

La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE (1) del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo (2)

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LA MATERIA REGULADA EN LA DIRECTIVA: LAS «GARANTÍAS»: 1. Los PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA: 1.1. *Los presupuestos objetivos*: 1.1.1. Contratos excluidos e incluidos. 1.1.2. El objeto del contrato. 1.2. *Los presupuestos subjetivos*. 2. LAS LLAMADAS «GARANTÍA LEGAL» Y «COMERCIAL».—II. LA GARANTÍA LEGAL: 1. LA FALTA DE CONFORMIDAD CON EL CONTRATO: 1.1. *La «falta de conformidad» con el contrato y la falta de seguridad*. 1.2. *La noción amplia de defecto: la falta de conformidad con el contrato*: 1.2.1. Falta de conformidad y entrega de cosa distinta de la convenida (*aliud pro alio*). 1.2.2. La dimensión subjetiva de la falta de conformidad: la ineptitud de la cosa para el uso particular requerido por el consumidor. 1.2.3. La dimensión temporal del concepto de defecto: su existencia ya en el momento de la entrega. 2. EL SUJETO RESPONSABLE. 3. Los REMEDIOS LEGALMENTE PREVISTOS PARA LA «PUESTA EN CONFORMIDAD» DE LA COSA VENDIDA CON EL CONTRATO: 3.1. *Los remedios primariamente elegibles por ser compatibles con la conservación del contrato: la reparación y la sustitución por otra de la cosa defectuosa.*

(1) El presente trabajo constituye un estudio exegético de la Directiva 99/44/CE. La aproximación dogmática la realizo en mi trabajo «La incorporación de la Directiva 1999/44/CE... por la Ley alemana de Modernización del Derecho de obligaciones», que se publicará dentro del *Libro Homenaje* al Profesor Díez-Picazo coordinado por los Profesores Morales Moreno y Miquel González.

(2) Diario Oficial de las Comunidades Europeas, L 171, de 7 de julio de 1999, págs. 12 a 16.

3.2. *La subsidiariedad de los remedios tradicionales del saneamiento: la «reducción adecuada del precio» y la «resolución» del propio contrato.* 3.3. *La irrenunciabilidad de los remedios previstos en la regulación comunitaria.* 3.4. *Otros posibles recursos del comprador.* 4. LA CUESTIÓN DE LOS PLAZOS: EL PLAZO DE DURACIÓN DEL DERECHO, EL PLAZO DE RECLAMACIÓN Y EL PLAZO DE DENUNCIA DEL DEFECTO: 4.1. *El plazo de duración de la garantía.* 4.2. *El plazo de reclamación o de ejercicio de las acciones derivadas del derecho a la garantía.* 4.3. *El plazo de denuncia del defecto como condición de admisibilidad del ejercicio del derecho.* 5. EL FOMENTO DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA GARANTÍA.

INTRODUCCIÓN

Al igual que las precedentes en materia de **contratos negociados fuera de los establecimientos comerciales (3), crédito al consumo (4), cláusulas abusivas (5) y contratos a distancia (6)**, es ésta asimismo una Directiva relativa al contrato y, más concretamente, al contrato celebrado con consumidores, si bien con la particularidad de que, mientras aquéllas pretenden proyectarse sobre el contrato en general, atañe esta última, en cambio, a un específico tipo contractual, la **compraventa** de bienes de consumo.

Es por ello que su ámbito coincide, en principio, con el de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (7), que —como se verá— le ha servido sustancialmente de modelo. Ahora bien, de otra parte, ambas regulaciones difieren en aspectos significativos:

- De entrada, pese a haber sido ambas pensadas para las compras transfronterizas, sólo en la CV el carácter internacional de la compraventa constituye requisito de aplicación, dado que la misma se declara exclusivamente aplicable a la compraventa de mercaderías entre partes que tengan sus establecimientos en Estados diferentes (art. 1.º C). No figura, en cambio, tal restricción en la Directiva que aquí nos ocupa, pese a haber sido dictada a impulsos del propósito de posibilitar que los consumidores residentes en un Estado miembro puedan adquirir

(3) Es la Directiva del Consejo de las CEE 85/577, de 20 de diciembre de 1985 (DOCE, núm. L 372, de 31 de diciembre).

(4) Es la Directiva 87/102/CEE, de 22 de diciembre de 1986 (DOCE, L 42, de 12 de febrero de 1987), modificada posteriormente por la Directiva 90/88/CEE, de 22 de febrero de 1990.

(5) Es la Directiva 93/13/CEE, del Consejo, de 5 de abril de 1993 (DOCE, L 95, de 21 de abril).

(6) Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997 (DOCE, L 144, de 4 de junio).

(7) Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (BOE, núm. 26, de 30 de enero de 1991). La citamos en adelante como CV.

(comprar) bienes de consumo en el territorio de otro Estado miembro con arreglo a un conjunto mínimo uniforme de reglas equitativas (8). Aun así, la ausencia de la indicada acotación subjetiva determinará que la Directiva sea aplicable, una vez incorporada al Derecho interno de los Estados miembros de la UE (9), tanto a las compraventas transfronterizas como a las celebradas entre los nacionales de un mismo Estado miembro, lo que acarreará la consiguiente y necesaria adaptación a ella del Derecho Civil español (10).

- Existe otra diferencia significativa en cuanto al ámbito subjetivo de ambos textos: mientras que el Convenio de Viena se ciñe a la compraventa mercantil (11), la Directiva regula, en cambio, una netamente

(8) Cfr. Cdo. 2.º de la Directiva.

(9) La fecha límite prevista para su incorporación al Derecho interno de los Estados miembros era el 1 de enero de 2002. No obstante, aun en este momento (fines de julio de 2002), existen datos que indican que el legislador español, además de haber incumplido el preceptivo plazo de incorporación, va a demorarse más todavía en trasponer la Directiva. Si bien existe ya una iniciativa de transposición en fase de anteproyecto (se trata de un anteproyecto emanado de la Dirección General de Política Legislativa del Ministerio de Justicia), un reciente Proyecto de Ley de reforma de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (Ley 7/1996, de 15 de enero) deja entrever que no hay siquiera prevista una fecha para proceder a la incorporación de la Directiva 99/44/CE. En efecto, la Disposición Final 1.ª del referido Proyecto (cfr. *BOCG*, Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 97-1, de 14 de junio de 2002) mantiene en vigor el régimen de garantía previsto en el artículo 11 LGDCU y en el artículo 12 LOCM, en tanto o hasta tanto no entre en vigor la norma que trasponga al ordenamiento jurídico español la Directiva sobre garantías de los bienes de consumo en el contrato de compraventa.

(10) Puesto que —como indicamos *infra* en esta misma **Introducción** y en nuestro trabajo sobre la Ley alemana de Modernización del Derecho de obligaciones (cit. *supra* nota 1)— al regular la cuestión de la garantía en la venta de consumo ahora en la Directiva una particular concepción del incumplimiento contractual, un sector cualificado de nuestra doctrina se muestra, por ello, partidario de proceder a su incorporación con el mismo alcance que en Alemania (así, MORALES MORENO, *Adaptación del Código Civil...*, cit. *infra* en nuestra nota 14, y CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva...*, págs. 11 y sigs., cit. en nuestra bibliografía). Esa opción habría de comportar no sólo la modificación de la regulación de la venta de consumo, sino asimismo la reforma de las normas del Código Civil sobre la compraventa ordinaria y sobre el incumplimiento obligacional. No obstante, no parece ser ése el camino que va a seguir el legislador español, puesto que el referido Anteproyecto del Ministerio de Justicia (cfr. nota anterior) se limita a verter el contenido de la Directiva en la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, modificando para ello sus artículos 8.1 y 11, y añadiéndole cinco nuevos artículos (los arts. 1 Ibis a 1 Isexties).

(11) No sólo por la cualidad de comerciante presupuesta en el comprador y el vendedor (cfr. art. 1.1 y 1.2 CV), pese a que el artículo 1.3 dice prescindir de dicha cualidad, sino asimismo por el propósito con que el comprador realiza la compra [cfr. art. 2.a) CV, que excluye de su ámbito de aplicación las compraventas de «mercaderías compradas para uso personal, familiar o doméstico...»]. Confirma esa aplicación de la CV sólo a las relaciones entre comerciantes MORALES MORENO (cfr. MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, «Comentario del artículo 35 CV», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. por Luis Díez-Picazo, Madrid, 1998,

civil (12), como es la celebrada entre un vendedor que contrata «en el marco de su actividad profesional» [art. 1.2.c) Dir.] y un comprador que contrata en tanto que consumidor. Dado que ni la noción de «profesional» coincide exactamente con la tradicional de *comerciante* o *empresario* ni, sobre todo, la actual acepción de *consumidor* en el Derecho comunitario se ajusta —a la vista de las últimas Directivas— a la estricta de *destinatario final*, tal y como lo define todavía el artículo 1.2 LGDCU, habremos de volver brevemente sobre ellas.

- Finalmente, difiere también el ámbito objetivo o la extensión de la regulación uniforme que se proponen uno y otro texto legal: mientras que la CV procede a una regulación íntegra del contrato, que fiscaliza desde su *formación* o perfección hasta las consecuencias de su *incumplimiento*, en cambio, la Directiva incide sólo en aquel aspecto de la compraventa donde la Comisión Europea (13) considera que la protección de los consumidores hace más perentoria una regulación uniforme dentro del Mercado Común: el *cumplimiento* por el vendedor de sus obligaciones y, en concreto, de su obligación de entregar una cosa que sea conforme con el contrato celebrado (art. 2.1 Dir.) (14).

pág. 302; contra dicha opinión, vid. en la misma obra, ALFONSO-LUIS CALVO CARAVACA, «Comentario art. 1.º», pág. 54).

(12) Acatando el artículo 326.1.º del Código de Comercio, la propia doctrina mercantil se aviene a reconocer el carácter civil de la compraventa de comerciante a consumidor (vid. por todos VICENT CHULIÁ, FRANCISCO, *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 1996 (9.ª ed.), págs. 538-539). En la jurisprudencia, vid., por todas, en idéntico sentido, la STS de 18 de marzo de 1995, Fto. 2.º

(13) La Directiva tiene su origen mediato en un estudio de la Comisión Europea, que cristaliza en un documento de la serie conocida como «**Libros Verdes**», que acostumbra a servir de base a las Directivas; en este caso, se trata del «*Livre Vert sur les garanties des biens de consommation et les services après-vente*», Bruselas, 15 de noviembre de 1993 [COM (93) 509 final]. Sobre la génesis y tramitación de la Directiva, vid. LETE ACHIRICA, JAVIER, «La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, de 25 de mayo de 1999, y su transposición en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 42, 15 al 21 de noviembre de 1999, págs. 1365 y sigs.; cfr. pág. 1366.

(14) Cfr. Cdo. 6.º de la Directiva: «Considerando que las principales dificultades de los consumidores y la principal fuente de conflictos con los vendedores se refieren a la falta de conformidad del bien con el contrato; que, en consecuencia, conviene aproximar las legislaciones nacionales sobre la venta de bienes de consumo en este aspecto...»

El citado *Libro Verde* (vid. su pág. 88) llega a referirse incluso a una supuesta «obligación de conformidad» del vendedor, categoría que la dogmática tradicional desconoce, pero con la que, sin duda, pretende designar conjuntamente la obligación de entrega y la de garantía o saneamiento de la mayoría de los Códigos Civiles (cfr. arts. 1.461 y sigs. del Código Civil). Recientemente, el Profesor MORALES MORENO confirma ese propósito de síntesis de la noción de *falta de conformidad* y del sistema de remedios previsto para corregirla: «La falta de conformidad es una manifestación más del incumplimiento contractual que da lugar a la aplicación del sistema general de remedios propio del incumplimiento, si bien con las particularidades propias de la naturaleza de la obligación incumplida» (así en su trabajo «Adaptación del Código Civil al Derecho Europeo: la com-

En efecto, guiándonos por los códigos de inspiración francesa, la obligación de garantía regulada en la Directiva no sería una consecuencia del incumplimiento contractual, sino que, precisamente porque se presupone que la obligación de entrega ha sido cumplida, persiguiría corregir un cumplimiento inexacto a través del deber complementario de entregar *como se debía* (15). No obstante, es también cierto que, a la luz de las distinciones doctrinales acogidas por la jurisprudencia europea, no existe en la práctica esa estricta separación entre *vicio* e *incumplimiento* (16). Así, ya desde la Pandectística (17), puntualiza la doctrina continental que, dado que el régimen romano del saneamiento por vicios llevado a los Códigos Civiles se articuló —pese a su aparente generalidad— pensando, en realidad, sólo en la venta de cosa cierta y determinada, debiera ser inaplicable a las ventas de género. Se dice que sólo en el caso de la venta de una cosa cierta y determinada —donde resulta inviable un hipotético compromiso del vendedor a entregar una cosa sin defectos (18)— tiene sentido la existencia del régimen específico del saneamiento, el cual, para el caso de defectos en la cosa vendida, actúa como un remedio causal o corrector del justo equilibrio de las prestaciones, dado que está pensado para descargar al comprador del «riesgo» (19) económico de la falta de correspondencia entre el precio que ha pagado y la cosa que ha recibido.

Se considera, en cambio, que, cuando la cosa vendida no ha sido designada individualmente, sino sólo por su pertenencia a un género, las reglas aplicables para el caso de vicio o defecto o de ausencia en ella de las cualidades pactadas o previstas en el contrato, deben ser, no las especiales del saneamiento, sino —dado que la cosa con defectos o no conforme con el

praventa», que constituye la *Segunda Ponencia* a las *Dotzenes Jomades de Drel cátalá a Tossa*, celebradas en Tossa de Mar el 26 y 27 de septiembre de 2002.

(15) «En el supuesto contemplado por el artículo 1.484 del Código Civil, la obligación de entrega de las cosas vendidas ha sido cumplida por el vendedor, pero el cumplimiento es defectuoso» (así, Díez-PICAZO; cfr. Díez-PICAZO, LUIS, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1996, tomo II, pág. 667).

(16) Sobre el estado de la distinción entre *vicio* e *incumplimiento* en la actual jurisprudencia europea, vid. RANIERI, FILIPPO, *Europaisches Obligationenrecht*, Viena y Nueva York, 1999, págs. 83 y sigs., y asimismo nuestro trabajo (citado en la nota 1) sobre la incorporación de la Directiva 99/44/CE al Código Civil alemán.

(17) Cfr. WINDSCHEID, BERNHARD, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt/Main, 1906, tomo II, §394, pág. 694, nota 20.

(18) En la compraventa de cosa específica, el vendedor sólo puede comprometerse a entregar una cosa individualmente designada «en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato» (arg. ex art. 1.468 del Código Civil), sin ir más lejos, por ser inviable una hipotética promesa de entregar una cosa sin vicios o defectos (cfr. ENNECERUS, LUDWIG, *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 1966 [decimoquinta ed.], tomo II, vol. 2.º, 1.ª parte, pág. 86), pues la cosa puede tenerlos aun sin saberlo el propio vendedor (arg. ex art. 1.485,2 del Código Civil).

(19) Hablamos a estos efectos de «riesgo» en sentido impropio y no técnico.

contrato ha dejado de pertenecer al género pactado (20)— las ordinarias del incumplimiento contractual, que dan derecho al comprador a optar —ya no sólo durante el breve plazo de garantía, sino durante el plazo ordinario de prescripción de las acciones personales— entre el cumplimiento o entrega de otra cosa y la resolución del contrato, con derecho en ambos casos a la indemnización de daños y perjuicios.

No obstante, tal distinción de régimen jurídico para ambas clases de compraventa pierde en la Directiva 99/44/CE, gran parte de su razón de ser. De una parte, porque la disposición comunitaria se declara aplicable a «la venta de bienes de consumo» en general (art. 1.1), sin distinguir si han sido éstos designados individualmente o por su pertenencia a un género (21). Pero, sobre todo, porque —siguiendo en este punto tanto las tesis de los artífices de la Convención de Viena (22) como las de la moderna doctrina europea (23)— ha optado el legislador comunitario por atenuar la distinción tanto conceptual como de régimen jurídico entre el *vicio* y el *incumplimiento* contractual, aplicando a la noción de *falta de conformidad* con el contrato, que —hasta cierto punto— pretende agruparlos a ambos (24), una serie de efectos resultantes de la suma de ambos núcleos de reglas. En efecto, la Directiva, además

(20) En la compraventa de cosas designadas por su pertenencia a un género, puesto que el género o categoría a que la cosa pertenece queda configurado y delimitado en función de las cualidades que se le asignan en el contrato, la ausencia de alguna o algunas de ellas en la cosa entregada puede determinar que ésta no pertenezca ya al género pactado y, por ende, que deba ser reputada cosa distinta (*aliud*) de la prometida, considerándose incumplida entonces la propia obligación de entrega, por lo cual —como se indica en el texto— las reglas aplicables a esa falta de conformidad deben ser las propias del incumplimiento contractual.

(21) Como veremos *infra* en nuestro epígrafe **I, 1.1. (El objeto del contrato)**, aunque la noción *bien de consumo* presuponga la pertenencia a un género o tipo de la cosa en cuestión, no hay que descartar la existencia de bienes de consumo específicos o individuales.

(22) «Heute lässt sich in keinem einzigen Landesrecht eine klare und einfache Unterscheidung von Sachmängeln und Nichterfüllung durchführen. Theorien und Gerichtssentscheidungen sind voll von Komplikationen und Unsicherheit» (así ERNST RABEL, a quien señalamos más adelante en el texto como el principal artífice de la Convención de Viena; vid. su monografía *Das Recht des Warenkaufes*, Berlín y Tübingen, 1967 [reimpresión de la ed. de 1958], tomo II, pág. 283).

(23) Vid. por todos, ZIMMERMANN, quien, de acuerdo con el modelo inglés, defiende la necesidad de un concepto unitario de *incumplimiento* contractual capaz de superar y absorber las —a su juicio— prolijas distinciones del Código Civil alemán y de los códigos continentales en general entre «imposibilidad, mora, lesión del derecho de crédito y la garantía por defectos en la cosa entregada» (cfr. ZIMMERMANN, REINHARD, «Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo», en ZIMMERMANN, REINHARD, *Estudios de Derecho Privado europeo*, Madrid, 2000, págs. 111 y sigs. y, en especial, pág. 123).

(24) Como se verá *infra* en nuestro epígrafe **II, 1.2.1. Falta de conformidad y entrega de cosa distinta de la convenida...**, el legislador comunitario parece haber previsto que sólo los casos más graves de *falta de conformidad* conserven su autonomía como supuestos de incumplimiento contractual propiamente dicho.

de acumular a los remedios tradicionales del *vicio* (la reducción del precio pagado y la resolución del contrato: art. 3.5), otros que, como la reparación o la sustitución por otra de la cosa no conforme con el contrato (art. 3.2), persiguen el cumplimiento del contrato en forma específica, otorga incluso a estos últimos primacía sobre aquéllos, puesto que obliga al comprador a optar primariamente por ellos (art. 3.3).

