendedor la oportunidad de subsanar la falta de conformidad antes de que se abra un pleito judicial, lo que resulta lógico. En realidad, lo habitual es que el consumidor acuda al vendedor explicándole lo que pasa antes de iniciar cualquier tipo de procedimiento judicial o arbitral. Este deber de comunicar no supone que estos dos meses que se tienen para ello se superpongan o añadan al plazo de dos años en el que se debe exteriorizar el vicio, sino que una vez detectado dentro de ese plazo el consumidor dispone de dos meses para comunicarlo (55). Así, si la falta de conformidad se descubre 23 meses después de la entrega y se comunica en el mes 25, la reclamación será tempestiva. Pero si es en el mes 25 cuando se exterioriza y al día siguiente el consumidor se lo hace saber al vendedor, entonces no debe aplicarse la garantía legal. Naturalmente, tanto en un caso como en el otro se pueden plantear conflictos de prueba, por alegar el consumidor en el segundo caso, aún siendo inexacto, que el vicio se detectó antes del transcurso de los dos años; o el vendedor afirmar en el primer caso que el vicio se ha producido fuera

(54) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 370.

(55) Véase, no obstante, AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 379-380.

de plazo, aún siendo inexacto y desconociendo en realidad tal dato. En estos supuestos, el intérprete tendrá que valerse de las circunstancias del caso concreto que aporten algún indicio a favor de una u otra versión. Habrá que estar, por ejemplo, a la naturaleza de la cosa y del vicio, a la frecuencia habitual con la que se usa, y a si es posible o no, utilizarla con ese defecto. Así, por ejemplo, si se trata de un coche cuyo embrague presenta problemas, no parece plausible que si se ha producido en el mes 23, el consumidor no acuda al concesionario hasta el 25, puesto que el uso del coche con tal vicio se estima imposible, y la utilización del vehículo suele ser frecuente como para dudar de que ha estado más de un mes parado. La misma conclusión debemos mantener si se trata de una lavadora. La utilización habitual de la misma hace impensable que el consumidor tarde más de un mes en acudir al vendedor, salvo que pruebe que tenga otra en el domicilio o que ha estado fuera del hogar durante ese plazo. En los bienes que no se utilicen tan habitualmente y que sea más que factible por ello que estén sin usar durante más de un mes, las circunstancias tienden a favorecer la versión del consumidor, y será el vendedor el que tenga la carga de probar que la exteriorización del vicio se ha producido superados los dos años. Por ejemplo, bienes que se utilizan para realizar viajes o acampar, como una cuna de viaje o una tienda de campaña.

La forma en la que debe hacerse la comunicación no se menciona en la ley, por lo que aplicando el principio general de libertad de forma, cabe que se haga por cualquier vía, tanto oral como escrita. Además, a diferencia de lo que sucede en otras ocasiones, el artículo 123.4 LDCU establece que se presume que la comunicación al vendedor se ha hecho dentro de plazo, por lo que será el comprador el que tenga que probar que no, lo que le resultará muy difícil. Esto aporta mayor tranquilidad al consumidor, porque aunque no la haga por escrito, en caso de versión contradictoria con el vendedor, será este último el que tenga la carga de la prueba, eximiéndole al consumidor de tener que aportar algo que lo acredite, lo que no tendrá cuando se hizo verbalmente. No obstante, en la práctica, lo más habitual es que la comunicación se haga efectiva cuando se le lleve el bien al vendedor para que lo examine pidiéndole la reparación o la sustitución. Aunque en determinados bienes, por su peso y su difícil movilidad, primero se advierte al vendedor del vicio por lo general verbalmente, para que éste venga al domicilio a inspeccionarlo.

El incumplimiento de la carga de comunicar al vendedor la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella, no supone la pérdida del derecho al saneamiento que corresponda, sino que sólo da pie a que el vendedor pueda reclamar al consumidor los daños y perjuicios que el incumplimiento de este deber le haya podido irrogar, siempre que los acredite (por ejemplo, que el saneamiento podía haber resultado más barato para él). Esta consecuencia es la que expresamente contempla el artículo 123.4 LDCU, y que sin embargo no se preveía en el artículo 9.4

LGVBC, lo que hacía pensar a la doctrina que el incumplimiento generaba la pérdida de las acciones que la ley otorgaba al consumidor, al considerar ésta como una carga a la que se condicionaba el ejercicio de los derechos que se reconocían (56). El añadido del artículo 123.4 LDCU, respecto a la situación anterior, debe considerarse positivo, puesto que si bien debe calificarse como negligente el comportamiento del consumidor que deja pasar más de dos meses desde que tiene conocimiento del vicio, que las consecuencias de esa negligencia sean tan graves, como lo es el que se quede con un bien defectuoso y que incluso no le pueda servir para nada, resultan excesivas. Más acorde con los intereses en juego es que el consumidor deba asumir los daños y perjuicios que su comportamiento negligente pueda generar al vendedor, en coherencia con los postulados de la responsabilidad contractual de los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil.

2. REPARACIÓN O SUSTITUCIÓN

1. La principal novedad que presenta el saneamiento regulado en la LDCU con respecto al régimen general del Código Civil y del Código de Comercio es, sin duda, que mientras en éstos la solución pasa por la resolución del contrato o la reducción del precio, en aquél estos remedios son meramente subsidiarios de la reparación o la sustitución del bien, que tienen carácter prioritario. Se trata de una solución más moderna y adaptada a la realidad y necesidades actuales y más respetuosa con lo pactado, puesto que se pretende que el contrato se cumpla tal y como estaba previsto en un principio reinstaurando al consumidor en el uso de un bien que goce de las propiedades, usos y calidad que se le presumía cuando se pactó el contrato y que después se observó adolecía (57).

Corresponde al consumidor la elección entre la reparación y sustitución, lo que deberá comunicar al vendedor. Pero esta elección tiene sus límites, puesto que si una opción es «objetivamente imposible o desproporcionada», se deberá acoger a la otra (art. 119 LDCU). Pues bien, en la práctica, deter-

(56) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 197 a 199 y 205 a 211; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 393. Otra opinión mantenía VÉRGEZ, *La protección del consumidor en la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo*, Pamplona, 2004, pág. 110.

(57) En el régimen del Código Civil se critica que la solución contemplada en él como prioritaria (rescisión o reducción del precio) va contra el principio de estabilidad de los contratos. Por ejemplo, MORALES, *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, artículo 1.486, pág. 961. Estamos por tanto ante un argumento más para haber extendido el régimen específico del saneamiento para el consumidor a la totalidad de los contratos de compraventa (*supra* I).

minar cuándo una opción es imposible o desproporcionada es lo que más problemas plantea, puesto que el comprador tiende a pedir la sustitución por un bien nuevo desconfiando de la posible reparación del que tiene, y el vendedor a preferir la reparación, puesto que casi siempre le será menos costosa que la sustitución. Tal problemática se da especialmente ante bienes con un precio de cierta entidad, puesto que si es bajo, el coste de la reparación será similar al de la sustitución y las discusiones en este sentido apenas se plantean. Debemos centrarnos por tanto en determinar cuándo una de las dos opciones es imposible o desproporcionada.

2. Respecto a la imposibilidad, ésta debe ser absoluta y objetiva, lo que puede ocurrir porque según el estado de la técnica del momento, la reparación no es factible, o por la naturaleza de determinados bienes, que es incompatible con alguna de las dos opciones. Así, por ejemplo, en los bienes fungibles la sustitución es muy sencilla, pero con los no fungibles en cambio imposible. Verbigracia las obras de arte, caballos de carreras, antigüedades, modelos exclusivos, etc. Tampoco parece que puedan ser sustituidos los bienes de segunda mano, puesto que el distinto uso de los mismos, pese a pertenecer a una misma categoría, los hace individuales, de forma que al consumidor no le da lo mismo aceptar uno u otro, porque las cualidades que conservan uno y otro serán distintas. Así se recoge expresamente en el artículo 120.g) LDCU. Ciertamente, cabe un arreglo extrajudicial entre comprador y vendedor sustituyendo un bien por otro, incluyendo incluso una compensación económica. Pero esto requiere el consentimiento de ambas partes, ya que no se le puede obligar al consumidor a aceptar un bien del mismo género y de segunda mano pero que ha sido usado durante distinto tiempo y manera. De la misma forma que pueden resolver las desavenencias contractuales por los medios que estimen oportuno sin necesidad de acudir a los Tribunales o al arbitraje de consumo. Pero la sustitución, sin más, de uno por otro, es imposible (58). Así por ejemplo, en coches de segunda mano, se considera imposible la sustitución de un coche por otro, debido a que los kilómetros de uno y otro son distintos, el estado del motor también, el modelo, la carrocería, etc. (59). En el caso de la reparación, deberá entenderse que es imposible cuando los técnicos así lo acrediten, o cuando ya ha habido algún intento de reparación y ha resultado infructuoso (*ex art. 120.d LDCU*) (60). No se puede exigir que el consumidor esté expuesto a sucesivas reparaciones cuando la anterior no ha resuelto el problema y por ello se tienen serias dudas de que pueda hacerlo