En cualquier caso, al margen de su adscripción dogmática, que, como decimos, cabalga entre el régimen del *vicio* y el del *incumplimiento* contractual, la obligación de garantía del vendedor se materializa en la llamada *garantía legal*, que es lo que, en definitiva, regula la Directiva y que consiste en el deber del vendedor, independiente de su voluntad, de *sanar* (25) o, más ampliamente (26), de poner la cosa vendida, a través de los indicados remedios, «en un estado que sea conforme al contrato de venta» [arg. ex art. 1.2./) Dir.].

El hecho de que, pese a las expuestas diferencias de ámbito subjetivo y objetivo, haya tomado la Directiva a la CV como principal fuente de inspiración, se explica en función de sus modestos objetivos. Con ella, se ha propuesto el legislador comunitario una regulación, además de provisional —puesto que habrá de ser revisada «A más tardar, el 7 de julio de 2006...» (27) (art. 12)—, poco ambiciosa, en tanto que aspira únicamente a extraer un mínimo común denominador o sustrato (cfr. Cdo. 7.º: «...base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales...») de la regulación de la garantía de los diversos Estados miembros.

(25) Sobre la correspondencia (con leves diferencias de matiz) entre el término castellano *saneamiento* y el internacionalizado a partir del francés, *garantía*, vid. LLÁCER MATAÇÁS, M.ª ROSA, *El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992, pág. 73 y nota 122.

(26) Dado que, como veremos, los remedios previstos en la Directiva para la falta de conformidad son, además de los tradicionales del saneamiento por vicios (art. 3.5 Dir.), otros que, como la reparación o la sustitución por otra de la cosa vendida (art. 3.2 Dir.), persiguen primariamente ponerla «en un estado que sea conforme al contrato de venta» [arg. ex art. 1.2./) Dir.], sin tener que llegar —como ocurre con los remedios tradicionales— a modificar o a extinguir el contrato celebrado (vid. *infra* nuestro epígrafe II, 3. **Los remedios legalmente previstos...**).

(27) Dicha necesidad de revisión se explica porque —como veremos *infra* (en el epígrafe II, 2.) cuando hablemos del responsable a efectos de la garantía— se pondera la posibilidad de sustituir al vendedor, actual responsable frente al comprador, por anteriores partícipes en la cadena de distribución o incluso por el fabricante del bien de consumo vendido (cfr. art. 7 cit. y art. 4 Dir.).

Pero, es más, aun antes de la fecha indicada en el texto, está previsto que, «a más tardar, el 7 de enero de 2003...» (art. 5.2.3), se sometan a examen o balance algunos otros extremos de su regulación, como el relativo a la actual carga de denuncia del defecto por el comprador dentro de un determinado plazo (art. 5.2.1), de cuya observancia depende que el comprador mantenga el derecho a reclamar del vendedor (vid. *infra* nuestro epígrafe II, 4. dedicado al plazo).

Pues bien, el legislador comunitario se ha visto descargado incluso del esfuerzo de armonización y síntesis, no sólo porque el mismo había sido ya realizado con anterioridad (si bien al servicio de un objetivo uniformador de más amplio alcance), sino, probablemente, porque contaba ya con el resultado contrastado de la ya citada Ley internacional de Viena. En realidad, el prestigio de la Convención internacional no radica tanto o sólo en su autoridad como ley ya promulgada, sino en la elaboración doctrinal subyacente en su regulación.

En efecto, la Convención de Viena es fruto del esfuerzo personal (28) de uno de los pioneros de la moderna técnica comparatística, a la vez que principal artífice de la unificación internacional del Derecho Privado, el jurista alemán ERNST RABEL (1874-1954). En 1930, RABEL recibió el encargo de un organismo de la Sociedad de Naciones, el Instituto Internacional de Roma para la unificación del Derecho Privado (UNIDROIT) (29), de elaborar un Anteproyecto de Ley internacional uniforme sobre la compraventa, en el que estuviesen representados los distintos sistemas de Derecho occidental, fundamentalmente el sistema continental, liderado por los Derechos alemán y francés, y el *common law* (30). La tarea culminó cuando en 1935 fue presentado a la Socie-

(28) Si bien, como demuestra la nota siguiente, rodeado de un equipo de colaboradores, de tanto prestigio científico posterior como ERNST VON CAEMMERER y WOLF RAISER (para una relación completa de los colaboradores de RABEL, cfr. RABEL, «Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes», en sus *Gesammelte Aufsätze*, tomo III, pág. 525, nota 5).

(29) *Société des Nations. Institut International de Rome pour l'Unification du Droit Privé*. En realidad, los trabajos se habían iniciado ya en 1929 y, además, por iniciativa del propio RABEL, quien transmitió a VITTORIO SCIALOJA, a la sazón Presidente del Instituto de Roma, su preocupación por la necesidad de una regulación internacional uniforme de la compraventa de mercaderías. Por encargo de SCIALOJA, RABEL y su equipo del Departamento de Derecho Privado internacional y comparado de la Universidad de Berlín, realizaron para el Instituto de Roma un informe preliminar que fue presentado a aquél el 21 de febrero de 1929. El informe figura como documento oficial de la Sociedad de Naciones [*Société des Nations, Institut International de Rome, Etude IV (Vente), Doc. I*] entre la recopilación de los escritos de RABEL dedicados al Derecho Comparado y a la unificación del Derecho Privado [cfr. *Ernst Rabel Gesammelte Aufsätze*, Tübingen, 1967, tomo III (*Arbeiten zur Rechtsvergleichung und zur Rechtsvereinheitlichung*), págs. 381 y sigs.].

(30) Sin ir más lejos, evidencia la actualidad del esfuerzo de Rabel su temor al rechazo del proyecto por los representantes del *common law* («...no such law would be ever approved by Great Britain or the United States, no matter how big its merit might be, nor how much it might be based on common law thinking, nor what influence it might exercise in promoting international cooperation»; así, en otro de los documentos publicado en el citado volumen de recopilación de los escritos de Rabel («A Draft of an international Law of Sales», *Ernst Rabel Gesammelte Aufsätze*, tomo III, pág. 613). También en el terreno estrictamente jurídico, se muestra RABEL escéptico respecto al sistema anglosajón, en particular en materia de garantías (así, en su monografía sobre la compraventa, citada *supra* en la nota 22, tomo II, págs. 171, 174 y 179). Como veremos, para superar tanto la reticencia de los representantes de aquel sistema como algunos de sus inconvenientes, cifrará RABEL buena parte de su labor de armonización en establecer correspon-

dad de Naciones un documento que ésta remitió sucesivamente a los Estados miembros como Proyecto de ley (31), pero quedó truncada en 1937 por el forzado exilio de RABEL a los Estados Unidos y, subsiguientemente, por los años consumidos en la II Guerra Mundial y su posguerra. El esfuerzo no fue, sin embargo, estéril: en 1951, ya bajo los auspicios de la ONU, RABEL elevó un nuevo borrador a la Conferencia de la Haya para la Unificación del Derecho Privado (32). Su muerte en 1954 no impidió que la Convención, finalmente aprobada (33) en 1980 (34), se revele como obra inequívocamente suya ni tam-

dencias entre el sistema continental y el del *common law*, para poder así reconducir algunas peculiaridades de éste a instituciones paralelas de aquél (así, por ejemplo, veremos cómo demuestra RABEL que la exigencia anglosajona de la *merchantability* de la cosa vendida se corresponde con su aptitud para el uso normal exigida por el Derecho continental; vid. *infra* nuestra nota 104).

(31) Además de la versión oficial en lengua francesa publicada por la Sociedad de Naciones (1935 *U.D.P. Proj. I*), el propio RABEL publicó una versión alemana con comentarios propios en la revista fundada y dirigida por él mismo y conocida como *Rabelzeitschrift* (*Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, 9, 1935, págs. 1 a 79 y 339 a 363). A partir de esa última versión, elaboró JERÓNIMO GONZÁLEZ una versión castellana, inicialmente publicada en la RGLJ desde diciembre de 1935 a febrero de 1936 y sucesivamente recogida entre la recopilación de escritos de estudios de este último autor (cfr. GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, JERÓNIMO, *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1948, tomo III, págs. 18 y sigs.).

(32) El esfuerzo investigador y de síntesis realizado por RABEL, tanto para la redacción del Proyecto presentado por la Sociedad de Naciones como para el borrador elevado a la Conferencia de La Haya, quedó asentado en una amplia y prolija monografía, *Der Warenkauf*, cuyos dos volúmenes son prácticamente coetáneos tanto del Proyecto como del posterior borrador: el primer tomo se publicó en 1936, un año después de haber sido elevado el Proyecto a la Sociedad de Naciones; el segundo fue concluido por RABEL coincidiendo con la presentación del borrador a la Conferencia de la Haya, aunque no fue publicado por sus colaboradores sino en 1957, ya después de su muerte (aquí se maneja una edición posterior: Berlín, 1964, tomo I; Berlín, 1967, tomo II).

(33) Tras esa Conferencia de 1951, hubo en 1964, también en La Haya, una sucesiva Conferencia diplomática, de la que surgieron dos Leyes Uniformes (una relativa a la formación y otra al contenido del contrato) que tomaron como modelo los anteriores proyectos de UNIDROIT (y, consiguientemente, de RABEL); SU escasa eficacia se debió a las reservas introducidas por el Reino Unido y los demás países de *common law* (especialmente reacios a adoptar las normas sobre formación del contrato), que consiguieron convertirlas en aplicables sólo en caso de elección de los propios contratantes. En la recta final hacia la aprobación del Convenio de Viena, correspondió el estímulo y dirección de los trabajos a la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil internacional (UNCITRAL), creada por Resolución de la Asamblea General de 17 de diciembre de 1966.

(34) El largo intervalo entre la fecha de reanudación de los trabajos (1951) y la de aprobación de la Convención (1980) se explica a la luz de los avatares explicados con detalle en un artículo de MANUEL OLIVENCIA (cfr. OLIVENCIA, MANUEL, «La Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1991, págs. 377 y sigs.; cfr. págs. 386 a 394). Su exposición trasluce que, a la tradicional oposición entre los países de *common law* y los de *civil law* (vid. nuestra nota 30), se sumó, tras la Guerra Mundial, la confrontación entre, de una parte, los Estados de econo-

poco que, a través de ese texto legal, su influencia se deje sentir en ulteriores intentos de armonización de las regulaciones nacionales de la compraventa, tales como la Directiva europea sobre garantías que aquí nos ocupa.

Es por ello que, pese a las limitaciones propias de una obra de Derecho comparado, la monografía de RABEL (35) ayuda a interpretar o llenar de contenido algunos de los conceptos esenciales de la Directiva, sustancialmente, como veremos, el de *falta de conformidad* con el contrato o defecto de la cosa vendida que activa la obligación de garantía o saneamiento del vendedor.

I. LA MATERIA REGULADA EN LA DIRECTIVA: LAS «GARANTÍAS»

1. LOS PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA

Tal y como acostumbran a hacer las Directivas (36), antes de abordar la materia regulada, delimita ésta también su ámbito de aplicación a través de un glosario de términos que deja establecido de antemano el alcance con que deben ser interpretados los conceptos clave de la subsiguiente regulación.

1.1. *Los presupuestos objetivos*

La delimitación objetiva, que gravita en gran medida sobre los parámetros en su día trazados por la Convención de Viena [comp. art. 1.2.b) y 1.4 Dir. y art. 2.b) a f) CV], reposa sobre dos conceptos: los contratos a los que la Directiva se declara aplicable o inaplicable y, en caso de serles aplicable, los bienes objeto del contrato.

mía colectivista y los de libre mercado y, de otra, el conflicto, aún más enconado, entre países desarrollados y países en situación de desarrollo o subdesarrollo. Mientras que los primeros, en tanto que industrializados y exportadores, tendieron durante la discusión del Convenio a reforzar la posición del vendedor, los segundos, en tanto que potenciales importadores o compradores, hicieron lo propio desde el punto de vista de la parte compradora (cfr. OLIVENCIA, pág. 393). En última instancia, el conflicto radicaba en que los países de este último grupo, muchos de los cuales ni siquiera eran Estados independientes antes de la II Guerra Mundial, se resistían a aceptar un Derecho uniforme en cuya elaboración no habían participado (cfr. *loe. cit.*, pág. 387).

(35) Vid. nota 22.

(36) Así, por ejemplo, entre las relativas al contrato, la Directiva de 5 de abril de 1993 sobre cláusulas abusivas (art. 2.º), la Directiva de 26 de abril de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en los contratos de adquisición de derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido (art. 2.º) y la Directiva de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia (art. 2.º).

1.1.1. Contratos excluidos e incluidos

* Presupuesto que es ésta una Directiva aplicable a la venta, hay, sin embargo, una categoría de ventas excluidas: las otorgadas ante el juez de resultas de un embargo o de cualquier otro proceso de ejecución [art. 12.b) Dir.], ordinario o extraordinario (37). La exclusión se justifica por la dificultad de señalar a un legitimado pasivo: la falta de conformidad de la cosa con el contrato no puede ser imputada ni al acreedor ejecutante (38), dada su falta de relación con la cosa, ni tampoco al titular del bien ejecutado, ya que, al ser decretada por el juez, la enajenación se realiza prescindiendo de su voluntad (39).

* En contrapartida, se incluyen modalidades contractuales de las que derivan, además de las prestaciones propias de la venta, otras propias del contrato de obra: los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse (art. 2.6). La extensión del régimen de garantías de la compraventa a tales contratos (que, en nuestro Derecho, se reputan, en cambio, de obra) (40), aunque escasamente justificada, se explica, de nuevo, por influencia de la CV (art. 3.1), guiada, a su vez, en este punto por el

(37) La exclusión es de interpretación amplia y aplicable, por tanto, a toda compraventa realizada en virtud de una medida judicial (cfr. CAFFARENA LAPORTA, JORGE, «Comentario del artículo 2 CV», en *La compraventa internacional...*, cit, pág. 64).

(38) Como indica LARENZ, hacer responder al acreedor ejecutante supondría mermar su satisfacción obtenida conforme a Derecho: «...er solí nicht nachträglich... der von ihm rechtmässig erlangten Befriedigung wegen seiner Forderung wieder verlustig werden...» (cfr. LARENZ, KARL, *Lehrbuch des Schuldrechts*, Munich, 1956, tomo II, pág. 40).

(39) Considerando, en cambio, que, aunque venda la justicia lo hace en nombre del propietario ejecutado (así GARCÍA GOYENA en el «Comentario del art. 1.411 del Proyecto», pág. 753), mantiene el Derecho español la pretensión de saneamiento incluso contra el ejecutado (art. 1.489 del Código Civil). Siendo así, podríamos encontrarnos con la paradójica situación de que, una vez incorporada la Directiva al Derecho español, sea superior la protección del comprador en las ventas civiles ordinarias que en las de consumo. Teniendo en cuenta que la vigente LGDCU carece de tal exclusión (arg. ex arts. 1.2 y 11) * y, sobre todo, que la regulación comunitaria en materia de consumo es siempre de mínimos (arts. 1.1 y 8.2 Dir.), quizá fuera conveniente prescindir de ella, no sólo en interés del comprador consumidor, sino en aras del interés general del tráfico, ya que, como argumenta MORALES MORENO, limitar las garantías para el comprador en las ventas judiciales tiene como efecto hacer menos realizables los bienes de los deudores, lo cual, además de perjudicar al concreto comprador, en última instancia, perjudica al sujeto deudor y a sus acreedores (cfr. MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, «Comentario del art. 1.489 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Paz Ares, Díez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, Madrid, 1991, tomo II, pág. 966).

* En cambio, sí prevé la exclusión de las ventas judiciales del régimen de garantía una disposición dictada en aplicación de la LGDCU, el Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de viviendas. Su artículo 1.2 declara al citado Real Decreto inaplicable a las ventas que se efectúen mediante subasta pública judicial o administrativa.

(40) Cfr. BADOSA COLL, FERRÁN, *Dret d'Obligacions*, Barcelona, 1990, pág. 65.

Derecho germánico (cfr. §651 BGB, 1.^a y 2.^a proposición, que somete la figura a las disposiciones del contrato de compraventa) (41).

* Finalmente, hay una delimitación del ámbito de la Directiva que no es explícita, pero que inferimos de su propio silencio: tratándose de un contrato de compraventa (o de suministro de cosa a fabricar), es aplicable el régimen protector del consumidor en ella previsto no sólo si el contrato es de adhesión, sino incluso cuando ha sido negociado (arg. ex art. 7.1, que contrapone las cláusulas predispuestas y los acuerdos con el vendedor).

1.1.2. El objeto del contrato

Reiteradamente, se señala como tal a los «bienes de consumo» [arts. 1.1 y 1.2.a)]. A nuestro entender, tal expresión no designa una especial categoría de bienes, sino que coincide con el concepto legal de bienes muebles de la mayoría de los Códigos Civiles (art. 335 del Código Civil), aunque restringido a los muebles *corporales* (42) [comp. art. 12.¿>) Dir.: «bien mueble corporal» y art. 336 del Código Civil) (43). Ello presupuesto, lo que convierte

(41) La doctrina alemana o bien se limita a justificar la inclusión invocando el indicado precepto de su Código Civil (así RABEL, *Das Recht...*, cit., I, pág. 54) o, como mucho, apunta a la dificultad de distinguir tal modalidad de suministro (*Lieferungskauf*) de la compraventa (así, ESSER, JOSEF, y WEYERS, HANS-LEO, *Schuldrecht*, Heidelberg, 1991, tomo II, pág. 252). Sin entrar en el acierto de una u otra tipificación (obra o compraventa), convendría señalar la improcedencia de imputar al vendedor el defecto en los casos en que los materiales para la producción de la cosa le hayan sido proporcionados por el comprador. De ahí, que el artículo 2.3 Dir. se vea obligado a trasladar a la compraventa reglas propias del contrato de obra, por mucho que las presente como precisión negativa sobre el concepto de *falta de conformidad* de la cosa vendida: «Se considerará que no existe falta de conformidad... si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor» (compárese el precepto transcrito con el art. 1.590 del Código Civil, relativo al contrato de obra).

(42) Incluso dentro de éstos, establece la Directiva una excepción puntual referida a las energías; su artículo 1.2.c) la declara inaplicable a la electricidad. La electricidad es, en efecto, una energía y, como tal, un bien mueble *corporal*, pues, pese a no ser tangible, es perceptible por los demás sentidos (así parece reconocerlo la Ley 37/1992, de 28 de diciembre, que contiene las normas reguladoras del Impuesto sobre el Valor Añadido, cuyo art. 8.1 incluye explícitamente a las energías en la categoría de bienes muebles corporales). Pese a ello, su exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva se explicaría considerando que el contrato que sobre ella se proyecta genera sustancialmente prestaciones de hacer (la electricidad hay que producirla y, subsiguientemente, *servirla* y no meramente *darla*). Ello explicaría asimismo que estén, en cambio, incluidos el agua y el gas envasados, lo que los hace entonces aptos o susceptibles de entrega [*id.* art. 1.2.b) Directiva].

(43) La referida exclusión de los bienes muebles incorporeales se explica por influencia del Derecho anglosajón («Goods» include all chattels personal other than things in action and money, and in Scotland all corporeal movables except money»; así, RABEL, *Das Recht*, cit., I, pág. 55, transcribiendo el artículo 62 de la anterior Ley británica [*Sale of*

a un bien mueble en «*bien de consumo*» no es una cualidad intrínseca (44), sino meramente su aptitud para ser adquirido y utilizado por un consumidor (45), quedando entonces, lógicamente, excluidos de la categoría los llamados *bienes de equipo* (46).