(58) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 219-220; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, págs. 613-614. Con algunas reservas, AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 332-333.

(59) SAP de Barcelona, de 22-2-2008, AC 660/2008.

(60) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 372.

ahora (61). La frustración del intento de saneamiento no le es imputable, por lo que no tiene que soportar las consecuencias ni unas molestias mayores.

Es la propia ley la que exige que la imposibilidad sea objetiva, por lo que si es meramente subjetiva, esto es, si es el concreto vendedor el que no puede llevar a cabo la reparación o la sustitución pero sí otros, se deberá satisfacer la opción del consumidor. Este vendedor concreto deberá acudir a un tercero que le repare el bien o que le entregue otro igual para poder proceder a la sustitución (62).

3. El segundo elemento que impide la elección del consumidor es que una de las dos alternativas sea desproporcionada con respecto a la anterior. En concreto, el artículo 119.2 LDCU considera «desproporcionada la forma de saneamiento que en comparación con la otra, imponga al vendedor costes que no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario». Por tanto, en primer lugar, se quiere hacer referencia al coste económico que supone para el vendedor una opción con respecto a la otra. Generalmente sucederá en los bienes de alto valor que la sustitución suponga un coste fuertemente gravoso para el vendedor, al que le resultará mucho más económica la reparación. Aunque en los bienes de precio reducido normalmente sucederá lo contrario, llegando a ser los costes de la reparación mayores que los del propio bien a sustituir.

Pero no es suficiente para evitar la elección por desproporción que al vendedor le resulte una opción sustancialmente más costosa que la otra, sino que habrá que tener presente qué consecuencias tiene para el consumidor la opción menos costosa para el vendedor con respecto a la otra. Si ciertamente no va a notar apenas diferencia porque el bien se le va a entregar apto para el uso que quería y con una calidad semejante a la pactada, ante la desventaja que para el vendedor supone una vía de saneamiento con respecto a la otra, el comprador perderá su capacidad de elección y se seguirá la opción menos gravosa para el vendedor. Pero si al consumidor esta última vía le supone considerables desventajas con respecto a la otra, por ejemplo, porque es más que dudoso que la calidad del bien sea similar a la esperada una vez saneado el bien, o porque las incomodidades y molestias que le supongan sean relevantes y no las pueda o quiera asumir el vendedor, podrá seguir

(61) Así lo entienden la SAP de Madrid, de 20-6-2008, *JUR* 283.501; SAP de Barcelona, de 18-12-2007, *AC* 334/2008; SAP de Guipúzcoa, de 10-4-2006, *JUR* 156.332/2006. En algunos de estos supuestos, la reparación se ha intentado ya hasta tres veces. Sin embargo, en ocasiones, es el propio consumidor el que insiste en solicitar la reparación incluso aunque el vendedor afirme que es imposible satisfacer así las reclamaciones del cliente. Tal actitud lo único que consigue es prolongar indefinidamente el problema.

(62) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 33-334; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 615.

eligiendo entre las dos alternativas, independientemente de los costes que le supongan al vendedor. En este sentido, hay que otorgar especial relevancia a la entidad del vicio que presenta el bien. Si es sustancial, es posible que la reparación deje al bien mermado con respecto a lo que se espera de un bien nuevo idéntico, por lo que el consumidor podrá elegir independientemente de la diferencia de coste que las opciones tengan para el vendedor (63). Si en cambio no es de especial relevancia, la sustitución será desproporcionada cuando el bien sea de un precio elevado, ya que la reparación dejará al bien muy próximo a su estado óptimo (64).

En los casos en los que la sustitución del bien es imposible y la reparación muy cara para el vendedor, parece que éste no tendrá que resignarse a cumplir la voluntad del consumidor. Así se desprende del artículo 120.f) LDCU, que impide a éste exigir la reparación cuando resulte desproporcionada al vendedor y la sustitución no logre poner al producto en conformidad. Esto, naturalmente, siempre que acredite que el coste es sustancialmente alto y que por ello la reparación resulta inviable en términos de funcionamiento normal de mercado. El consumidor, según el precepto, tendrá que acudir en estos casos a la resolución del contrato o a la reducción del precio.

4. Si fueran posibles las dos vías de saneamiento por no resultar ninguna de ellas ni imposibles ni desproporcionadas, corresponde al consumidor comunicar al vendedor por cuál de las dos opta, y desde este momento, la elección vincula a ambas partes (art. 119.1 LDCU). Es decir, que tampoco el consumidor puede alterar su decisión en cualquier instante, lo que atentaría contra la buena fe contractual que exige no tener a la contraparte pendiente durante largo tiempo de tu decisión ni tampoco de los posibles cambios que puede haber en ella. Hay que partir de que desde la comunicación el vendedor habrá podido comenzar con el saneamiento y haber realizado gestiones y gastos para su buen fin, por lo que resulta inadmisibles que luego tenga que asumir estos costes por cambio de voluntad del consumidor. El precepto no indica ninguna forma especial por la que se tenga que comunicar al vendedor esta decisión, así que basta que se haga verbalmente. Pero si el vendedor luego indica que se le pidió que hiciera una cosa y el consumidor niega que se hubiera producido aún comunicación alguna sobre la opción, tendrá que ser el vendedor el que pruebe que ésta tuvo lugar, al tratarse de un hecho positivo (art. 217 LECiv.), por lo que conviene a este

(63) La SAP de Las Palmas, de 3-10-2005, no entiende desproporcionado que el comprador de una furgoneta que presenta importantes corrosiones pida la sustitución de la misma, puesto que la relevancia del daño es muy alta.

(64) Sobre la proporcionalidad, véase CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, pág. 222 y sigs.; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 615; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 334 y sigs.; FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, en TOMILLO, *Práctica arbitral de consumo*, pág. 262.

último hacer lo posible por que quede constancia de cuál ha sido la opción del consumidor.

Sólo si el intento de reparación o sustitución del bien ha resultado baldío, esto es, no ha conseguido restablecer la conformidad del bien, el consumidor podrá volver a optar por la otra alternativa, siempre que no resulte desproporcionada según los criterios antes vistos. Pero además de poder optar por la otra vía, tendrá ya abierta, si lo prefiere, la posibilidad de exigir la resolución del contrato o la reducción del precio (art. 120.d y f LDCU), equiparándose esta frustración con la imposibilidad de llevarse a cabo (*supra* punto 2) (65). Lo que en ningún caso puede el vendedor es tratar de obligar al comprador a aceptar un nuevo intento de saneamiento utilizando la misma vía, puesto que no le es en absoluto imputable que ésta haya fracasado.

La reparación o sustitución serán totalmente gratuitas para el consumidor. Todas las operaciones y gastos variados que produzca correrán a cargo del vendedor. El artículo 120.a) LDCU lo menciona expresamente haciendo una referencia especial a los gastos de envío, la mano de obra y los materiales, en tanto que gastos típicos de la reparación o sustitución, pero incluyendo también cualquier otro de distinta naturaleza. La gratuidad resulta lógica y habría que llegar a la misma conclusión aunque no se dijera expresamente, puesto que la finalidad del saneamiento es que el consumidor debe quedar en una situación patrimonial idéntica a la que se hubiera producido si el bien era conforme cuando se compró. Igualmente deberán realizarse «en plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario, habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario» (art. 120.b LDCU). Ambas exigencias se derivan también de la buena fe contractual, que obliga al vendedor a sanear y cumplir su obligación de la forma más rápida posible y menos molesta para el comprador. Y en ambos se deben tener en cuenta tanto criterios objetivos como subjetivos, tal y como aclara el precepto.