Por lo demás, dado que muchos de los bienes de consumo son cosas fabricadas en serie, la noción parece presuponer la pertenencia de la cosa objeto del contrato a un género o tipo (47) —así lo confirma el hecho de que se haya previsto como uno de los remedios de la falta de conformidad la sustitución de la cosa vendida por otra sin defectos: arts. 1.2.e) y 3.2 Dir.—.

Goods Act] de 1893). Pero, sobre todo, se justifica, porque, siendo los bienes incorporales sustancialmente derechos (por ejemplo, títulos valores; cfr. art. 336), el tipo de defectos que les afecta es antes jurídico (y, por tanto, reconducible al régimen de la evicción o de los gravámenes ocultos) que material o económico y susceptible entonces de ser corregido a través del régimen de las garantías.

(44) A no ser que ciñamos la categoría a los «productos o servicios de uso o consumo común ordinario y generalizado» (art. 2.2 LGDCU y Anexo I del Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, que contiene un Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la LGDCU), pero el propio precepto de la LGDCU —puesto que se refiere a la protección «prioritaria» del consumidor en relación a esos bienes— evidencia que la noción de bien de consumo es más amplia y no se ciñe a ellos, sino —como indicamos en el texto— a todos los susceptibles de ser utilizados por un sujeto que actúa como consumidor.

(45) Así parece confirmarlo el artículo 2.a) de la Directiva 92/59/CEE, de 29 de junio de 1992, sobre seguridad de los productos (*DOCE*, L 228, de 11 de agosto), incorporada al Derecho español por el Real Decreto 44/1996, de 19 de enero: «cualquier producto destinado al consumidor o que pueda ser utilizado por el consumidor...» Vid. además en el mismo sentido, TENREIRO, para quien la noción de «bien de consumo» de la Directiva «...vise ainsi á mieux préciser la définition de consommateur... et non á définir "in abstracto" une catégorie des biens visés par la directive» (cfr. TENREIRO, MARIO, «La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation», en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 1996, págs. 1987 y sigs.; vid. pág. 197).

Ni que decir tiene que, a su vez, tampoco la propia noción de consumidor designa una cualidad personal, sino un comportamiento: «Consumidor es un rol social, en cuanto que nadie es consumidor, sino que se comporta o actúa en determinados ámbitos de su vida como consumidor» (así, ALFARO AGUILA-REAL, JESÚS, *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991, pág. 756).

(46) En nuestro ordenamiento, la categoría *bienes de equipo* no es sólo económica, sino que ha sido asimismo reconocida legalmente; así inicialmente a través de disposiciones meramente administrativas, como la Orden del Ministerio de Hacienda de 12 de enero de 1962, reguladora de la financiación de venta a plazos de bienes de equipo, y, actualmente, a través de la propia Ley de Venta a Plazos (cfr. Exposición de Motivos, párr. 1.º, de la Ley 28/1998, de 13 de julio).

(47) «Es cierto que los bienes de consumo pertenecen por lo general a un género y que el *standard* de sus cualidades o prestaciones se delimita en relación con los bienes del mismo tipo» (así, LLÁCER MATA CÁS, ROSA M.ª, «La responsabilidad del vendedor de cosa defectuosa: la transposición de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Carta mercantil*, julio de 2001, págs. 1 y sigs. y, en especial, pág. 4).

Aun así, no cabe asignar efecto excluyente a dicha presuposición, dado que hay que contar, asimismo, con la existencia de bienes de consumo específicos o individuales a los que también resulta aplicable la Directiva. Es el caso de los «bienes de segunda mano» (cfr. arts. 1.3 y 7.1, 2 Dir.), cuya antigüedad o grado de uso necesariamente introduce un factor diferencial incluso entre los pertenecientes a una misma serie (48).

1.2. Los presupuestos subjetivos

Al igual que la mayoría de las Directivas relativas al contrato [*vid.* en particular el art. 2.bj y c) de la Directiva sobre cláusulas abusivas] (49), presupone ésta también la cualidad de «profesional» en el vendedor [art. 1.2.cj] y la de *consumidor* en el comprador [art. 1.2.a)]. Mientras que la noción de *profesional* no entraña sino una superación o ampliación de la tradicional noción mercantil de «comerciante» o empresario (art. 1.º del Código de Comercio) (50), con la que se pretende incluir a todos los operadores económicos autónomos —estén o no respaldados por una organización empresarial— y, en particular, a los profesionales liberales (51), la noción de «consumidor» tiene en el Derecho comunitario y, por influencia suya, también en la reciente legislación española, un perfil mucho más difuso.

Tanto en esta Directiva como —ya desde 1985— en las citadas en nuestra *Introducción*, la noción tiene antes un contenido negativo que positivo, ya que se define al consumidor como «toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional» [art. 1.2.a)] (52). Tal descripción se pro-

(48) Su carácter específico lo reconoce la propia Directiva, que, si bien no ha trasladado al articulado esa especialidad, alude en su parte expositiva a la imposibilidad de aplicarles el remedio de la sustitución (cfr. Cdo. 16 del Preámbulo de la Directiva).

(49) Vid. las citadas en la **Introducción** de este trabajo.

(50) Ese intento de superación de la vieja idea de comerciante se debe a la doctrina francesa; cfr. MARTY, JEAN PIERRE, «La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine», en *Revue trimestrielle de Droit commerciale et de Droit économique*, 1981, págs. 695 y sigs.; en especial, pág. 700: «les notions d'entreprise et de profession paraissent soit s'opposer, soit ne pas coïncider Elles s'opposeraient en ce que la profession est liée à l'individu alors que l'entreprise tendrait à l'autonomie et constituerait une unité de production économique. Si elles ne se opposent pas, l'entreprise et la profession ne coïncideraient pas dans la mesure où l'organisation, caractéristique de l'entreprise, ne se retrouverait pas pas dans toutes les professions...»

(51) Así, EMPARANZA, ALBERTO, «La Directiva comunitaria sobre las cláusulas abusivas», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1994, págs. 461 y sigs., y, en especial, págs. 463 y 483. En sentido análogo, aunque criticando la excesiva amplitud de la noción de consumidor, VICENT CHULIÀ, *op. cit.*, pág. 64.

(52) Id. *supra* **Introducción**. La primera que incorpora la referida acepción del término «consumidor» es la Directiva 85/577, de 20 de diciembre de 1985, sobre protección

pone ampliar la noción estricta de consumidor como «destinatario final» de bienes o servicios» que recoge todavía nuestra LGDCU de 1984 (53) (art. 1.2 y 1.3). El propósito de la ampliación sería incluir a todos aquellos sujetos que, incluso si no adquieren para sí mismos (esto es, para un uso personal, familiar o doméstico que los hace destinatarios finales o consumidores *strictu sensu*) y ponen el bien a disposición de terceros, lo hacen —además de ocasionalmente— (54), sin revenderlo ni redistribuirlo de otro modo con ánimo de lucro.

De hecho, el borrador de esta misma Directiva contenía una descripción más explícita de la categoría adicional de sujetos a quienes se pretendía proteger, aunque finalmente fue suprimida: «*Consumer means a natural person who purchases a consumer good other than in the course of his trade, business or profession. Natural or legal persons purchasing consumer goods for purposes other than reselling them or making them available to a third party for financial gain shall be considered as consumers when the circumstances and nature of the transaction are such that they are indistinguishable from purchases normally made by consumers*» (55).

Esa noción negativa de *consumidor* como sujeto que actúa con fines ajenos a su actividad profesional es, sin duda alambicada (56). Ello se explica

de los consumidores en contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales. Pero la noción es incluso anterior y está posiblemente inspirada —una vez más— por el Derecho internacional convencional, en este caso, por el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, cuyo artículo 5.1 dispone: «El presente artículo se aplicará a los contratos -que tengan por objeto el suministro de bienes muebles corporales o de servicios a una persona, el consumidor, para un uso que pueda ser considerado como ajeno a su actividad profesional...»

(53) Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984. Con todo, aun siendo, como indicamos en el texto, la noción de «consumidor» de la citada Ley más restrictiva que la comunitaria, la supera por cuanto, a diferencia de las Directivas, considera consumidor tanto a la persona física como a la jurídica (art. 1.2 LGDCU).

(54) Esto es, sin que el acto de distribución se inscriba en el giro de la actividad que, principalmente, les sirve de fuente de ingresos.

(55) Este era el concepto de consumidor del borrador de Directiva redactado por el comité de expertos convocado por la Comisión Europea (*Directorate-General XXIV. Consumers' Policy*). Uno de sus miembros, EWOUT HONDIUS, Catedrático de Derecho Civil y de Derecho Comparado de la Universidad de Utrecht, reproducía el fragmento transcrito en un artículo publicado en la página del *Centro di studi e ricerche di diritto comparato e straniero* (vid. HONDIUS, EWOUT H., «Consumer Guarantees: Towards a European Sale of Goods Act», en <http://www.cnr.it/CRDCS/Hondius.htm> [fecha de consulta, agosto de 2000]).

(56) La ambigüedad de la noción induce a ilustrarla con algún ejemplo. Así (prescindiendo del socorrido caso de quien compra para su vecina o regala a un amigo), se nos ocurre pensar en el profesor universitario que adquiere material de oficina para su departamento y que, en esa adquisición ocasional, puede ser tan lego como el consumidor destinatario final. Vid., además, los ejemplos que propone ALFARO (*op. cit.*, pág. 159 y

por su carácter todavía provisional. Y es que, una vez constatada la insuficiencia de la noción de *destinatario final* y la necesidad de ampliar la protección a quienes sin serlo, pueden, al igual que aquél, encontrarse en una situación de inferioridad técnica o económica al contratar (57) con un profesional, se encuentra todavía en este momento (58) el legislador comunitario barajando la posibilidad —sin llegar a decidirse por ella— de ofrecer también al detallista o al pequeño empresario (59), incluso si actúa en

nota 115) relativos al empresario que adquiere objetos que no tienen que ver directamente con el tráfico al que se dedica, por ejemplo, el carnicero que compra un ordenador o un sistema de alarma para su tienda. En definitiva, como indica LETE ACHIRICA, si bien distanciándose de dicha opción (*loc. cit.*, pág. 1369), se trataría de ampliar la protección a los profesionales no especialistas.

(57) Téngase en cuenta que, en última instancia, el principal acicate de la intervención pública en favor del consumidor fue la corrección de la desigualdad entre contratantes [así se desprende de la propia «Carta de protección del consumidor», cuyo apartado A, b (i), pretende protegerlo contra el «abuso de poder» de su parte contractual, el suministrador del producto o servicio] y, por ello, tarde o temprano, todo contratante deberá ser protegido contra el abuso de posición dominante del suministrador, que, en el ámbito de la relación contractual, acostumbra a ocupar la posición más ventajosa (vid. la citada «Carta», que es la Resolución núm. 543/1973, de 17 de mayo, de la Asamblea Consultiva del Consejo de Europa; transcribe la citada Resolución la obra de EIKE VON HIPPEL, *Verbraucherschutz*, Hamburgo, 1974, págs. 254 y sigs.).

(58) En realidad, el debate aludido en el texto en torno a la posible ampliación de la protección a los consumidores a los pequeños empresarios es bastante anterior a la discusión de esta Directiva 99/44/CE. Se remonta como mínimo a la discusión de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas, a raíz de la cual un Dictamen de 1991, emanado del Comité Económico y Social de la UE, instaba a la Comisión Europea «a que considere en un futuro muy próximo la posibilidad de prohibir las cláusulas abusivas en todos los contratos, *independientemente de que éstos se celebren o no con consumidores, teniendo particularmente en cuenta los problemas experimentados por las PYME*» (vid. el citado Dictamen en el DOCE, C 159, de 17 de junio de 1991).

(59) La noción de «detallista» o profesional que contrata directamente con el consumidor, la contiene la Directiva 90/314/CEE, de 13 de junio de 1990, reguladora de los Viajes Combinados (DOCE, L 158, de 23 de junio). En cuanto a la noción de «pequeño empresario», según indica BADENAS CARPIÓ (BADENAS CARPIÓ, JUAN MANUEL, «Comentario del art. 2.º de la LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 1999, págs. 37 y sigs.; en esp., pág. 87), el único texto de Derecho comparado que la define es el artículo 2.083 del Código Civil italiano, que parece identificarla con la figura del empresario familiar: «Sonó piccoli imprenditori i coltivatori diretti del fondo, gli artigiani, i piccoli commercianti e coloro che esercitano una attività professionale organizzata prevalentemente con il lavoro proprio e dei componenti della famiglia».

Sin llegar a definirla, recientemente nuestra propia legislación ha tenido en cuenta la noción de «pequeño y mediano empresario»; así, la Exposición de Motivos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (vid. la Exposición de Motivos, sección XIX, párr. 6.º, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, que dice regular el proceso monitorio con el fin de que tenga «protección rápida y eficaz el crédito dinerario líquido de muchos justiciables y, en especial, de *profesionales y empresarios medianos y pequeños*»).

calidad de tal (60), la protección hasta ahora dispensada sólo al contratante consumidor (61).

El fin último de la perseguida ampliación sería extender la protección hasta ahora dispensada sólo al consumidor a los pequeños y medianos empresarios, particularmente los del sector de la alimentación y de la hostelería, esto es, a los llamados *profesionales no especialistas*, incluso cuando actúan en calidad de profesionales, pero adquiriendo bienes que no tienen que ver directamente con el tráfico al que se dedican. No obstante, dado que existe todavía discrepancia al respecto entre las propias autoridades comunitarias [concretamente, entre la Comisión Europea, proclive a tal ampliación (62),

Por lo demás, también un autorizado sector de la doctrina española se muestra partidario de hacer al pequeño empresario partícipe de la protección frente a la gran empresa; así, además de EMPARANZA (*op. cit.*, págs. 490, 491 y 494), COCA PAYERAS, MIGUEL, «Aproximación al Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación», en *La Notaría*, núm. 2, febrero de 1998, págs. 37 y sigs.; en esp. págs. 39 y 41.

(60) También TENREIRO (miembro, al igual que HONDIUS, del citado Comité de Expertos de la Comisión Europea; vid. *supra* nota 55) se muestra partidario de la indicada ampliación a favor del pequeño empresario, tanto si contrata al margen de su actividad profesional como en ejercicio de ella: «...même si cette personne est un professionnel et que le bien acheté est destiné à être utilisé dans le cadre de sa profession. Cela couvre aussi bien l'achat d'un ordinateur par un avocat, que l'achat d'une caisse enregistreuse par le propriétaire d'un magasin ou d'un tracteur par un agriculteur» (vid. TENREIRO, *loc. cit.*, pág. 197).

(61) Sobre el estado de la cuestión en el seno de la Comisión Europea, vid. HONDIUS, *loc. cit.*: «The proposed rule strikes a balance between two opposing views which were expressed in the group of experts [vid. *supra* nuestra nota 54]. One view was that not only consumers but small retailers as well should be protected by the directive. Although there was much sympathy for this view, the majority held that it would be very unwise to provide this protection through broadening of the consumer notion...The present text does not blow up the consumer notion, but extends the protection offered consumers by way of analogy...»

(62) Así lo manifiesta la propia Comisión Europea a través de las alegaciones que formuló su representante ante el Tribunal Superior de Justicia de la CE con motivo del caso *Di Pinto* (citamos la aludida STJCE *infra* en la nota siguiente). A tenor de las referidas alegaciones, entiende la Comisión que, cuando se trata de adquisiciones ocasionales como la que suscitó el caso *Di Pinto* (contratación de un servicio publicitario por *Di Pinto* con el fin de vender su empresa), puede el empresario, debido a su inexperiencia, verse tan desprotegido frente a otro profesional como pueda llegar a estarlo el propio consumidor: «La Commission estime qu'un commerçant démarché à domicile en vue de la vente de son fonds de commerce bénéficie de la protection du consommateur instituée par la directive, lorsque cette vente est étrangère à son activité professionnelle normale... la directive [la citada Directiva sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales] a entendu corriger la situation d'infériorité dans laquelle se trouve la personne démarchée vis-à-vis de son démarcheur... Le commerçant démarché serait consommateur si la transaction qui lui est proposée n'est pas au nombre de celles qu'il a l'habitude d'effectuer. En revanche, il serait commerçant au sens de la directive si la transaction entrait normalement dans le cadre de son activité commerciale ou professionnelle. Dans cette situation, il bénéficierait en effet de son expérience professionnelle, de sorte qu'il n'aurait nul besoin de protection».

y el Tribunal Superior de Justicia de la CE, que, aparentemente, la rechaza] (63), han optado por el momento las directivas por esa descripción negativa del concepto, que permite ampliarlo en casos concretos, pero sin establecer taxativamente por ahora qué categorías de sujetos merecerán quedar protegidas en abstracto o genéricamente.

Ahora bien, incluso sin esa posible ulterior ampliación de la protección a los *profesionales no especialistas*, ya en su actual estadio, la noción comunitaria de consumidor como sujeto que, sin ser *destinatario final*, actúa al margen de su actividad profesional ha dejado desfasada (y, por ello, tácitamente derogada) la noción contenida en la vigente legislación española y, en particular, en los artículos 1.2 y 1.3 LGDCU. Concretamente, al disponer este último que «No tendrán la consideración de consumidores o usuarios quienes

Para un comentario de la Sentencia *Di Pinto*, cfr. HANS SCHULTE-NOLKE, en REINER SCHULZE y HANS SCHULTE-NOLKE (eds.) en *Casebook europäischen Verbraucherrecht*, Baden-Baden, 1999; cfr. págs. 153 y sigs. y, en especial, pág. 156.

(63) Ordinariamente, se suele invocar como exponente de ese rechazo a la ampliación del ámbito subjetivo de la noción de consumidor a la ya citada sentencia del TJCE, recaída en el caso *Di Pinto* (asunto C-361/89; la sentencia, que data del 14 de marzo de 1991, está recogida en el *Recueil de la Jurisprudence de la Cour*, 1-1189). No obstante, hemos podido comprobar que la posición del Tribunal Superior de Justicia de la CE es más matizada; en primer lugar, porque reconoce a los Estados miembros libertad para incrementar la protección derivada de las directivas de consumo, incluyendo en ellas a categorías adicionales de sujetos, incluso si son estos profesionales o empresarios (ños. 21 y 23 de la citada decisión). Pero, sobre todo, tal decisión judicial se plantea como posible la protección del profesional a efectos de las adquisiciones de consumo, siempre y cuando la adquisición, aun pudiendo estar relacionada con su actividad profesional o empresarial, no guarde *directa* relación con ella (vid. así, el fto. 15 de la citada decisión): «Il y a lieu, sur ce point, de se référer à l'article 2 de cette directive [Directiva 85/577/CEE sobre contratos celebrados fuera de establecimientos comerciales]. De cette disposition, il résulte que le critère d'application de la protection réside dans le lien qui unit les transactions faisant l'objet du démarchage à l'activité professionnelle du commerçant: celui-ci ne peut prétendre à l'application de la directive que si l'opération pour laquelle il est démarché excède le cadre de ses activités professionnelles».