El plazo razonable tendrá que determinarse desde luego según la naturaleza o complejidad técnica del bien, de las costumbres del sector y de lo que se tarde como media aproximada en ese mercado por cualquier vendedor en el arreglo de ese defecto. Pero aunque se cumplieran tales criterios, si resultare que ese plazo fuese tardío atendiendo a las circunstancias y necesidades subjetivas del consumidor, entonces el plazo deja de ser razonable. Así sucede si éste necesita el bien para una fecha concreta pero según las circunstancias objetivas el plazo razonable sería posterior a tal fecha. Por ejemplo, un vestido de novia, un traje para un evento, o unas mesas para la celebración de un Congreso en determinada fecha, unas gafas o bañador

(65) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 372. En el mismo sentido, SAP de Madrid, de 20-6-2008, *JUR* 283.501; SAP de Barcelona, de 18-12-2007, AC 660/2008; SAP de Guipúzcoa, de 10-4-2006, *JUR* 156.332/2006.

especiales para afrontar una determinada competición deportiva en fecha concreta, etc...

Respecto a los inconvenientes, no se puede pedir al consumidor que colabore en la reparación de una forma desproporcionada teniendo, por ejemplo, que sacrificar durante un tiempo el uso de alguna de las dependencias de su casa porque se le está reparando un electrodoméstico o cualquier elemento de su hogar. Sí se le puede pedir cierta colaboración (entrega de llaves, información sobre el sistema eléctrico, etc.) pero no que sacrifique sus hábitos de vida (tiempo excesivo, etc.). También se entiende por inconveniente que se entregue el bien al consumidor sin satisfacer plenamente sus pretensiones. Pero si esto sucede porque la calidad del bien no se corresponde con la inicialmente esperada cuando se celebró la compraventa, entonces habrá que entender que la reparación ha sido fallida y que se abren de nuevo las otras vías de saneamiento, salvo que la falta de correspondencia sea menor y no mayor como exige la ley, en cuyo caso parece que el consumidor tiene que resignarse a aceptar el bien (66). En tales casos, no podrá acudir a las otras vías de saneamiento entendiendo que el intento ha quedado frustrado, pero sí que podrá exigir que se le reparen tales defectos menores si es posible; y si no lo es, resarcirse de la pequeña devaluación incluyéndola en la reclamación de los daños y perjuicios que la operación le ha provocado *ex* artículo 117.II LDCU y 1.101 y siguientes del Código Civil. De cualquier modo, para concluir si el vicio es «mayor» o «menor», además de a elementos objetivos, habrá que acudir a los subjetivos. Esto es, si el consumidor pretendía usar el producto para una finalidad especial y resulta que el bien presenta un defecto menor para su uso general, pero sustancial para el uso especial para el que el comprador lo quiere, entonces tal defecto deberá calificarse como «mayor» para el caso concreto, quedando abiertos los otros modos de saneamiento y no teniendo que resignarse el consumidor.

3. RESOLUCIÓN DEL CONTRATO O REBAJA DEL PRECIO

1. El carácter subsidiario de estas acciones con respecto a las anteriores se deja claro en el artículo 121 LDCU, que aclara sólo puede reclamarlas el consumidor «cuando éste no pudiera exigir la reparación o sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario». Esto es, que sólo se abre la puerta a ellas si la reparación y la sustitución resultan a la vez imposibles y/o desproporcionados según lo dicho *supra* 2; o si aún

(66) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 241-242; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 346 a 348.

siendo posible alguna de ellas, no se ha realizado en tiempo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor, también según lo dicho *supra* 2. Se aplican así de forma subsidiaria los remedios que con carácter general rigen para la compraventa en general (art. 1.486 CC) (67). Su carácter subsidiario puede justificarse en que la reparación y sustitución es más respetuosa con la voluntad de las partes que la resolución o la acción *quantum minoris*, ya que aquéllas tienden a cumplir el contrato, tal y como se pactó, y éstas a acabar con él o a alterarlo en uno de sus elementos esenciales, como lo es el precio.