A nuestro entender tampoco sentencias posteriores del TJCE consideradas asimismo significativas adoptan una posición tan frontalmente contraria a la posible protección como consumidores de los profesionales no especialistas. Así, la STJCE de 3 de julio de 1997 (recaída en el asunto *Benincasa vs Dentalkit*) no se preocupa tanto por negar en línea de principio que un profesional pueda llegar a ser protegido como consumidor como por dejar bien establecido que el contratante (*Benincasa*) que ha celebrado un contrato para el ejercicio de una actividad profesional *no actual, sino futura*, no puede, pese al carácter futuro de tal actividad, ser considerado «consumidor final privado» del bien o servicio adquirido, sino que deberá ser igualmente considerado *profesional* (cfr. ftos. 11, 15, 16 y 17 de la citada sentencia). Aún menos significativa nos parece la STJCE, de 22 de noviembre de 2001 (*Cape Snc vs Idealservice Srl*) que se limita a negar que el Derecho comunitario pueda proteger como consumidor al empresario que sea *persona jurídica* (vid. el fto. 14 de la citada decisión de 2001), de donde cabe inferir que la citada decisión no cierra, en cambio, la puerta a la posible protección como consumidor del empresario que sea persona natural.

sin constituirse en destinatarios finales, adquieran... o consuman... con el fin de prestación a terceros...», resulta incompatible con la noción del artículo 1.2.a) de la Directiva aquí examinada. En realidad, tal incompatibilidad es incluso anterior a ella (64), pero sólo recientemente —a raíz de la incorporación en 1998 de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas— ha sido consciente de ella el legislador español.

Sin embargo, en lugar de rectificarla a través de la pertinente modificación del articulado de la LGDCU, ha optado por una incorrecta técnica legislativa: la corrige a través de la Exposición de Motivos de la Ley sobre CGC, de 13 abril de 1998 (65) —a la que, como es sabido, correspondió la transposición de la referida Directiva 93/13/CEE— cuyo valor, como el de toda exposición de motivos, es esencialmente interpretativo y, por tanto, dudosamente normativo (66).

Pese a ello, so pena de entender que el legislador español ha incumplido a este respecto su obligación de incorporación al Derecho interno del Derecho derivado de la CE, habrá que entender que la definición de *consumidor* de la vigente legislación española ha quedado modificada o, como mínimo, que, en adelante, habrá de ser interpretada en el sentido extensivo señalado por las Directivas. Así, deberá ser protegido como *consumidor* todo aquel sujeto que actúe con fines ajenos a su actividad profesional [art. 1.2.a; Dir. 99/44/CE], incluso si —pese al art. 1.3 LGDCU— no adquiere o utiliza los bienes o servicios de que se trate como *destinatario final*.

Finalmente, se hace todavía necesaria una última precisión sobre el alcance de la noción de consumidor a los efectos de la Directiva sobre garantías en el contrato sobre compraventa. Pese a que tal noción abarca, por lo general, tanto al llamado consumidor en sentido *jurídico* como en sentido *material*, es decir, tanto a quien *adquiere* como a quien, sin ser *adquiren-*

(64) La expuesta contradicción entre la noción comunitaria de *consumidor* y la de la legislación española se remonta a 1991, fecha en que, por Ley 26/1991, de 21 de noviembre, fue incorporada la Directiva de 1985 sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos comerciales, que, como decíamos (vid. *supra* nota 52), fue la primera en ampliar la noción de consumidor en el sentido indicado en el texto. Sobre la incompatibilidad que por ese motivo existe entre esa Directiva y su Ley de incorporación, vid. EMPARANZA, *loc. cit.*, nota 48.

(65) Vid. el Preámbulo de la citada Ley 7/1998, párrafo 9.º: «De conformidad con la Directiva transpuesta, el consumidor protegido será no sólo el destinatario final de los bienes y servicios objeto del contrato, sino cualquier persona que actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional» (en el mismo sentido, el párr. 2.º, Sección VIII de la EM de la citada Ley).

(66) En realidad, como indica BADENAS (*loc. cit.*, págs. 43, 45, 48 y 78), fue el Dictamen del Consejo de Estado sobre el Anteproyecto de LCGC, de 23 de enero de 1997, el que puso al legislador español sobre aviso de la indicada discordancia (cfr. Dictamen núm. 3194/97/MA, del Consejo de Estado, de 24 de julio de 1997, pág. 33).

te, utiliza (67) los bienes para una finalidad ajena a su actividad profesional (cfr. art. 1.2 LGDCU, que se hace eco del indicado matiz al considerar consumidor tanto a quien «adquiere» como a quien «utiliza o disfruta»), no es posible el referido desdoblamiento a los efectos de la Directiva aquí analizada. Por tratarse, en este caso, de una Directiva que opera en el ámbito del contrato de compraventa y que, presupuesta la «falta de conformidad» o defecto de la cosa vendida, faculta a reclamar del «vendedor», hay que entender —así lo confirman los Considerandos de la Directiva— que todas las referencias del articulado al «consumidor» se realizan al consumidor en tanto que *comprador* (68) y que, por tanto, el mero usuario de la cosa vendida, al igual que ocurre en las regulaciones nacionales sobre el saneamiento, no está legitimado activamente frente al vendedor (69).

2. LAS LLAMADAS «GARANTÍA LEGAL» Y «COMERCIAL»

Es ésta una Directiva rubricada «sobre **determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo**». De una parte, dicha rúbrica excede lo que finalmente (70) constituye su objeto, puesto que, como hemos

(67) Sobre la referida distinción, cfr. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO y RODRIGO, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, págs. 115, 132 y 221.

(68) Sobre la identificación, a los efectos de esta Directiva, de las nociones de *consumidor* y *contratante* o *adquirente*, vid. sus Cdos. 2.º («Considerando... que los consumidores... deben poder adquirir bienes en el territorio de otro Estado miembro...») y núm. 23: «que el consumidor tenía conocimiento de todas las faltas de conformidad de los bienes de consumo existentes en el momento de la celebración del contrato...» Aún era más explícita esa identificación de las figuras de *consumidor* y *adquirente* en la Propuesta inicial de Directiva de 5 de marzo de 1992 (DOCE núm. C 73, de 24 de marzo de 1992), cuyo artículo 6.4 establecía el deber de los Estados miembros de garantizar al «consumidor en tanto que adquirente» determinados derechos.

(69) Así también el llamado *Libro Verde* (pág. 84) que, como máximo, pondera la conveniencia de convertir en beneficiarios de la garantía legal a los sucesivos compradores de la cosa.

(70) Junto a las garantías, regulaba inicialmente la Directiva, una figura distinta, el servicio postventa, del que se ocupan, en nuestro ámbito, el artículo 11.5 LGDCU y, sobre todo, el artículo 11.4 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista. Garantía y servicio postventa se distinguen tanto por su objetivo como por su momento de incidencia: a través del servicio postventa se pretende que, «tras el plazo de garantía, y con independencia de ella... el consumidor pueda resolver fácilmente durante un período de tiempo razonable, aunque ya no sea de manera gratuita, las deficiencias o deterioros que, como consecuencia del uso o por cualquier otra causa no imputable al vendedor ni al fabricante, puedan sufrir los bienes adquiridos» (así, PARRA LUCÁN, M.^a ANGELES, en la pág. 218 de su «Comentario al artículo 12 LOCM», en *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista*, coordinados por Rodrigo Bercovitz y Jesús Leguina, Madrid, 1997, págs. 198 y sigs.).

adelantado, sin entrar en otros aspectos de la compraventa, se ocupa exclusivamente de la obligación del vendedor de procurar o restaurar la conformidad entre la cosa vendida y la entregada al comprador.

En cuanto a la designación de la única materia regulada mediante el sustantivo plural, *garantías* obedece a la contraposición que establece la Directiva entre la *garantía legal*, que constituye el grueso de su regulación, y la *garantía comercial*, a la que se dedica un único precepto.

La diferencia entre ambos institutos radica, de entrada, en su fundamento: mientras que la *garantía legal* (71), que se correspondería *mutatis mutandis* con el saneamiento por vicios o defectos ocultos [arts. 1.484 y sigs. del Código Civil (72) y art. 11 LGDCU], es un efecto *ex lege* del contrato y sujeta al vendedor con independencia de su voluntad, la llamada *garantía comercial* basa su fuerza de obligar precisamente en la declaración unilateral de voluntad del propio vendedor (73) (o, en su caso, de un anterior distribuidor del producto o de su fabricante, siendo entonces ellos los obligados), quien, al ofrecer el bien, sea individualmente a un potencial comprador o bien al público en general, se compromete —usualmente, a través de un documen-

Finalmente, la cuestión del servicio postventa quedó fuera de la Directiva por considerarse que podía ser encauzada a través de códigos de conducta dictados por el propio sector comercial, sin necesidad entonces de intervención legislativa, que se quiere mínima, por aplicación del principio de subsidiariedad que preside la actuación del legislador comunitario en cuestiones de Derecho Privado (el nuevo art. 3 B del TUE, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992, prevé la intervención de la Comunidad en los ámbitos que no sean de su competencia sólo en la medida en que los objetivos de la acción pretendida no puedan ser suficientemente alcanzados por los Estados miembros y resulten, en cambio, mejor conseguidos, por razón de la dimensión o de los efectos de la acción prevista, a escala comunitaria).

(71) En realidad, la denominación «garantía legal», aplicada al saneamiento, puede explicarse no sólo como contraposición a la *garantía comercial*, sino como respuesta de la doctrina continental a la concepción anglosajona, que asigna un fundamento voluntario a la obligación de garantía del vendedor, por cuanto la hace derivar de un acuerdo de los propios contratantes implícito y anexo al contrato de compraventa (*implied warranty*). Para una explicación y crítica de dicha concepción, cfr. RABEL (*Das Recht des Warenkaufes*, cit., II, págs. 102, 104 y 108 a 109), para quien la garantía es una consecuencia del propio deber de entrega y no un mero añadido voluntario al contrato de compraventa.

(72) Aunque con las diferencias que señalaremos entre el Código Civil y la Directiva tanto en cuanto a la amplitud del concepto de defecto como en cuanto a los remedios puestos a disposición del comprador en uno y otro texto.

(73) En realidad, dadas las dificultades para admitir a la voluntad unilateral como fuente de obligaciones (arg. ex art. 1.089 del Código Civil), sólo cabrá reconocer efecto vinculante a la declaración unilateral del vendedor o fabricante contenida en el documento de garantía comercial (máxime si va dirigida a persona indeterminada, esto es, al público en general), una vez es aceptada y porque es aceptada, siquiera sea implícitamente, al ser adquirido el producto por un específico comprador (así pareció entenderlo también la propia Comisión Europea en el documento preparatorio de la Directiva; cfr. *Libro Verde*, cit., pág. 87: «Lorsque le fabricant ou le vendeur d'un bien offre une garantie commerciale... il s'agit de faire appel á un accord préalable entre les parties...»).

to incorporado o adosado al propio bien (74)— a hacerse cargo de él (por ejemplo, reparándolo o sustituyéndolo por otro), en caso de que no corresponda a las condiciones enunciadas en la declaración de garantía o en la publicidad correspondiente (75).

La escueta regulación de la garantía comercial en la Directiva pretende ante todo que, en contra de lo que es todavía práctica usual, las garantías comerciales no reproduzcan meramente o, incluso, rebajen los derechos del comprador (por ejemplo, suprimiendo alguna de las causas de reclamación legalmente previstas o acortando sus plazos) (76) derivados ya de la propia regulación legal del contrato de compraventa, sino que, manteniéndolos (77) deberán atribuirle un nivel de protección que le sitúe en una posición más ventajosa que aquella (arg. ex art. 6.2, apdo. 1.º) (78).

(74) La Directiva (art. 6.3) prevé que la garantía figure, a petición del consumidor, tanto por escrito como «en otro soporte duradero disponible que le sea accesible». Como indica LETE ACHIRICA (*loc. cit.*, pág. 1383), esa última previsión debe ponerse en relación con la Propuesta de Directiva sobre comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores (COM [1998] 468 final), cuyo artículo 2, apartado/) define al «soporte duradero» como «cualquier instrumento que permita al consumidor conservar informaciones sin que se vea obligado a realizar por sí mismo el registro de estas informaciones, en particular los disquetes informáticos, los CD-ROM y el disco duro del ordenador del consumidor que almacena los mensajes del correo electrónico.

(75) Al definir expresamente el término «garantía» [art. 1.2.e)], la Directiva formula —inspirándose en el art. 15.1 de la Ley irlandesa de 1980 (*Sale of Goods and Supply of Services Act*), relativa a las garantías comerciales y a los servicios postventa— un concepto que, en realidad, incluye sólo a la llamada *garantía comercial* («todo compromiso asumido por un vendedor o productor... de ocuparse del modo que fuere del bien en caso de que no corresponda a las condiciones enunciadas en la declaración de garantía o en la publicidad correspondiente»). Frente a ella, la llamada *garantía legal*, que no requiere declaración ni compromiso alguno del vendedor, se suscita, no sólo por la discordancia del producto con una determinada declaración del vendedor, sino con todos los elementos o criterios que, según el artículo 2.º Dir., permiten considerar que es éste conforme con el contrato celebrado.

(76) Esa misma finalidad de evitar que la garantía comercial cercene en perjuicio del consumidor los derechos que, como comprador, le otorga la regulación legal del saneamiento, la cumple el artículo 12.2 de la Ley española de Ordenación del Comercio Minorista, que impone seis meses como plazo de duración mínima de la garantía, plazo que coincide con el de las acciones del Código Civil (art. 1490 del Código Civil; cfr. art. 12.2 LOCM: «El plazo mínimo de la garantía, en el caso de bienes de carácter duradero, será de seis meses...»).

(77) Así, siempre que el consumidor no haya obtenido la satisfacción prometida (por ejemplo, la reparación del producto defectuoso sin coste alguno) a través de la garantía comercial, seguiría teniendo a su favor los recursos derivados de la garantía legal (v.gr., la facultad de resolver la compraventa), y ello incluso cuando, a causa del ejercicio infructuoso de aquella, se hubiese agotado el plazo de duración de ésta (cfr. *Libro Verde*, pág. 88).

(78) Vid. el Dictamen del Comité Económico y Social de la CE sobre la Propuesta de Directiva (DOCE, núm. C 66, de 3 de marzo de 1997, págs. 5 y sigs.), apdo. 4.2: «La Comisión ha prescindido también, en el presente caso, de una armonización detallada de

II. LA GARANTÍA LEGAL

1. LA FALTA DE CONFORMIDAD CON EL CONTRATO

Como anticipábamos en el apartado precedente, la llamada «garantía legal» constituye el núcleo de la regulación armonizada. A su vez, tal y como se desprende de los propios «Considerandos» de la Directiva, el presupuesto de la obligación de garantía del vendedor es la «falta de conformidad» de la cosa vendida «con las especificaciones contractuales» (79).

Siendo así, desempeña esa noción una función equivalente a la de «vicio o defecto oculto» de las regulaciones nacionales (art. 1.485 del Código Civil), aunque, como veremos al examinar los criterios que según la Directiva determinan «la falta de conformidad» (art. 2.2), no sea, en cambio, equivalente el contenido de ambas nociones. Pero, antes de examinar su diverso alcance, convendría delimitar el ámbito de aplicación de esta Directiva de otra anterior, ya incorporada al Derecho español, que adopta igualmente como presupuesto el concepto de «defecto».

1.1. *La «falta de conformidad» con el contrato y la falta de seguridad*

En efecto, tanto la presente Directiva como la de 1985 (85/374/CEE, de 25 de julio), sobre responsabilidad civil por los daños ocasionados por productos defectuosos (80) gravitan sobre el concepto de *defecto* de un producto o bien de consumo (81). Aun así, la diversidad de objetivos de cada una de esas regu-

dicha garantía, limitándose en la propuesta de Directiva a dos aspectos: la obligación de que las garantías comerciales sean más ventajosas que la garantía legal y los requisitos sustanciales de forma...»

En cuanto a esa segunda exigencia de forma (art. 6.3 Dir.), téngase en cuenta que su inobservancia no impedirá al consumidor reclamar el cumplimiento de la garantía (art. 6.5).

(79) «Considerando que las principales dificultades de los consumidores y la principal fuente de conflictos con los vendedores se refieren a la falta de conformidad del bien con el contrato» (Cdo. 6.º); «Considerando que los bienes deben ante todo corresponder a las especificaciones contractuales...» (Cdo. 7.º).

(80) Fue incorporada al Derecho español por Ley 22/1994, de 6 de julio.

(81) La noción de «bien de consumo» de esta Directiva [art. 1.2.a)] y la de «producto defectuoso» de la Directiva de 1985 (art. 3) coinciden sustancialmente en torno al concepto de bien mueble corporal. A partir de tal coincidencia, las particulares excepciones que cada una de ellas establece se explican, a veces, sólo por razones de oportunidad política; así, la inicial exclusión de las materias primas del ámbito de la Directiva de productos defectuosos obedeció en gran medida al propósito del legislador comunitario de no irritar adicionalmente al ya de por sí levantado sector agrario y ganadero de la Comunidad Europea (téngase en cuenta, además, que, por lo que hace a las materias primas agrarias, la aludida exclusión quedó posteriormente superada en virtud de la Directiva 1999/34/CE, de 10 de mayo de 1999, cuyo artículo 1.º incluye a los productos

laciones necesariamente redundan en nociones diversas de defecto y también de sujetos protegidos. Mientras que, en definitiva, la Directiva aquí analizada ampara, como veremos, al consumidor contratante por la falta de *calidad* de la cosa vendida, en cambio, la Directiva sobre productos defectuosos, prescindiendo de la existencia de un contrato (82), protege a quienquiera que, como adquirente, usuario, o —sin necesidad de uso— como mero afectado (83), se vea perjudicado por la falta de *seguridad* de un producto que causa daños (art. 6 Dir. de 1985). Además, son asimismo diversos los sujetos que, en cada una de esas Directivas, ha seleccionado como responsables el legislador comunitario: mientras que el responsable de la falta de *seguridad* del producto es su fabricante o, en su caso, su importador (arts. 1 y 3 Dir. de 1985) (84), es, en cambio, al vendedor a quien se hace responsable de su *falta de calidad* (85).

1.2. La noción amplia de defecto: la falta de conformidad con el contrato

Tal y como dejamos expuesto en nuestra **Introducción**, es el concepto de «falta de conformidad» o defecto de la cosa vendida el que, en mayor medida, refleja la vocación de síntesis de la Directiva y trasluce la influencia que en ella ha ejercido la CV de 1980, en tanto que pionera en la aproximación de los sistemas continentales y del *common law* en materia de compraventa. Y es que,

agrícolas no transformados en el concepto de *producto* del artículo 2." de la Directiva 85/374/CEE sobre responsabilidad civil por productos defectuosos).

(82) El fundamento de la responsabilidad es, por ello, diverso: mientras que la responsabilidad regulada por la Directiva de 1985 es de índole extracontractual, en cambio, la derivada de la garantía legal es contractual.

(83) Al mero afectado que ni siquiera es usuario del producto dañoso (sería, por ejemplo, quien padece en su vivienda la inundación causada por una lavadora usada en una vivienda contigua), lo designa la doctrina especializada como *bystander* (así lo indica la «Memoria del Proyecto de Ley de Responsabilidad Civil por los daños causados por productos defectuosos», redactada por el Ministerio de Justicia e incluida en «Documentación» preparada por el Congreso de los Diputados para la elaboración de la citada Ley; cfr. SECRETARÍA GENERAL DEL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS, *Productos defectuosos. Documentación preparada...*, núm. 112, enero de 1994, págs. 197 y sigs.; a este respecto, vid. sus págs. 200, 207 y 216).

(84) Al vendedor sólo se le hace responsable de la falta de seguridad del producto de modo subsidiario y eventual: sólo cuando el fabricante o el importador no puedan ser identificados (art. 3.3 Dir. de 1985).

(85) Ambos conceptos difieren, pero en una relación de especie a género: mientras que la falta de calidad no necesariamente consiste en una falta de *seguridad*, la falta de *seguridad* puede, en cambio, ser valorada simultáneamente como falta de *calidad*, por cuanto el producto inseguro, por el hecho de causar daños, ha defraudado las expectativas del consumidor (en ello radica la falta de conformidad o calidad: art. 2.2 Dir. sobre garantías). Ello plantea una hipotética concurrencia de pretensiones que convendría depurar: si el dañado por el producto es el propio comprador (no, en cambio, si lo es el usuario o el mero afectado por el producto, porque tales sujetos no están legitimados activamente contra el vendedor, sino sólo contra el fabricante), tendría éste simultáneamente a su favor

en efecto, el artículo 2.º Dir., que enuncia la obligación del vendedor de entregar una cosa conforme con el contrato celebrado y que señala los criterios con arreglo a los cuales legalmente se estima que existe tal conformidad, evidencia una indudable inspiración en el artículo 35 CV. Además, precisamente por ser un código donde coexisten hasta cierto punto ambas influencias, la continental y la anglosajona, es asimismo perceptible cierto influjo del nuevo Código Civil holandés (86) (*vid.* el art. 17 de su Libro 7.º, en vigor desde enero de 1992) (87).

Al igual que esas normas que lo inspiran, el artículo 2.º Dir. ha optado por el pragmatismo que en su momento impuso RABEL en cuanto a dos aspectos: de una parte, en cuanto a la amplitud del concepto de «falta de conformidad» (*cfr.* art. 3.º Dir.: «cualquier falta de conformidad»), con el que se pretende neutralizar los esfuerzos, a menudo baldíos, de la doctrina y de la jurisprudencia (88) por deslindar los casos de entrega de cosa defectuosa de los de incumplimiento del contrato (89). De otra, se ha optado por una noción que representa no sólo una síntesis, sino sobre todo una superación de la tradicional contraposición entre el concepto objetivo y el subjetivo de *defecto*.

una acción contra el vendedor y otra contra el fabricante. No obstante, no sólo el legitimado pasivo, sino, además, el objeto de la reclamación serán diversos en cada caso: mientras que del vendedor se reclama primariamente una prestación correctora de la ya realizada (la reparación de la cosa ya entregada o su sustitución por otra de iguales características: art. 3.3 Dir.), en cambio, al fabricante cabe reclamarle una indemnización de los daños y perjuicios tanto personales como patrimoniales, si bien limitados estos últimos a los causados a cosas distintas de la defectuosa, ya que se excluyen los sufridos por esta última (art. 9.1 de la Directiva sobre productos defectuosos). Con todo, la expuesta diversidad de legitimados pasivos y de pretensiones no será óbice en nuestro Derecho para su acumulación en un solo proceso, ya que, por estar basadas en unos mismos hechos, se entiende que concurre en tales acciones identidad de causa de pedir (*cfr.* art. 72.2 LEC, de 7 de enero de 2000).

(86) Confirma tanto la inspiración en el artículo 35 de la Convención de Viena como la influencia del Código Civil holandés. TENREIRO, *loe. cit.*, págs. 191 y 198.

(87) En esa fecha entraron en vigor la Parte General del Derecho Patrimonial (Libro 3.º) y sus Partes especiales, relativas a los Derechos reales (Libros 5.º y 6.º) y al Derecho de Obligaciones (Libro 7.º). Sobre la contribución del Derecho holandés a la configuración del actual Derecho Privado europeo, *cfr.* ZIMMERMANN, REINHARD, «El Derecho romano-holandés y su contribución al Derecho Privado europeo», en ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado europeo*, cit., págs. 67 y sigs. y, en esp., pág. 98.

(88) Tal y como señalan MORALES MORENO (*La Convención...*, pág. 295) y PARRA LUCÁN (*loe. cit.*, pág. 208), es usual en la jurisprudencia calificar como incumplimiento supuestos que son, en realidad, de vicios ocultos, con el fin de soslayar los plazos cortos de las acciones de saneamiento.

(89) Sobre la dificultad que a menudo suscita la delimitación entre el supuesto de hecho del saneamiento y el del incumplimiento contractual, *cfr.* LARENZ (*op. cit.*, pág. 35); en análogo sentido en la doctrina española, BERCOVITZ (*loe. cit.*, págs. 816 y 818 a 821), y MORALES MORENO (*La Convención...*, cit., pág. 289). De modo más pragmático, entiende RABEL (*Das Recht des Warenkaufes*, cit., II, pág. 104, y *Gesammelte Aufsätze*, III, págs. 465 y 588) que, siempre que se susciten dudas de calificación, habrán de ser preferidas las reglas del saneamiento en tanto que *lex specialis*.

1.2.1. Falta de conformidad y entrega de cosa distinta de la convenida (*aliud pro alio*)

A la espera de acabar de perfilarlo a la luz de los criterios que, según el artículo 2.2 Dir., permiten estimar que la cosa es conforme al contrato, cabe, en principio, identificar ese concepto amplio de «conformidad» (90) con el de exacto cumplimiento del contrato (91). En última instancia, por inducción de tales criterios y a reserva de su examen pormenorizado, podemos anticipar que la cosa entregada se estima conforme a la convenida cuando, por reunir todas las cualidades (92) expresa o implícitamente acordadas [art. 2.2.b)], se ajusta a la calidad o nivel de prestación (93) que puede el comprador fundadamente esperar [cfr. art. 2.2.d) y 3.3, último párrafo].

Ahora bien, al igual que el artículo 35 CV, renuncia la Directiva a distinguir abiertamente entre cualidades cuya ausencia determina meramente falta de conformidad o cumplimiento inexacto del contrato, y cualidades cuya ausencia ha de llevar, en cambio, a estimar que la cosa entregada es diferente de la pactada (un *aliud*) y que, por tanto, el contrato ha sido esencialmente incumplido. Pues bien, dicha distinción entre *defecto e incumplimiento* está seguramente deliberadamente ausente de la CV, que acometió una regulación uniforme de todos los aspectos de la compraventa (94), pero es posible que subsista, en cambio, en el ámbito de la Directiva, que se ha propuesto una

(90) Sin ir más lejos, traslucen la amplitud de la noción los Cdos. 17 y 18 de la Directiva, que hacen al vendedor responsable de «cualquier falta de conformidad...» La amplitud de la noción de «falta de conformidad» es tal que sólo dejaría fuera los casos de cumplimiento tardío y los de omisión de la obligación de entrega, dado que el artículo 5.º Dir., relativo a los plazos de denuncia y prescripción, toma como *dies a quo* el momento de la entrega, y presupone, por tanto, un cumplimiento puntual de dicha obligación.

(91) Sobre la identificación entre los conceptos de «conformidad» y de exacto cumplimiento del contrato, cfr. TENREIRO, *loc. cit.*, pág. 190, y, sobre todo, MORALES MORENO, *La Convención...*, págs. 289 y 292: «El concepto de conformidad (falta de conformidad) de la mercancía... permite agrupar bajo ella un conjunto de problemas relativos al exacto cumplimiento del contrato de compraventa...»

(92) «Cualquier cualidad (la suma de todas ellas) repercute en la calidad, que es la expresión conjunta de todas las cualidades...» (así, BERCOVITZ, RODRIGO, «La naturaleza de las acciones...», cit., pág. 819).

(93) Vid. cómo, para enunciar el supuesto de hecho de la obligación de garantía, se recurre en la moderna legislación española a los conceptos de «calidad» y «nivel de prestación»; así, en el artículo 11.1 LGDCU («El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia que se establezca en los contratos deberá permitir que el consumidor... pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación...») y en el artículo 12.1 LOCM, relativo a «Garantía y servicio postventa» («El vendedor responderá de la calidad de los artículos vendidos en la forma determinada en los Códigos Civil y Mercantil, así como en la LGDCU y normas concordantes y complementarias»).

(94) En la CV, la asimilación entre falta de conformidad e incumplimiento es no sólo de concepto, sino también de efecto. Así, el artículo 46.2 CV sigue aplicando a una «falta

armonización sólo parcial (95), autorizando así a los legisladores nacionales a mantener intactas las reglas internas sobre el incumplimiento. De hacer uso éstos de la indicada facultad, los casos más graves de *defecto* o *falta de conformidad* (entrega de un *aliud* o cosa distinta de la pactada) bien pudieran continuar sometidos a las regulaciones nacionales del *incumplimiento* y, consiguientemente, exentos del peculiar régimen corrector de la *falta de conformidad* previsto por la Directiva (cfr. arts. 3 y 5) (96).

A nuestro entender, dos datos avalan una posible subsistencia de la distinción entre *vicio* e *incumplimiento* en la Directiva:

- En primer lugar, su proceso de elaboración; concretamente, su discusión en el seno del comité de expertos, convocado por la Comisión Europea, inclinado a adoptar un criterio de distinción entre *vicio* e *incumplimiento* que procede del §378 del Código de Comercio alemán (97) (98). Con arreglo a ese criterio, aunque, por regla general,

de conformidad» que, por su entidad, es ya «incumplimiento esencial», una consecuencia propia del régimen de garantías o de puesta en conformidad de la cosa entregada con la pactada (la sustitución de las mercancías entregadas por otras de la misma especie; sobre la sustitución como remedio propio de la garantía, vid. *infra* epígrafe 3).

(95) Cfr. Cdo. 6.º de la Directiva: «que, en consecuencia, conviene aproximar las legislaciones nacionales sobre la venta de bienes de consumo en ese aspecto (la falta de conformidad), aunque sin afectar a las disposiciones y principios de las legislaciones nacionales relativos a los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual».

(96) Así, por ejemplo, de considerarse que la cosa entregada es ya no meramente disconforme con el contrato, sino un *aliud* o cosa distinta de la pactada, el comprador estaría facultado a instar la resolución del contrato (*ex art.* 1.124 del Código Civil), sin verse obligado —como ocurre, en cambio, en la Directiva (art. 3.3 y 3.5)— a optar primariamente por remedios que, como la reparación o la sustitución por otra de la cosa entregada, permiten al vendedor corregir una pretensión defectuosamente ejecutada. Asimismo, otra posible ventaja del régimen ordinario del incumplimiento para el comprador sería que la efectividad de sus pretensiones no dependería —como en la regulación comunitaria de la *falta de conformidad* (art. 5 Dir.)— de un tempestivo deber de denuncia del defecto (sobre el sistema de remedios y sobre la cuestión de los plazos en la Directiva, vid. *infra* nuestros epígrafes 4 y 5).

(97) Cfr. §378 del Código de Comercio alemán (*Handelsgesetzbuch*), de 10 de mayo de 1897: «...wenn eine andere als die bedungene Ware... sofern die gelieferte Ware nicht offensichtlich von der Bestellung so erheblich abweicht, dass der Verkäufer die Genehmigung des Käufers als ausgeschlossen betrachten musste». Fue primero la jurisprudencia (en concreto, la sentencia del *Reichsgericht*, o antiguo Tribunal Supremo alemán, de 18 de diciembre de 1914) y más tarde la doctrina alemana quien recurrió a la norma en cuestión como criterio de delimitación entre los supuestos de incumplimiento y los de vicios de la cosa vendida (cfr. LARENZ, *op. cit.*, pág. 35). Por lo demás, el propio RABEL (*Gesammelte Aufsätze*, III, pág. 388) admite haber incorporado a su Proyecto de Ley uniforme algunas de las reglas del Código de Comercio alemán; es por ello que volveremos a ver reiterada su influencia, por ejemplo, en cuanto al plazo de denuncia del defecto por el comprador (cfr. *infra* el epígrafe dedicado al **Plazo**).

(98) En cuanto a la hipotética adopción de la referida distinción entre *vicio* e *incumplimiento* por el legislador europeo, tomamos como indicio la opinión de TENREIRO, quien

toda entrega defectuosa pueda ser reputada falta de conformidad, la regla quebrará —considerándose entonces que hay verdadero incumplimiento del contrato y no meramente falta de conformidad— en aquellos casos en que la disparidad entre la cosa entregada y la cosa prometida es tan evidente y de tal calibre que el vendedor en ningún caso hubiese podido suponer que el comprador iba a autorizar su entrega como acto de cumplimiento del contrato (99).

- El segundo dato nos lo proporciona la transposición de la Directiva 99/44/CE en Alemania. Es bien sabido que el legislador alemán no se ha conformado con una transposición puntual de la Directiva limitada a modificar la regulación de las ventas de consumo, sino que ha optado por incorporar su contenido al propio núcleo originario del Código Civil (100), reformando ya no sólo la regulación de la compraventa ordinaria, sino incluso las reglas generales de incumpli-

fue miembro del Comité de Expertos de la Comisión Europea citado en nuestras notas 55 y 60: «Toute livraison non conforme au contrat est défectueuse au titre de la proposition [de Directive]... La livraison d'un aliud grossier, c'est à dire, d'un bien qui diverge tellement du contrat qu'un vendeur raisonnable ne peut pas supposer que l'acheteur veut l'accepter par son silence (ex: le consommateur a acheté une machine à laver et on lui a livré un réfrigérateur!), ne peut toutefois pas être considérée comme un cas de non-conformité: il s'agit là d'un cas d'inexécution complète de la vente...» (cfr. TENREIRO, *loc. cit.*, pág. 197).

(99) Una vez más, fue RABEL quien dejó trazada la tendencia que habría de seguir en adelante la legislación internacional. El citado autor era partidario de reconducir el mayor número posible de casos al régimen del saneamiento, sustrayéndolos así a las reglas del incumplimiento, por entender que aquel instituto ofrece al comprador un más amplio abanico de recursos, por lo demás más expeditivos que los propios del incumplimiento. Vid. así su «Rapport sur le droit comparé en matière de vente» (en los ya citados *Gesammelte Aufsätze*, III, pág. 465): «...il est difficile de procéder à cette distinction [distinction entre livraison défectueuse et non-exécution]. Ce n'est d'ailleurs que satisfaire à l'équité que d'accorder à l'acheteur pour toute mauvaise livraison la totalité des droits qu'il aurait eu en cas de réception de marchandises défectueuses, par exemple celui de se dédire du contrat ou bien dans les cas où, d'après le régime des vices, des dommages-intérêts sont prévus, d'exiger ceux-ci sans devoir fixer un nouveau délai pour la livraison de marchandises conformes au contrat». El único caso que RABEL considera excluido de la falta de conformidad es, según indicamos en el texto y en la nota 97, el que resulta del §378 del Código de Comercio alemán (id. RABEL, *loc. cit.* y pág. cit.).

Por lo demás, desde el punto de vista de la armonización de las legislaciones nacionales, el régimen del saneamiento ofrece todavía una ventaja adicional respecto al del incumplimiento, en tanto permite aproximar los sistemas continentales y los de *common law*. Así, por contraposición al incumplimiento que, en el *common law* se reconduce a la indemnización de daños y perjuicios —dado que dicho sistema descarta la facultad de instar la ejecución específica o *in natura* del contrato—, el régimen de garantía aproxima ambos sistemas, aportando, además, remedios más acordes con la conservación del contrato.

(100) Sobre el alcance de la transposición de la Directiva en Alemania, nos remitimos a nuestro trabajo «La incorporación...», citado en la nota 1.

miento de la prestación (101). Pues bien, el nuevo §434 [1] y [2] BGB, que —para toda compraventa— dictamina la existencia de vicios en base a la *falta de conformidad* establecida en los términos del artículo 2.º de la Directiva, parece dudar del carácter omnicomprendivo de esa noción comunitaria, por cuanto, en su tercer apartado (§434 [3]), se considera obligado a aclarar que se equipara al vicio —y, consiguientemente, se somete también al régimen para él previsto (§437 BGB)— el supuesto de entrega de una cosa *distinta* de la convenida (§434 [3] BGB: «Einem Sachmangel steht es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache... liefert»).

1.2.2. La dimensión subjetiva de la falta de conformidad: la ineptitud de la cosa para el uso particular requerido por el consumidor

Una vez delimitada la posible extensión del concepto de falta de conformidad, hay que analizarla en sentido cualitativo. Bajo ese segundo aspecto, la nota más novedosa de la noción, desde el prisma del Derecho Civil español, es su dimensión subjetiva. En efecto, tanto en el Código Civil español —por influencia de la concepción romanista de su modelo, el Código Civil francés (arts. 1.643 y sigs.) (102)— como, a remolque suyo, en la propia LGDCU, el concepto de «vicio o defecto» de la cosa vendida se ciñe a su ineptitud para el uso al que se la destina (entendiendo por tal el uso propio

(101) Tales cometidos han correspondido a la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, de 26 de noviembre de 2001.

(102) El concepto de vicio o defecto del Código Civil francés (art. 1.643) y, por ende, de nuestro propio Código (art. 1.485) es, en definitiva, el acuñado por JEAN DOMAT (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1777, tomo I, págs. 77 y sigs.) a partir de determinados pasajes del Digesto, relativos a las acciones edilicias (cfr. D. XXI, I, Ley 1, §8, y Ley 18); en ellos, tanto el uso que no permite la cosa vendida como las cualidades ausentes de ella, se valoran por referencia a un patrón abstracto, que es el uso o las cualidades que suelen acreditar en el tráfico las cosas de la misma especie. Es, por ello, que la imposibilidad del uso o de las cualidades especialmente requeridos por el comprador en ese particular contrato sólo se valoran como defecto si le fueron específicamente prometidos o asegurados por el vendedor (cfr. D. XXI, I, Ley 18), ya que, en ese caso, se convierten en motivo causalizado e incorporado al contrato como condición de su propia eficacia (cfr. DOMAT, *op. cit.*, pág. 79: «Si le vendeur a déclaré quelque qualité de la chose vendue, outre celle qu'il doit garantir naturellement... il faudra considérer si ees qualités ont fait une condition sans laquelle la vente n'eût pas été faite»). Pese a que ya la doctrina contemporánea del Código Civil francés y, en particular, los autores de la Exégesis (cfr. LLÁCER, *El saneamiento*, cit., pág. 177), se esforzaron por superar la estrechez de esa noción puramente objetiva, tales esfuerzos pasaron desapercibidos para los artífices del Código Civil español (vid., así cómo GARCÍA GOYENA, «Comentario al art. 1.406, Proy. 1851», pág. 750, suscribe sin reservas la concepción de DOMAT, apoyándose, además, en los mismos pasajes del Digesto).

o habitual de las cosas de la misma especie) o a la ausencia en ella de las cualidades o prestaciones propias de los bienes de su misma naturaleza (cfr. arts. 1.485 del Código Civil y 11.1 LGDCU).