Al igual que en las formas de saneamiento principales, también corresponde al consumidor optar por una u otra, lo que deberá hacerse de la misma forma que para aquéllas. No obstante, también aquí hay un límite a esa libre elección, puesto que la resolución no procede si «la falta de conformidad es de escasa importancia», lo que deberá apreciar en última instancia el juez atendiendo a parámetros tanto objetivos como subjetivos. Nótese que no se exige que la falta de conformidad sea grave o esencial para poder acceder a la resolución, como se hace para la acción de resolución general del Código Civil, sino que su exclusión sólo cabe cuando es leve. Es un matiz importante porque entre lo grave y lo leve existirán vicios intermedios que no excluirán la posibilidad de resolución, solución que es más acorde con la defensa de los intereses del consumidor (68). En principio, deben considerarse defectos de escasa importancia los que se refieren a la presentación externa del bien, como el embalaje, adornos, piezas accesorias, etc. (69). Para todo lo demás sobre el ejercicio de esta acción, habrá que aplicar los preceptos que sobre la misma contempla el Código Civil, puesto que la LDCU no prevé ninguna especialidad más (70).

2. Para el supuesto en el que el consumidor opta por la reducción del precio, lo que normalmente sucederá cuando piense que el bien le sigue siendo útil pese al vicio, el artículo 122 LDCU establece que dicha reducción «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 mo-

(67) Se cumplen los presupuestos y se admite por eso la resolución o la reducción del precio en SAP de Madrid, de 20-6-2008, *JUR* 283.501; SAP de Barcelona, de 18-12-2007, AC 334/2008; SAP de Barcelona, de 22-2-2008, AC 660/2008; SAP de Guipúzcoa, de 10-4-2006, *JUR* 156.332/2006.

(68) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 249-250; BUSTO LAGO/ÁLVAREZ LATA/PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, pág. 617. Véase, no obstante, AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 374-375.

(69) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 375.

(70) Sobre los mismos, MORALES, *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, artículo 1.486, pág. 959 y sigs.

mento de dicha entrega». Es una copia exacta del artículo 50 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercancías, y tampoco se aleja del artículo 1.486 del Código Civil, que habla de reducción proporcional del precio (71). En cualquier caso, en muchas ocasiones será problemático determinar el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el momento de su entrega, y por ende, será difícil concretar la diferencia. Aunque la LDCU no diga nada expresamente, habrá que acudir a los dictámenes de peritos, tal y como pide el artículo 1.486 del Código Civil para esta acción en el régimen general de saneamiento, al que además habrá que apelar para todas las demás cuestiones que no se encuentran expresamente contempladas en el régimen especial del consumidor.

4. RECLAMACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

1. Finalmente, independientemente de la forma de saneamiento que se haya practicado, el consumidor podrá reclamar al vendedor los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad (art. 117.II LDCU). Esta opción se da así para cualquier supuesto, siendo mucho más generosa que la contemplada por el artículo 1.486 del Código Civil para el régimen general de saneamiento, que sólo la acepta «si el vendedor conocía los vicios o defectos de la cosa vendida» y se opta por la resolución (no junto a la *quantí minoris*). La reclamación deberá articularse a través de los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil, que regulan la responsabilidad por incumplimiento de contrato, y aunque el artículo 1.486.II del Código Civil hable también de daños y perjuicios para el régimen general de saneamiento, habrá que excluir que la remisión se refiera a esa mención, puesto que el artículo 117.I LDCU declara sus acciones incompatibles con las derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa (72).

Debemos así acudir a los artículos 1.101 y siguientes del Código Civil para articular esta reclamación. El único aspecto negativo de la compatibilidad de este régimen con el de las acciones derivadas de la garantía legal en compraventas de consumo, es que resulta ilógico aunque cierto, que las acciones para corregir la falta de conformidad prescriban a los tres años desde la entrega del producto (art. 123.3 LDCU), mientras que la de indemnización de daños y perjuicios lo haga en el de quince años por no contemplarse en

(71) Entiende que este mismo parámetro debe aplicarse en el artículo 1.486 del Código Civil, MORALES, *Comentario del Código Civil del Ministerio de Justicia*, artículo 1.486, pág. 960.