Pues bien, con esa dimensión objetiva, igualmente presente en la noción de *falta de conformidad* de la Directiva [art. 2.2, apdos. c) y d) Dir.], coexiste un aspecto subjetivo que incluso fue concebido como prioritario por el legislador comunitario (103): la inadecuación de la cosa para el uso al que «especialmente» quisiera destinarla el consumidor [art. 2.2.b)] o la inexistencia en ella de cualidades particularmente valoradas por aquél.

Esa acepción subjetiva, ajena a la noción romanista de vicio, ha sido incorporada a la Directiva por influencia germánica y anglosajona (104). Y es que, en efecto, tanto el Código Civil alemán (así, el anterior §459 BGB,

(103) Así lo trasluce el citado *Libro Verde* presentado por la Comisión Europea; vid. su pág. 81.

(104) Una vez más, la fusión o integración en la noción de *defecto* del criterio objetivo, común a todos los sistemas, y del criterio subjetivo que le aportan el Código Civil alemán y el *common law*, la debemos al artículo 35 CV (cfr. art. 35.2), a tenor del cual: «Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo; b) Que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato...» [obsérvese la concomitancia del art. 35.2.a) CV con el art. 2.2.c) y d) Dir., y del art. 35.2.b) CV con el art. 2.2.6) Dir.].

El transcrito precepto de la CV reproduce, sin apenas cambios, el artículo 37 del Proyecto inicial de RABEL. Como él mismo hace saber (*Das Recht des Warenkaufes...*, II, pág. 171), el precepto internacional se inspira esencialmente en el antiguo §459 BGB. Pero RABEL no se limitó a copiar esa disposición, sino que sólo la presentó como modelo tras demostrar que los criterios que en la regla alemana servían para verificar si la cosa vendida era o no conforme al contrato eran equivalentes a los índices que en el Derecho anglosajón cumplían idéntica función (recuérdese que, tal y como indicábamos en la **Introducción**, notas 30, 33 y 34, una de las principales dificultades a la hora de elaborar la CV fue la reticencia de los anglosajones a aceptar reglas ajenas a su sistema).

En efecto, según el anterior §459 [1] BGB (con el que coincide en este punto el actual §434 [1] BGB, derivado de la incorporación de la Directiva sobre garantías), la cosa vendida era defectuosa y el vendedor responsable del defecto cuando el defecto en cuestión impedía o disminuía su valor o bien su aptitud para el uso ordinario (criterio objetivo) o para el uso presupuesto (criterio subjetivo) en el contrato («mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem *gewöhnlichen* oder *nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch* * aufheben oder mindern»). Según demuestra RABEL (*op. cit.*, págs. 163, 167 y 171), los expuestos criterios coinciden con los que, a su vez, utiliza el *common law* y, en concreto, el artículo 14 de la Ley británica sobre venta de aquél entonces (SGA de 1893). Al igual que en la actual (*infra* notas 105 y 106), los índices a tener en cuenta en dicho texto eran dos: la «*merchantability*» * (art. 14 [2]) o comerciabilidad de la cosa, definida en función de su aptitud para servir al uso propio de los bienes del mismo tipo, y su «*fitness for particular purpose*» * (art. 14 [3]), que coincide tanto con el «uso presupuesto» del Derecho alemán (antiguo §459 [1] BGB) como con aquello que —inspirándose en él— describirá posteriormente el art. 35.2.c) CV como la aptitud «para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato...» Sobre la necesidad de poner en conocimiento del ven-

al que sigue en este punto el actual §434, derivado de la incorporación de la Directiva) como la legislación anglosajona sobre venta [en concreto, el artículo 14 de la Ley británica sobre Venta de 1979 (SGA) (105) y el art. 14 de la Ley irlandesa de 1980] formulan un concepto en el que el defecto o la falta de conformidad de la cosa vendida se define tanto en función de sus aptitudes o cualidades objetivas como del uso para el que ha sido comprada o de las cualidades que de ella esperaba el comprador (106).

La importancia de este segundo criterio subjetivo es tal que, siguiendo el proceso de elaboración de la Directiva, se comprueba que, inicialmente, se había propuesto incluso el legislador comunitario convertirlo en preeminente (107), ya que, además de mencionarlo junto a los demás parámetros, lo

dedor el uso presupuesto o particular del comprador, vid. lo que exponemos más adelante en el texto en relación a la Directiva.

* Las cursivas son mías.

(105) *Sale of Goods Act* de 1979; su artículo 14, inspirado en la anterior Ley británica sobre la materia, de 1893, fue modificado en 1994 por la *Sale and Supply of Services Act* de 1994.

(106) El artículo o *section* 14, apartados (2) y (3), de la SGA británica de 1979, define la exigencia de conformidad con el contrato en los siguientes términos: (2) «Where the seller sells goods in the course of a business, there is an implied condition that the goods supplied under the contract are of *merchantable quality*...» *

«Goods of any kind are of *merchantable quality* * within the meaning of [section 14 (2)] if they are as *fit for the purpose* or purposes for which goods of that kind are commonly bought * as it is reasonable to expect having regard to any description applied to them, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances».

(3) «Where the seller sells goods in the course of a business and the buyer, *expressly or by implication, makes known to the seller any particular purpose* * for which the goods are being bought, there is an implied condition that the goods supplied under the contract are reasonably fit for that purpose, whether or not that is a purpose for which such goods are commonly supplied...» (tomamos el texto de ANSON, Sir William Reynell, *Law of Contract*, Oxford, 1984 (26 ed.), págs. 129 y sigs.). Tras la reforma de 1994 (vid. la nota anterior), la expresión *merchantability* o *merchantable quality* *, con la que se designa el índice objetivo de la conformidad, ha sido sustituida por la más actual de *satisfactory quality* * («goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, the price —if relevant— and all the other relevant circumstances») (el texto modificado lo proporciona ERVINE, COWAN, en la sección de Información de la *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 1995-2, págs. 115-116).

* Las cursivas son mías.

(107) Y es que, en efecto, la doctrina considera al criterio subjetivo como índice preeminente de la existencia de defecto o falta de conformidad: «Diese Überlegung führt zur Anerkennung des von der Rechtsprechung vertretenen und heute auch überwiegend von der Literatur gebilligten sog. **subjektiven** oder **konkreten Fehlerbegriffs**... Nur für diese seltenen Fälle [alude el autor a ejemplos excepcionales que él mismo propone] behält der objektive Fehlerbegriff Berechtigung...» (así, LARENZ, *op. cit.*, pág. 33). Tal y como indica PARRA LUCÁN (*op. cit.*, pág. 209), aunque con mayores dificultades, también en nuestro ordenamiento puede llegarse a la conclusión del carácter sólo residual o defectivo del criterio objetivo respecto al subjetivo a la hora de establecer el carácter defectuoso de la cosa vendida: «La obligación de entrega del vendedor incluiría, entre otras, la obligación

reiteraba como fórmula de cierre del concepto de *conformidad* de la cosa vendida con el contrato (108). Sólo el descontento de los sectores profesionales afectados (109), expresado cuando fueron llamados a consulta (110), de-

de que el objeto sea idóneo (exento de vicios y dotado de las cualidades necesarias) para el fin contractualmente fijado. Dando por supuesto que esto no está tan claro en nuestro ordenamiento, se ha puesto de relieve, con carácter general, la necesidad de reconocer legalmente que el programa típico-económico de la prestación del vendedor incluye hacer al comprador propietario libre de cargas de una cosa de la calidad, cualidades o propiedades pactadas o, en defecto de pacto, de las adecuadas al uso a que normalmente se destina».

(108) Así permite comprobarlo tanto el citado *Libro Verde*, elaborado por la Comisión Europea en preparación de la Directiva (vid. su pág. 27: «Le défaut et l'inexistence des qualités sont définis... en premier lieu de façon concrète ou subjective... Ce n'est que si la fonction à laquelle la chose est destinée ne peut être déterminée selon le contrat, que la loi fixe un critère objectif: la fonction normales des choses de la même catégorie») como sus antecedentes. Así, inicialmente, el artículo 6.1 de la primera Propuesta de Directiva reflejaba la expuesta dualidad de criterios, destacando el criterio subjetivo hasta el punto de valorarlo como presupuesto adicional de la obligación de garantía y yuxtaponerlo a la exigencia de conformidad con el contrato: «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se garantice al consumidor que adquiera mercancías por contrato de venta el derecho a recibir aquellas mercancías conformes al contrato y que se ajusten al propósito para el cual fueron vendidas...» (vid. Propuesta de 5 de marzo de 1992, DOCE, núm. C 73, de 24 de marzo de 1992). Posteriormente, el artículo 2.2 de la sucesiva Propuesta de Directiva de 23 de agosto de 1996 (DOCE, núm. C 307, de 16 de octubre de 1996), además de mencionar «la aptitud de la cosa para el uso especial requerido por el consumidor» [art. 2.2.c)] como uno de los criterios que sirven para determinar su conformidad con el contrato, reforzaba el valor de ese criterio subjetivo al establecer en su último apartado [d)] que, en última instancia, se tendría en cuenta si «su calidad y sus prestaciones son satisfactorias...», fórmula que, según indican TENREIRO (*loc. cit.*, pág. 197) y PARRA LUCÁN (*op. cit.*, pág. 210), iba destinada a verificar la correspondencia de la cosa con las legítimas expectativas del consumidor. Ese último parámetro fue finalmente suprimido (por las razones que se indican en la nota siguiente), de manera que el artículo 2.2.d), que en la redacción de la Propuesta integraba el criterio subjetivo y el objetivo en la cláusula de cierre, atiende ahora sólo a la dimensión objetiva. Compárese así la anterior redacción del apartado («su calidad y sus prestaciones son satisfactorias, habida cuenta de la naturaleza del bien...») con la actual («presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo...»).

(109) Ya se ha visto que no es infrecuente que el legislador comunitario acabe cediendo a las presiones de los afectados (vid. lo relatado en la nota 81 acerca de la Directiva sobre responsabilidad por productos defectuosos). Otro ejemplo nos lo proporcionaría la Directiva 91/250/CEE, de 14 de mayo de 1991, sobre protección jurídica de programas de ordenador, que acabó siendo modificada a conveniencia del *lobby* de empresas informáticas (así lo relata nuestro trabajo «El derecho de autor en la sociedad de la información», publicado en la *Revista Jurídica de Cataluña*, 1997, núm. 2, págs. 63 y sigs., en esp., pág. 77).

(110) Da cuenta de lo ocurrido el Dictamen del Comité Económico y Social de la CEE sobre la segunda Propuesta de Directiva (DOCE, núm. C 66 de 3 de marzo de 1997, págs. 5 y sigs.). Vid. el apartado 3.5 del Dictamen: «En el procedimiento de consultas sobre el Libro Verde, las reflexiones en torno al concepto de falta de conformidad fueron muy controvertidas. Los representantes de los consumidores acogieron favorablemente el enfoque —de orientación más bien subjetiva— conforme al cual el criterio que debe

terminó que, finalmente, la redacción definitiva parezca atribuir al criterio objetivo y al subjetivo una importancia paritaria a la hora de valorar la conformidad con el contrato [vid. así como el art. 3.3, último párrafo, los enuncia igualitariamente (111): «habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor»] (112).

Es posible que, a la luz de las más elementales reglas de la autonomía de la voluntad, y, en particular, de aquélla que reza que los contratos obligan primariamente a lo expresamente pactado (esto es, a lo particularmente querido por los propios contratantes; cfr. art. 1.258), la descrita pugna entre el

considerarse principal es el de «conformidad con las expectativas legítimas del consumidor». Este criterio, no obstante, suscitó numerosas objeciones por parte de los proveedores. La presente propuesta de Directiva tiene ampliamente en cuenta dichas objeciones. Por esta razón, en el apartado 2 del artículo 2, donde se enumeran los criterios que se han de considerar para apreciar la conformidad de un bien con el contrato, ya no se hace mención explícita de las expectativas legítimas del consumidor».

(111) Esa misma valoración igualitaria de ambos criterios la encontramos también en el artículo 17.1 y 2 del Libro 7.º del Código Civil holandés: 1. «La cosa entregada debe responder al contrato. 2. Una cosa no responde al contrato si no posee las características que el comprador pudiera esperar por razón del contrato. El comprador puede esperar que la cosa posea las características que sean precisas para su uso normal y de cuya presencia no debiera dudar, así como las características que sean precisas para un uso especial que se haya previsto en el contrato».

Como indicábamos al principio del epígrafe II, 1.2.1, la regulación holandesa fue seguida muy de cerca por los redactores de la Directiva, tanto por haber sabido establecer un compromiso entre la concepción germánica y la anglosajona de la garantía, como por tratarse de la regulación nacional más moderna (data de 1992), año en que se iniciaron los trabajos que culminaron en la actual Directiva.

(112) El valor legal de dichos criterios, objetivo y subjetivo, a la hora de establecer la existencia de un defecto o falta de conformidad de la cosa vendida con el contrato es acumulativo (cfr. Cdo. 8.º *in fine* de la Dir.), de manera que, aun reuniendo la cosa las cualidades y prestaciones de los bienes de su misma naturaleza, podrá ser considerada defectuosa, si no se ajusta a las expectativas del consumidor (comp. art. 17.1 y 2 del Código Civil holandés). La alternativa contraria (esto es, que la cosa se ajuste a las expectativas del consumidor, pero que carezca, en cambio, de las cualidades y prestaciones propias de la categoría de bienes a que pertenece) no parece, en cambio, intelectualmente posible, dado que, huelga decirlo, forma parte también de las expectativas del consumidor que la cosa vendida reúna los caracteres propios de los bienes de su misma naturaleza.

Sin ir más lejos, ello demostraría la conveniencia de haber mantenido, tal y como se había previsto en las Propuestas de Directiva y luego se suprimió (cfr. *supra* notas 108 a 110), la adecuación de la cosa a las expectativas del consumidor como fórmula de cierre del concepto de conformidad con el contrato. Así lo ha hecho el legislador alemán que, haciendo suya la posición inicial del legislador comunitario, atribuye explícita prioridad al criterio subjetivo de la conformidad. Así, según el §434 [1], párrafo 1.º, BGB, para establecer la conformidad de la cosa vendida con el contrato hay que atender primariamente al criterio subjetivo (esto es, a la presencia en la cosa de las cualidades presupuestas en el contrato). Sólo a falta de pacto o de presuposición de cualidades (inferida del contrato y de sus circunstancias), podrá seguir considerándose que la cosa es conforme con el contrato, si reúne, cuando menos, las cualidades o aptitudes usuales en los bienes

criterio objetivo y el subjetivo pueda parecer inusitada. Con arreglo a ella —se dirá—, el uso y las cualidades, particularmente queridos y pactados, son ya de por sí preferentes a los efectos de establecer la conformidad o no de lo vendido con el contrato.

Sin embargo, la referida contraposición tiene razón de ser por dos motivos. En primer lugar, porque los criterios con arreglo a los cuales se determina la existencia del defecto o falta de conformidad con el contrato presupon, tal y como se indica en la propia Directiva (vid. su Cdo. 7.º), la inexistencia (o, en su caso, la inconveniencia desde el punto de vista de los derechos del consumidor) (113) de determinaciones contractuales específicas acerca de los caracteres de la cosa vendida. Y, en segundo lugar, porque, cuando aludimos a la preeminencia o, como mínimo, equivalencia del criterio subjetivo y el objetivo, no nos referimos al uso y a las cualidades pactados o bilateralmente acordados, sino a un uso y a unas cualidades que, aun siendo solo unilateralmente queridos, esperados o presupuestos por el comprador (114), se convierten, por decisión legal, en índice vinculante y del que se hace responder igualmente al vendedor [arg. ex art. 2.2.d) Dir.: «...que el consumidor puede fundadamente esperar»] (115).

El único requisito de incorporación al contrato de la expectativa o fin *presupuesto* (116) por el comprador es que, en el momento de celebrarlo, lo haya «puesto en conocimiento» del vendedor y éste haya «admitido» que el

del mismo tipo (cfr. §434 [1], párrafo segundo, BGB). Sobre la gradación de los criterios que determinan la conformidad de la cosa vendida con el contrato en la regulación alemana derivada de la asunción de la Directiva 99/44/CE, vid. nuestro trabajo «La incorporación de la Directiva... por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones».

(113) «Considerando que los bienes deben ante todo corresponder a las especificaciones contractuales... puede resultar útil establecer disposiciones nacionales adicionales con el fin de garantizar la protección del consumidor cuando las partes no hayan acordado cláusula contractual específica alguna o cuando hayan acordado cláusulas o modalidades contractuales que excluyan o limiten, directa o indirectamente, los derechos del consumidor...» (así, el Cdo. 7.º de la Dir.).

(114) Tal y como gráficamente señala R. BERCOVITZ (*loc. cit.*, pág. 795), se trataría de «las expectativas del comprador, basadas en su interpretación del contrato» (la cursiva es mía).

(115) Obsérvese que, en tanto introducen ambas la noción de «expectativa» legítima o fundada, se convierten en paralelas la definición de defecto de calidad de esta Directiva y la de defecto de seguridad de la Directiva 85/374/CEE sobre productos defectuosos (vid. su art. 2.º: «Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar...»). Esa noción de «expectativa legítima», «fundada» o «razonable» es de raigambre anglosajona [vid. así como tanto el art. 14 (2) de la SGA británica, en la redacción anterior a 1994 (*supra* nota 106), como el art. 14 de la también citada Ley irlandesa, para referirse a la calidad o caracteres que cabe exigir a la cosa vendida, recurren a la fórmula «as it is reasonable to expect having regard to...»].

(116) Esto es, aquello que tanto el anterior §459 BGB como el actual §434, llaman «nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch...» (*supra* nota 104).

bien es apto para dicho uso [art. 2.2.b) Dir.] (117). Nos encontramos así con que la declaración unilateral de uno de los contratantes (en este caso, el comprador), por el sólo hecho de no haber sido contradicha o desmentida por el vendedor (118), queda convertida *ope legis* en regla integrante del acuerdo contractual y, en cuanto tal, vinculante a los efectos de designar o describir el objeto de la prestación del propio vendedor. Es más, tal y como fue concebida la regla, no se exige siquiera una declaración expresa del comprador, sino que puede ser esta tácita (119) o, incluso, quedar establecida a través de las circunstancias en que fue celebrado el contrato (120).

(117) La exigencia del artículo 2.2.b) Dir., de que el comprador «ponga en conocimiento» del vendedor el «uso especial» que quiere dar a la cosa comprada es el requisito que convierte a la aptitud de la cosa para ese uso en criterio de determinación de la conformidad de la cosa con el contrato. Es indudable que ese requisito de la «puesta en conocimiento» ha sido incorporado a la Directiva por influencia del *common law*. El examen del artículo 14 (3) de la SGA británica (vid. *supra* nota 106) basta para comprobarlo: «...and (if) the buyer, expressly or by implication, makes known to the seller any particular purpose * for which the goods are being bought, there is an implied condition that the goods supplied under the contract are reasonably fit for that purpose» *.