(72) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 267 a 270; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 414 a 416.

la LDCU un plazo específico para la misma, incoherencia que se debería subsanar (73).

En todo caso, resulta muy positiva para el consumidor la compatibilidad de ambas acciones, puesto que le permitirá reclamar los daños y perjuicios que la reparación, la sustitución y la resolución le hayan podido causar. Así por ejemplo, resarcirse del tiempo durante el que no ha podido disfrutar del bien; el tiempo perdido en viajes, comunicaciones, etc...; los inconvenientes menores de una reparación, o la depreciación del valor del bien que se ha visto obligado a aceptar a consecuencia de la reparación (*supra* 1).

5. LA ACCIÓN CONTRA EL PRODUCTOR

1. Junto a los remedios mencionados en los números anteriores, el artículo 124 de la LDCU otorga al comprador la posibilidad de accionar de la misma manera contra el productor del bien y no sólo contra el vendedor, lo que resulta positivo porque en muchas ocasiones le es más fácil dirigirse contra éste que contra el establecimiento del vendedor. Debe reseñarse además que la Directiva 44/1999/CE no obligaba a los Estados miembros a incorporar esta acción, por lo que debe alabarse la actitud de nuestro legislador, que además podrá ahorrar la posible acción de repetición que el vendedor tuviera contra el productor en casos en los que la falta de conformidad le fuera imputable a éste (74). Téngase además en cuenta que según el artículo 5 LDCU, productor no es sólo el fabricante del bien o el prestador del servicio, sino también su intermediario, el importador del bien o servicio en 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». Esto es, que se engloba a muchas personas que no tienen tal condición desde el punto de vista económico, coloquial o para otros ámbitos jurídicos.

Para que el consumidor pueda reclamar al productor por la falta de conformidad del bien, a éste le debe resultar «imposible o suponer una carga excesiva dirigirse frente al vendedor». No cabe por tanto una reclamación contra ambos a la vez, sino que la pretensión contra el productor es subsidiaria con respecto a la del vendedor, si bien el presupuesto para acudir a ella

(73) Lllaman la atención sobre ella, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, pág. 264; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 416.

(74) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 291-292; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 395 a 397.

no es muy exigente. Es el comprador el que debe acreditar que se da este presupuesto, aunque tampoco le resultará excesivamente gravoso. Se dará, por ejemplo, si el vendedor está en situación concursal; o si por cualquier otra razón ha cerrado el establecimiento donde el consumidor adquirió; o si los costes de acudir al vendedor son más elevados que los de reclamar al productor, por ejemplo, porque éste está actualmente más próximo geográficamente que el vendedor al haberse adquirido el bien en otro lugar (incluso en el extranjero) y tener en cambio al productor en otro más cercano y en su propio país. Mención especial merecen los supuestos en los que por aplicación del artículo 116.d) LDCU, el vendedor queda eximido de la responsabilidad aunque no el productor (75) (*supra* II, 2 *in fine*).

2. En cuanto a la forma de subsanar la falta de conformidad, el productor sólo puede hacerlo a través de la reparación o la sustitución, pero nunca resolviendo el contrato de compraventa ni reduciendo el precio. La razón es que al no ser él parte del contrato de compraventa no está legitimado para alterar nada del mismo, tal y como implícitamente se reconoce en el artículo 124.1 LDCU, que circunscribe la reclamación contra el productor a la «sustitución o reparación del producto» (76). Nada se dice con respecto a la posible reclamación de los daños y perjuicios que la falta de conformidad le ha supuesto, pero varios son los indicios que apuntan en sentido afirmativo. En primer lugar, que la acción contra el productor se plantea como idéntica a la que se tiene contra el vendedor, salvo para aquello que expresamente se reconozca diferente. En este sentido, el artículo 124 LDCU no la excluye, por lo que debe entenderse que concurre. Además, cuando el defecto del bien o servicio sea imputable al productor, resultarán en todo caso de aplicación los artículos 128 y siguientes LDCU sobre responsabilidad civil por productos defectuosos, o en su caso, el régimen general de responsabilidad extracontractual del artículo 1.902 del Código Civil, que permiten directamente al consumidor tal reclamación (77). Y si el defecto no es imputable al productor, sino al vendedor, aquél tendrá un derecho de regreso contra éste para exigirle todo lo que ha tenido que pagar, y como el vendedor responde de los daños y perjuicios, debe entenderse que el productor también, ya que está legitimado para repetirlos contra el vendedor (art. 124.III LDCU).

(75) Sobre los casos que abren la vía de la reclamación contra el productor, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 296-297; AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 397-398.

(76) AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, pág. 404. No considera aceptable tal limitación, en cambio, CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 296-297.

(77) Argumentos sostenidos por CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 299 a 301.

En todo lo demás, los plazos y condiciones en los que responde el productor son exactamente las mismas en las que responde el vendedor. Por tanto si en un proceso previo el consumidor se ha dirigido contra el vendedor alegando que había falta de conformidad y ésta no prospera, no podrá después abrir una nueva reclamación contra el productor, ni tampoco viceversa. La razón es que los hechos del *petitum* de la reclamación ya han sido conocidos por otro órgano jurisdiccional o arbitral y constituyen por tanto cosa juzgada. Sólo cabe abrir un nuevo proceso si los fundamentos de la demanda no hacen responder al vendedor, pero sí podrían hacerlo al productor, lo que únicamente ocurre en los casos del artículo 116.d) LDCU.

Sea como fuere, el que haya tenido que responder frente al consumidor, esto es, el vendedor, el fabricante o prestador del servicio, su intermediario, el importador o el que haya hecho constar su nombre o cualquier signo distintivo en el bien o servicio, tendrá un año desde que se ha completado el saneamiento para repetir contra el auténtico responsable de entre todos ellos (art. 124.III LDCU) (78). Podrá incluir en su petición el importe y/o gastos exactos del saneamiento más los intereses legales por el tiempo transcurrido desde que éste se produjo.

RESUMEN

SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR

Por más que no sea lo ideal, existen hoy dos regímenes paralelos de saneamiento por vicios ocultos: uno aplicable cuando el vendedor es empresario y el comprador consumidor, que existe desde que se transpuso la Directiva 1999/44; y otro para el resto de los casos. En el artículo se estudian las diferencias que presenta el primero de ellos, de reciente creación, con respecto al segundo. Se analizan las novedades y avances que ha aportado y las dificultades prácticas que

ABSTRACT

OBLIGATION TO MAKE GOOD HIDDEN DEFECTS CONSUMER PROTECTION

It may not be ideal, but there are today two parallel procedures for getting hidden defects made good. One is applicable when the seller is a businessperson and the buyer is a consumer; this exists since Directive 1999/44 was transposed. The other is for all other cases. The differences between the recently created first procedure and the second are looked at in this article. The new features and strides forward contributed by the new procedure and the practical difficulties

(78) CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, págs. 303-304, excluye del regreso a los intermediarios que participan en la cadena de distribución, pero en tanto éstos tienen la condición de productores según el artículo 5 LDCU, tal exclusión se nos antoja injustificada. En este sentido, afirma que cabe regreso en estos casos, AVILÉS GARCÍA, *Los contratos de compraventa de bienes de consumo*, págs. 400-401.

se han detectado en su aplicación en estos años. Se relativiza lo novedoso del concepto de «conformidad» y se estudian las consecuencias que acarrea su falta, centrándonos en la reparación y sustitución por no existir como soluciones en el régimen general de saneamiento. Por lo mismo, se define cómo y con qué extensión puede el consumidor dirigirse contra el productor.

that have been detected in the procedure's application over the last few years are analyzed. The novelty of the concept of «approval» is cast in a relative light, and the consequences ensuing upon lack of approval are studied, focusing on repair and replacement, whereas they do not exist as solutions in the general procedure for making good hidden defects. The general procedure defines how a consumer can take action against the maker and what scope that action can have.

(Trabajo recibido el 9-10-2009 y aceptado para su publicación el 7-12-2009)