* La cursiva es mía.

(118) Obsérvese que el artículo 2.2.b) de la Directiva se conforma con la mera «admisión» del vendedor, sin requerir siquiera su *aceptación*, de manera que, para que la declaración del comprador se convierta en vinculante para él, puede bastar su silencio (en contra de las reglas generales de la declaración de voluntad, se estaría, pues, acogiendo aquí, la máxima popular «quien calla, otorga»). Es más, el artículo 2.2.c) de la segunda Proposición de Directiva, se conformaba incluso con que el comprador diese a conocer al vendedor el fin presupuesto por él al comprar, sin ni siquiera exigir «admisión» alguna de éste.

(119) Autores como WINDSCHEID (*Lehrbuch des Pandektenrechts*, II, §395, pág. 697, nota 2) y, sobre todo, RABEL (*Das Recht des Warenkaufes*, cit., tomo II, pág. 142) entienden que, en ocasiones, las propias circunstancias de la celebración del contrato (por ejemplo, el lugar de la contratación) son de por sí suficientes para suscitar determinadas expectativas en el comprador y le eximen incluso de tener que comunicárselas al vendedor. Vid. así el ejemplo propuesto por RABEL (*loe. cit.*): «So mag ein Kunde, der eine Uhr bei einem regulären Juwelier oder Uhrmacher kauft, sich darauf verlassen, dass sie neu ist...», lo cual supone según el citado autor (id. RABEL, *loe. cit.*) que «einer formellen Garande jedes Verhalten des Verkäufers gleichgestellt wird, welches beim Käufer die Vorstellung hervorruft, dass der Gegenstand eine gewisse von ihm gewünschte Eigenschaft besitzt oder von einem bestimmten Fehler frei ist».

(120) La doctrina y la jurisprudencia anglosajonas son particularmente laxas (hasta extremos inusitados, diría yo) a la hora de considerar cumplido el mencionado requisito de la comunicación al vendedor del uso pretendido por el comprador. Así, en uno de los casos citados como representativos (*Chapronière versus Masón*, decidido en apelación por la justicia británica el 28 de junio de 1905; vid. *Times Law Repon*, tomo 21, pág. 633), el solo hecho de que un panecillo fuera comprado a un panadero fue estimado suficiente para entender cumplida tácita o implícitamente («by implication...», como dice la *section* 14 [3] SGA) la referida exigencia: «It is clear that one who buys a bath bun from a baker makes known to him by implication that he requires it for the purpose of eating... In this case, therefore, there was an implied condition that the bun should be reasonable fit for eating...» (cfr. ANSON'S, *Law of contract*, cit., pág. 133).

Cumplido ese requisito de la comunicación del comprador al vendedor, es la propia ley (121) la que decide convertir una expectativa, fin o *motivo* individual del comprador, en término implícito en el propio contrato (*implied term*) y, por tanto, en regla con arreglo a la cual, a falta de explícita determinación contractual o pactada (122), quedan legalmente determinados los caracteres que ha de reunir la cosa vendida (123). Se trataría entonces de un supuesto en el que, sólo por decisión legal, cobra excepcionalmente eficacia la denostada (124) figura del *presupuesto* (125) (126).

(121) Precisamente porque, tal y como indicamos tanto en el texto como en la nota 118, es suficiente la mera «admisión» —que no aceptación— del vendedor de que la cosa vendida es apta para el uso querido por el comprador, sólo de modo ficticio o artificial cabría considerar que ese uso o fin unilateral del comprador se incorpora al contrato por acuerdo de ambos contratantes: «Weil das Bedürfnis des Käufers dem Verkäufer bekannt ist, bildet es den Gegenstand einer stillschweigende Vereinbarung...» (así, describiendo la óptica del Derecho anglosajón, RABEL, *Das Recht des Warenkaufes*, II, pág. 167).

(122) «The parties to a contract of sale of goods may include in the contract such terms as they may agree upon. But the contract is of such everyday occurrence, and it is commonly made with so little consideration of the exact legal results which the parties would desire to produce by it, that if their rights and obligations were to be determined only by what they say or do when they make the contract their reasonable expectations would often be defeated» (así ANSON, en *Law of contract*, cit., pág. 129).

(123) Por lo demás, tal y como indica MORALES MORENO (*La compraventa internacional...*, cit., pág. 299), esas reglas de conformidad legalmente fijadas no son meramente dispositivas, sino que están investidas del valor imperativo propio de las normas de interpretación y del que carecen, en cambio, las meramente interpretativas de la voluntad de los contratantes.

(124) Denostada por el factor de inseguridad que introduce en el negocio.

(125) Aunque no es aquí donde corresponde explicarlo, la figura de la *presuposición* o *base del negocio* como instituto que agrupa todos aquellos casos en que su eficacia puede llegar a pender del móvil, fin o representación individual de alguno de los contratantes, aun sin haber acordado ambos introducirlo en el negocio con el valor de explícita condición suspensiva o resolutoria, es una creación del jurista alemán BERNHARD WINDSCHEID: «Die Voraussetzung ist eine Willensbeschränkung, wie die Bedingung. Der Urheber der Willenserklärung sagt nicht: ich will wenn..., aber er sagt: ich will, würde aber nicht wollen, wenn nicht...» (así, en «Die Voraussetzung», *Archiv für die civilistische Praxis*, 1892, págs. 161 y sigs. y en esp., pág. 195). Si bien WINDSCHEID fracasó en su intento de introducir la noción de *presupuesto* en el Código Civil alemán como figura de validez general, no es menos cierto que cabe considerar cumplida su premonición de que la «noción es arrojada por la puerta, pero volverá a entrar por la ventana» («zur Türe hinausgeworfen, kommt sie zum Fenster wieder herein»; vid. *loc. cit.*, pág. 197). Y, es que, en efecto, pese a no haber sido incluida en la Parte General del BGB, hay figuras concretas de ese Código que admiten la relevancia del *presupuesto*; así, sin ir más lejos, en sede de transacción (cfr. §779 BGB) y, tal y como se está comprobando aquí, en sede de compraventa, dado que, como hemos visto, tanto en el anterior §459 [1] como en el actual §434 [1] BGB, la ineptitud de la cosa para «el uso presupuesto por el comprador» impide considerarla conforme al contrato (vid. *supra* nota 104).

(126) Además de rehabilitar la idea de *presupuesto*, desde el punto de vista dogmático, la inclusión de las cualidades o prestaciones esperadas por el comprador en el con-

Ahora bien, por otro lado, hay que evitar que el reconocimiento legal de ese criterio subjetivo de determinación de la «conformidad» desequilibre el intercambio de prestaciones en beneficio exclusivo del comprador, eliminando por entero para él el riesgo económico que cualquier contrato oneroso y conmutativo entraña inevitablemente para ambos contratantes (127). Es por ello que, simultáneamente, exige la regulación comunitaria que esa expectativa sea «fundada» [art. 2.2.dj] o «razonable» (cfr. Cdo. 8.º Dir.: «calidad y rendimiento que el consumidor puede razonablemente esperar...») (128), señalando, además, qué datos o índices convierten la expectativa del consumidor en legítima o fundada.

Esos datos son los que, de modo casuístico y desordenado (129), enuncian los apartados a) y d) del artículo 2.2: «la descripción realizada por el vendedor», la conformidad de la cosa con la «muestra o modelo presentado por el vendedor» al consumidor [art. 2.2.a)] y «las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado» [art. 2.2.d)].

En realidad, los datos de tal enumeración se sintetizan en torno a dos elementos (130):

cepto de conformidad de la cosa con el contrato tiene todavía otra consecuencia, que es la reducción del ámbito de aplicación del error invalidante proyectado sobre las cualidades de la cosa que motivaron la celebración del contrato (art. 1.266 del Código Civil: «...error... sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo») y la correlativa ampliación del ámbito de los vicios o defectos de la cosa (obsérvese que el fenómeno es paralelo al señalado en el epígrafe anterior, de ampliación del régimen del vicio a costa del propio del incumplimiento). Tal ampliación del régimen de los vicios de la cosa en detrimento de la regulación del error se explica porque —pese a algunos intentos de delimitación entre el supuesto de hecho del error sobre las cualidades de la cosa y el de sus vicios o defectos (cfr. LLÁCER, *op. cit.*, págs. 174 y 182)— las reglas del saneamiento por vicios son especiales respecto a las del error (cfr. ALBALADEJO, II, 2.º, pág. 173), o, dicho de otro modo, el vicio oculto es una de las posibles manifestaciones del error sobre las condiciones de la cosa (que sería un supuesto más amplio), de manera que, siempre que sea aplicable el régimen especial del vicio, dejará de serlo el más general del error.

(127) Como dice LARENZ, habría que evitar «...dass mit einem Kauf nun einmal verbundene wirtschaftliche Risiko dem Käufer in unangebrachtem Masse abzunehmen» (*op. cit.*, pág. 35).

(128) El propio *Libro Verde* de la Comisión Europea, pág. 82, reconoce que el adjetivo «legítima» o «fundada» está pensado como límite de la noción esencialmente subjetiva de «expectativa».

(129) Desordenado, porque se enuncian mezclados y al mismo nivel que los dos parámetros o criterios (objetivo y subjetivo) de la conformidad de la cosa vendida con el contrato, pese a que, en rigor, son sólo límites de los referidos criterios y, en particular, del de carácter subjetivo.

(130) Téngase en cuenta que, en la segunda Proposición de Directiva, intervenía también como índice del grado de expectativa del consumidor un tercer elemento: el precio del producto [cfr. art. 24.d) de la Proposición: «...habida cuenta de la naturaleza del bien y del precio pagado...»]. Ese dato, incorporado a la Proposición por influencia

- La descripción de la cosa realizada por el propio vendedor, dado que la presentación de una muestra o modelo no constituye sino un modo o caso particular de descripción [art. 2.2.a)] (131).
- Las declaraciones publicitarias o dirigidas al público en general (incluyendo las incorporadas por el propio producto en su envasado o etiquetado) realizadas por el propio vendedor o, incluso, por el fabricante [art. 2.2.d)] o cualquier otro partícipe en la previa cadena de distribución del producto (cfr. art. 4 Dir.).

A su vez, ambos elementos se reconducen a uno sólo: la información que, con ocasión del contrato (antes o durante su celebración), se haya proporcionado al comprador (132), tanto si le fue dirigida individualmente a él o al público en general, y fuere cuál fuere, además, su procedencia, ya que, incluso si no procede del propio vendedor, se entiende proporcionada por su cuenta o en interés suyo (133).

de la SGA [section 14 (2), 2], fue, no obstante, suprimido a instancias del Comité Económico y Social, órgano consultivo de la Comisión Europea (vid. así el apdo. 3.8 de su Dictamen cit.: «se llegaría incluso a la consecuencia de que, entre dos vendedores de un mismo producto, aquél que lo vendiese más barato sólo podría ser objeto, en virtud de la obligación de la garantía legal, de un recurso menos importante que el interpuesto contra aquél que exigiese un precio más elevado»).

A nuestro modo de ver, al rechazar el criterio del precio demuestra, una vez más el legislador comunitario, su reticencia a fiscalizar, en aras de la libre formación de precios en el mercado, el equilibrio o correspondencia económica entre las prestaciones contractuales. Sin ir más lejos, recuérdese cómo el artículo 4.2 de la Directiva sobre cláusulas abusivas, de 5 de abril de 1993, expresamente renuncia a dicha fiscalización o control: «La apreciación del carácter abusivo de las cláusulas no se referirá a la definición del objeto principal del contrato ni a la adecuación entre precio y retribución, por una parte, ni a los servicios o bienes que hayan de proporcionarse como contrapartida, por otra...»

(131) El criterio de la descripción (y el caso particular de la descripción mediante muestra) proceden, al igual que el finalmente descartado del precio (vid. nota anterior), del Derecho anglosajón (sobre la importancia del criterio de la *description* en el *common law*, cfr. RABEL, *op. cit.*, II, pág. 140).

Cfr. section 13 (1) y (2) de la SGA británica: (1) «Where there is a contract for the sale of goods by description, there is an implied condition that the goods will correspond with the description»; (2) «If the sale is by sample as well as by description it is not sufficient that the bulk of the goods correspond with the sample if the goods do not also correspond with the description». Tales criterios han sido incorporados, a su vez, por el Código Civil holandés (art. 17.4 de su Libro 7.^o), aunque confirmando al vendedor la posibilidad de demostrar que la muestra fue exhibida sólo a título indicativo, en cuyo caso no interviene como criterio de conformidad.

(132) «...le critère constitutif du défaut reside dans la non-conformité á Táñente légitime du consommateur compte tenu de l'information dont il a disposé» (cfr. *Libro Verde...*, cit., pág. 101).

(133) Así, por ejemplo, el artículo 18 del Libro 1.^o del Código Civil holandés imputa al vendedor o suministrador final del producto las declaraciones publicitarias del fabricante o de un anterior distribuidor del mismo por entender que han sido realizadas en

Siendo así, comprobamos de nuevo (134) a estos efectos cómo las declaraciones unilaterales de uno de los contratantes (en este caso, las declaraciones o la información que el vendedor proporciona al comprador sobre la cosa vendida), correspondientes, además, en este caso, a la fase precontractual, quedan incorporadas por decisión legal al contenido del contrato (135).

Ello entraña una valoración legal más rigurosa del comportamiento del vendedor y, en concreto, de su deber de información en esa fase, pero sin que su infracción se sancione ya, como en los Códigos Civiles (art. 1.486,2 del Código Civil), sobre la base del dolo y mediante el recurso a la in-

su beneficio, sin permitirse siquiera al vendedor demostrar que no ha sido así. Ello obedece a que no estamos ante una presunción legal, sino ante una elección o decisión de política legislativa: si se hace responsable al vendedor, cualquiera que sea la procedencia de las declaraciones publicitarias, es porque —como veremos *infra* en el epígrafe relativo a la **Responsabilidad**— *de lege data* sólo a él se ha querido hacer responsable de la calidad de los productos frente al consumidor. Ello presupuesto, tanto el legislador como la doctrina intentan justificar la referida decisión con diversos argumentos. Así, además del ya expuesto de la actuación del fabricante en interés del vendedor, se dice también que el consumidor, en la práctica, no distingue entre la información proporcionada por el comerciante y la proporcionada por el productor (cfr. Dictamen cit. del Comité Económico y Social, apdo. 3.9, pág. 8); o que con su comportamiento el vendedor ha hecho suyas las declaraciones del fabricante (vid. en este sentido, RABEL, *Das Recht...*, II, pág. 150). O bien, que incumbe al vendedor la carga de destruir la confianza suscitada en el comprador por las declaraciones publicitarias, incluso si proceden de un tercero, dado que, en última instancia, el comprador contrata confiando en el vendedor, «confianza que normalmente se fundará en la consideración que el vendedor, por la causa que fuere, merece en el tráfico» (así, MORALES MORENO, *La Convención...*, cit., pág. 302).

(134) De nuevo, porque hemos visto ya al inicio de este mismo epígrafe (**II, 1.2.2. La dimensión subjetiva...**) cómo el uso o las cualidades de la cosa presupuestas por el comprador pasan, por decisión legal, a formar parte del acuerdo contractual.

(135) No es ésta la primera Directiva sobre consumo que equipara información publicitaria e información contractual, ya que, en el ámbito comunitario, dicha equiparación se remonta a la Directiva reguladora de los Viajes Combinados de 13 de junio de 1990, cuyo artículo 3.2.2 dispone que la información contenida en el programa o folleto informativo facilitado al consumidor antes de la celebración del contrato será vinculante para el organizador o el detallista del viaje combinado. Sucesivamente, alguna de las posteriores Directivas relativas a otros particulares contratos con consumidores abundan en idéntica equiparación (vid. así tanto el Cdo. 7.º como el art. 3.2 de la Directiva de 26 de octubre de 1994, sobre contratos de adquisición de derechos de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido).

A estos efectos, se constata tanto una influencia de la legislación comunitaria en la de los Estados miembros, como posiblemente también la tendencia inversa, por haberse anticipado algunos de ellos a las propias Directivas en cuanto a la referida equiparación entre información publicitaria y contractual. La prioridad parece corresponder a la Ley luxemburguesa de 25 de agosto de 1983, cuyo artículo 11 dispone que: «toute description des caractéristiques et qualités d'un produit ou d'un service faite dans des documents et moyens de publicité... est réputée faire partie du contrat... même si la publicité est le fait du fabricant, du détenteur ou de l'exploitant de la marque ou de tout autre professionnel situé en amont du vendeur».

demnización de daños y perjuicios, sino que, prescindiendo de aquél (136), la sanción estriba en que toda declaración del vendedor (o de un anterior distribuidor) relativa al producto (137), expresa o implícita, exacta o inexacta, pasa a formar parte del contrato, lo cual, pensando en términos de política legislativa (138), sólo puede contribuir a que el vendedor tienda a cerciorarse de la veracidad de sus propias afirmaciones e incluso de las formuladas por sus predecesores en la cadena de distribución del producto.

En última instancia, la responsabilidad del vendedor por las declaraciones públicas de la fase precontractual se asienta sobre la presunción legal

(136) En realidad, hasta que la legislación de consumo (cfr. nota anterior) —y, en realidad, ya antes, algunas resoluciones judiciales, como la STS de 27 de enero de 1977, que puede considerarse pionera de esa tendencia en nuestro ordenamiento—, optó por convertir en vinculante para el suministrador del producto la publicidad relativa a él, se había considerado que las afirmaciones publicitarias inexactas no podían ser sancionadas, entendiéndose que, como máximo, entrañaban «dolo bueno» o inocuo, que, por ser usual en el tráfico, a nadie podía coger desprevenido ni, por su falta de seriedad, inducir al comprador a contratar: «Mais si le vendeur a seulement usé de ces expressions ordinaires aux vendeurs, qui louent vaguement ce qu'ils veulent vendre, l'acheteur, n'ayant pas dû prendre ses mesures sur des expressions de cette nature, il ne pourra faire résoudre la vente sur un tel pretext» (así DOMAT, *op. cit.*, pág. 79).

Por contra, tal y como indicamos en el texto, la conversión *ex lege* de las declaraciones publicitarias en vinculantes para quien las formula se asienta sobre la presunción legal de que la publicidad relativa al producto sí influye en la decisión del consumidor de contratar (cfr. art. 2.4, últ. apdo. Dir.). Pero, en realidad, el expuesto fenómeno de valoración jurídica de la publicidad es incluso anterior a la legislación de consumo, por cuanto sus excesos empezaron a ser reprobados ya en los albores del comercio de masas y ejercido en forma empresarial, entendiéndose que cabía exigir a la empresa mercantil mayor seriedad y rigor que al pequeño comerciante no respaldado por una organización estable: «...erkennbare oder übliche Übertreibungen in der Anpreisung gelten universell als nicht bindend... Der moderne Handel hat mehr Würde angenommen, und das Publikum ist empfindlicher gegen Missbrauch seiner Leichtgläubigkeit geworden... So mag heute ungehemmte Lobpreisung leichter ernstgenommen werden als in der Zeit wandernder Schausteller auf Jahrmarkten» (vid. RABEL, *Das Recht...*, II, pág. 151).

(137) Es evidente que no toda afirmación publicitaria puede convertirse en vinculante, sino —tal y como se limita a sugerir la Directiva (art. 2.2.d): «declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes...»)— sólo las relativas a las *cualidades* y al *uso* y a las *prestaciones* del producto. De *lege data*, se echa, pues, en falta tanto en la legislación comunitaria como en la española (cfr. art. 8.1 LGDCU y art. 2.º de la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publicidad) algún tipo de delimitación entre *publicidad* y mera *propaganda*, ya que —recurriendo a un ejemplo banal, pero ilustrativo— mientras que la ponderación de la «frescura» de un perfume por no llevar alcohol en su composición sí debiera vincular a quien la formula, es evidente que no puede hacerlo la afirmación de que hace «irresistible» a su usuario.

(138) «Insofern aber das Benehmen der Parteien nach Treu und Glauben eine Rolle spielt und es daher allerdings auf Erklärungen des Verkäufers ankommt, sind alle die Erklärungen von Belang, auf die der Käufer vertrauen durfte» (así, RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, III, pág. 587).

de que aquél contrató movido o inducido por dicha información (139). Así lo evidencia el hecho de que el artículo 2.4 Dir., último apartado, exonere al vendedor, si demuestra que, en el caso concreto, tales declaraciones no pudieron influir en la decisión de comprar el bien de consumo (140). Asimismo, se le permite quedar exonerado si demuestra que —no siendo suyas— ni conocía ni podía conocer las declaraciones públicas relativas al producto (art. 2.4 Dir., primer apdo.) (141). O bien, que las había corregido o desmentido en el momento de la celebración del contrato (art. 2.4 Dir., segundo apdo.).

A nuestro entender, la previsión de dicha facultad de corrección es excesivamente benévola con el vendedor y, correlativamente, no garantiza suficientemente el interés del consumidor: dado que se permite al vendedor efectuar la corrección en el mismo momento de la celebración del contrato y presupuesto que —como venimos diciendo— la información precontractual queda, por decisión legal, incorporada al propio contrato, no se deja a aquél tiempo suficiente para reflexionar sobre el nuevo contenido del acuerdo contractual. En aras de la correcta formación de la declaración de voluntad del comprador (de su plena consciencia y libertad), sólo hubiera

(139) La más remota manifestación de la referida presunción la encontramos en la jurisprudencia del Tribunal Federal suizo y, en concreto, en su sentencia de 25 de septiembre de 1945, que considera establecida la relación de causalidad entre la publicidad y la decisión de contratar, cuando, valoradas conforme a las reglas de la experiencia, las declaraciones publicitarias son adecuadas para inducir a la compra. La influencia de dicha decisión se deja sentir no sólo en la legislación internacional (vid. el ya citado art. 2.4 Dir., últ. apdo.), sino también en el Derecho interno español; una de las disposiciones más significativas al respecto es el artículo 3.1 del Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, relativo a la información a suministrar a los consumidores en la compraventa y arrendamiento de viviendas. Partiendo de idéntica presunción de causalidad entre declaración publicitaria y decisión del consumidor de contratar, ordena el precepto citado que: «La oferta, promoción y publicidad dirigida a la venta o arrendamiento de viviendas se hará de manera que no induzca ni pueda inducir a error a sus destinatarios, de modo tal que afecte a su comportamiento económico...»

(140) Por ejemplo, al vendedor le cabría demostrar que el comprador no pudo contratar influido por tales declaraciones porque conocía la inexactitud de las mismas.

(141) A nuestro entender, pese al reconocimiento de tal posibilidad de exoneración del vendedor —su desconocimiento, siempre y cuando esté justificado, de las declaraciones públicas relativas al producto—, no cabe suponer que aquél responde sobre la base de la culpa o del hecho propio. Tal y como se desprende del texto y, además (*supra* de la nota 133), la responsabilidad del vendedor es fruto de una elección o decisión de política legislativa, ajena a su actitud personal (esto es, a su dolo o culpa) y basada exclusivamente en la existencia de declaraciones publicitarias, cualquiera que sea su procedencia, aptas para inducir al consumidor a contratar. Ello presupuesto, si se permite al vendedor quedar exonerado por no haber podido siquiera conocer la existencia de tales declaraciones (art. 2.4, apdo. primero), es porque, por no conocerlas, no tuvo oportunidad de contradecirlas o corregirlas, que es lo único que legalmente se le exige.

debido admitirse una corrección efectuada antes de la celebración del contrato (142) (143).

1.2.3. La dimensión temporal del concepto de defecto: su existencia ya en el momento de la entrega

El examen del concepto de defecto no puede quedar completo sin referirse brevemente a su dimensión temporal. Así, hay que indicar que sólo constituye

(142) Es por ello que las Directivas de consumo, pioneras en atribuir valor vinculante a la publicidad relativa al bien o servicio (*supra* nota 135) sólo permiten al profesional suministrador quedar exonerado si corrige las declaraciones publicitarias **antes** de la celebración del contrato (cfr. art. 3.2.2 Dir. sobre Viajes Combinados, y art. 3.2.3 Dir. sobre derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido).

(143) Por lo demás, en este momento, el estado de la cuestión del referido proceso de valoración jurídica de la publicidad y, más ampliamente, de la información proporcionada al consumidor en la fase precontractual, lo representan los llamados *Principios de Derecho Contractual Europeo (PECL)*, elaborados por un comité de expertos encabezado por el Profesor OLE LANDO (de la *Business School* de Copenhague) y subvencionado por la Comisión Europea. El fin último de dicho Comité, constituido en 1980 (cfr. ZIMMERMANN, REINHARD, «Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo», en ZIMMERMANN, *Estudios de Derecho Privado europeo*, Madrid, 2000, pág. 114), es la elaboración de un futuro Código Europeo Común de Derecho Privado. Pero, por el momento y hasta la consecución del indicado objetivo, su misión está siendo aportar unas bases de armonización o una «infraestructura» para las futuras Directivas de la UE. Pues bien, el artículo 6:101, apdos. (2) y (3) de la última versión de los *Principios* * (cfr. OLE LANDO, OLE y BEALE, HUGH [eds.], *The Principles of European Contract Law*, La Haya/Londres/Boston, 2000) consolida algunas de las pautas que hemos venido indicando: la vinculación del suministrador profesional a las declaraciones públicas de la fase precontractual (tanto si son propias como si proceden de cualquier otro sujeto interviniente en la previa cadena de comercialización del producto), relativas a la calidad y a la utilización de aquél, así como su facultad de quedar desvinculado de ellas demostrando que el adquirente conocía o no podía desconocer la inexactitud de tales declaraciones o bien que él mismo ignoraba justificadamente que las mismas hubieran sido formuladas. Vid. así cómo el citado precepto se pronuncia en el sentido indicado: **Artículo 6: 101 (2) **** «If one of the parties is a **professional supplier** who gives information about the **quality or use** of services or goods or other property when **marketing or advertising** them or otherwise **before the contract** is concluded, the statement is to be treated as giving rise to a **contractual obligation** unless it is shown that the other party **knew** or could not **have been unaware** that the statement was *incorrect*».

(3) «Such information and other undertakings given by a person **advertising or marketing** services, goods or other property **for the professional supplier**, or by a person in **earlier links of the business chain**, are to be treated as giving rise to a **contractual obligation** on the part of the professional supplier unless he **did not know** and **had no reason to know** of the information or undertaking». **

* La primera versión de los *Principios* data de 1994.

** Para una versión castellana de los *Principios* (a cargo de PILAR BARRES BENLLOCH), consúltase la obra de SCHULZE y ZIMMERMANN, *Textos básicos de Derecho Privado europeo*, Madrid y Barcelona, 2002, págs. 449 y sigs.

*** Los subrayados son míos.

defecto de la cosa vendida por el que se responde aquél que ya existía (144) o estaba por lo menos latente en el momento de la entrega de la cosa. Es más, el propio plazo de ejercicio del derecho (dos años), contado a partir del momento de la entrega (art. 5.1 Dir.), iría dirigido precisamente a posibilitar —como veremos (145)— que acaben de hacerse manifiestos esos defectos sólo latentes. Cuando el defecto llega a manifestarse dentro de un plazo particularmente próximo a la entrega (seis meses a partir de ella: art. 5.3 Dir.), se facilita al consumidor el ejercicio de la reclamación, presumiéndose legalmente (y exonerándosele entonces de la correspondiente prueba) que el defecto existía ya en el mismo momento de la entrega (146).

Por tanto son, en principio, ajenos al concepto de defecto o falta de conformidad los posteriores a la entrega (salvo si llegan a manifestarse dentro de ese período de latencia de los dos años siguientes a aquélla: art. 5.1). Se han previsto, con todo, dos excepciones al respecto (cfr. art. 2.5):

- Se consideran igualmente incluidos en el concepto de defecto, los debidos a una incorrecta instalación del bien realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad (147), siempre que dicha instalación estuviere incluida en el contrato de compraventa (art. 2.5 Dir., primera proposición). Se trata, pues, de que, por acuerdo de los propios contratantes, la instalación que, en rigor, es una prestación de hacer, se convierte en complementaria de la prestación de dar o entregar (148) y, por tanto, sin ella, no puede considerarse completa la entrega, de manera que el defecto de instalación tampoco será tratado como posterior a la entrega, sino que queda incluido a todos los efectos en el deber de garantía.
- Igualmente, se incluye en el concepto de falta de conformidad la instalación defectuosa efectuada por el propio consumidor, si fue debida a que se le proporcionaron instrucciones de instalación incorrectas, sin

(144) Apuntaba ya a la conveniencia de esa misma inclusión en el régimen de saneamiento del Código Civil español, LLÁCER MATA CÁS, *El saneamiento*, cit., pág. 157.

(145) Vid. *infra* el epígrafe relativo a los plazos.

(146) Dicha inversión de la carga de la prueba está pensada como medida de protección del consumidor, ya que es más fácil para el vendedor contrarrestar la presunción legal, demostrando que el defecto no existía en el momento de la entrega, por ser debido a un mal uso del producto por el consumidor, que para éste, por falta de conocimientos técnicos, probar la anterioridad del defecto, sobre todo en aquellos casos en que el defecto no se manifiesta inmediatamente después de la compra (cfr. TENREIRO, *loc. cit.*, págs. 202 a 203).

(147) Hay que entender que la responsabilidad del vendedor por la instalación se extiende tanto a la realizada por sus dependientes como a la realizada por un tercero con autonomía, pero por cuenta suya, por ejemplo, por un subcontratista (arg. ex art. 1.721 del Código Civil).

(148) En sentido análogo, vid. LETE, *loc. cit.*, pág. 1374: «...las dos prestaciones, entrega e instalación del bien de consumo, resultan inseparables para satisfacer el interés del comprador de acuerdo con los términos del contrato».

distinguirse —al igual que vimos para las declaraciones públicas de la fase precontractual (cfr. *supra* epígrafe II, 1.2.2)— si proceden éstas del vendedor o del fabricante (cfr. art. 2.5 Dir., segunda proposición, precepto al que ha llegado a llamarse «*regla Ikea*», por haber sido, al parecer, introducido en la Directiva pensando en las instrucciones de instalación que acostumbra a facilitar a sus usuarios la conocida empresa sueca).

Tales excepciones suscitan una observación que contrasta con el régimen de responsabilidad por el defecto que expondremos acto seguido: por contraposición a dicho régimen, independiente de la culpa, en los dos casos reseñados responde el vendedor por una actuación incorrecta —sea durante la propia ejecución del contrato («incorrecta instalación») o incluso antes de él («error en las instrucciones de instalación»), que pudieron haber sido facilitadas antes de la propia perfección del contrato— y, sobre todo, tanto si dicha actuación es propia (instalación efectuada por él mismo o bajo su responsabilidad) como de otro sujeto (instrucciones defectuosas proporcionadas al consumidor por el fabricante).

2. EL SUJETO RESPONSABLE

Tal y como ya traslucía el régimen de responsabilidad por las declaraciones públicas relativas al producto (cfr. *supra* epígrafe II, 1.2.2), es al vendedor a quien el legislador comunitario ha decidido convertir en responsable frente al consumidor por la falta de conformidad de la cosa vendida con el contrato. Dicho sujeto responde —al igual que en las regulaciones nacionales del saneamiento (cfr. art. 1.485,1 del Código Civil)— por la sola existencia del vicio o defecto de la cosa vendida y, por tanto, aun sin serle imputable (149).

No obstante, es ésta una decisión que el legislador comunitario adopta, además de provisionalmente, con escasa convicción. En efecto, a tal punto es provisional la elección del vendedor como responsable, que la propia Directiva prevé su revisión en una fecha preestablecida («a más tardar el 7 de julio de 2006»: art. 12 Dir.), a fin de ponderar si procede introducir la responsabilidad directa del productor o fabricante frente al consumidor (*id.* art. 12 Dir.) (150). Y ello por considerarse que, dadas las condiciones de producción y distribución de la economía moderna, es él, antes que el vendedor, el responsable de la **falta de calidad** de los productos.

(149) Cfr. LARENZ, *op. cit.*, pág. 37; para el Derecho español, vid. en el mismo sentido, ALBALADEJO, II, 2º, pág. 27.

(150) El Cdo. núm. 23 de la Directiva aplaza el posible establecimiento de una responsabilidad directa del productor a un estadio de «mayor armonización».

En realidad, a este respecto barajaron las autoridades comunitarias y, en concreto, la Comisión Europea, los mismos razonamientos que, en su día, llevaron al legislador europeo a señalar al fabricante (cfr. art. 1.º Dir 85/374/CEE, de 25 de julio de 1985, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos) como sujeto que debe soportar el coste económico derivado de la **falta de seguridad** de los productos: «Dans les sociétés modernes de consommation, basées sur des systèmes de production et distribution de masse, la confiance des consommateurs concernant les produits qu'ils achètent, est plus liée à la compétence qu'ils attribuent aux fabricants que a celle des vendeurs; la concurrence entre produits semblables se fait également plus entre les marques qu'entre les vendeurs... Lorsque le défaut d'un bien résulte de la fabrication du produit il est contradictoire que le vendeur, qui n'a aucune influence sur le processus de production et qui, dans beaucoup de cas, n'a même pas déballé le produit, soit le seul responsable auquel l'acheteur puisse s'en tenir» (151).

La cuestión es por qué, partiendo de análogas premisas, se señala como responsables a sujetos diversos, según el defecto del producto sea de *seguridad*, en cuyo caso se hace responsable al fabricante, o de *calidad* (152), en cuyo caso lo es el vendedor (153).

A nuestro entender, dos razones de política legislativa explican la indicada elección:

- En primer lugar, la escasa ambición (154) con que aborda el legislador comunitario la armonización en materia de garantías, que aspira sólo a extraer una base o mínimo sustrato común de las regulaciones nacionales de la garantía (cfr. Cdo. 1.º: «...base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales...»), la mayor parte de las cuales señalan al vendedor como sujeto obligado por la garantía (155). En cam-

(151) Así, en el citado *Libro Verde* o documento de trabajo preparado por la Comisión Europea con vistas a la elaboración de la Directiva; vid. su pág. 82.

(152) La referida incongruencia entre decisión (en este caso, elección de responsable) y premisas demostraría una vez más, que, particularmente en el Derecho de las obligaciones y de los contratos, pesan más las decisiones de política jurídica que la racionalidad de las construcciones.

(153) No es óbice a la comparación que establecemos el hecho de que, en tanto que parte contractual del consumidor, sólo el vendedor pueda satisfacer sus demandas, ya que —como veremos al examinar *infra* los remedios legalmente previstos— ya no son éstos sólo, como en las regulaciones nacionales, la restitución o la reducción del precio en su día pagado por el comprador, sino también otros que, como la reparación o la sustitución del producto defectuoso, sí están, en cambio, en la mano del fabricante.

(154) Así lo señalábamos ya en nuestra **Introducción**.

(155) En el momento de iniciarse los trabajos preparatorios de la Directiva, sólo unos pocos Estados permitían al consumidor reclamar directamente al fabricante por la falta de calidad del producto (dicha posibilidad le había sido reconocida sólo por

bio, a efectos de la responsabilidad por productos, pudo efectuarse la armonización sin vinculación a las tradiciones nacionales, dado que la mayoría de ellas, o bien carecía de regulación autónoma al respecto (más allá de las normas de responsabilidad extracontractual) o bien sólo podía aportar al acervo comunitario leyes muy recientes (156).

- En segundo término, hay que tener en cuenta que, en materia de seguridad de productos, el objetivo esencial es seleccionar, como responsable entre los diversos agentes del proceso de producción y comercialización del producto, a un sujeto capaz de soportar el coste económico de los daños causados por el producto defectuoso, coste que puede ser particularmente elevado, si el producto ha llegado a causar lesiones corporales o incluso la muerte de alguno (o incluso de un número indefinido) de los afectados (157). Pues bien, ese sujeto de solvencia o capacidad económica notable lo es antes el fabricante que el vendedor o detallista, que acostumbra a ser un pequeño comerciante.

Cuando el defecto es de calidad, el objetivo primordial es, en cambio, que la satisfacción del consumidor sea lo más rápida y al menor coste posible (cfr. art. 3.2 y 3.3, último párrafo Dir. sobre garantías). De ahí entonces, el interés en señalar como responsable al sujeto que acostumbra a ser más accesible o más fácilmente localizable para el consumidor (158), que no es otro que su parte contractual, esto es, el vendedor o suministrador final del producto.

la jurisprudencia francesa y belga, así como por la legislación luxemburguesa, en concreto por la Ley de 15 de mayo de 1987, que modificó el artículo 1.645 del Código Civil del citado país, a fin de introducir la referida posibilidad).

(156) Cuando en 1985 se promulgó la ya citada Directiva de responsabilidad por productos defectuosos, sólo Francia y Gran Bretaña contaban con leyes especiales sobre la materia (en Francia, se trataba de la Ley núm. 83-660, de 21 de julio de 1983, y en Gran Bretaña, de la *Product Safety Act* de 1978; vid. al respecto KOCH, DETLEF, *Produkthaftung*, Berlín, 1995, págs. 339 a 340). En realidad, el sistema legal pionero en materia de responsabilidad por productos es el de Estados Unidos (cfr. *Consumer Product Safety Act*, de 1972), hasta el punto de que fueron las exigencias de los importadores norteamericanos las que forzaron al legislador comunitario a abordar la regulación de la materia.

(157) Precisamente en previsión de la posible desmesurada cuantía de los daños personales, el artículo 16.1 de la Directiva sobre productos defectuosos, permite a los Estados miembros limitar a una suma máxima global el coste de los daños resultantes de la muerte o lesiones corporales causados por un mismo producto. En ejercicio de la indicada facultad, el artículo 11 de la correspondiente Ley española, de 6 de julio de 1994, sitúa el límite en la cantidad en euros equivalente a diez mil quinientos millones de pesetas.

(158) Sobre el objetivo de la fácil localización del eventual responsable y sobre el interés del legislador comunitario en proporcionar al consumidor, para facilitar el ejercicio de sus derechos, un interlocutor accesible, cfr. Cdo. undécimo de la Directiva sobre garantías, que recomienda a los fabricantes adjuntar a los productos una lista que incluya por lo menos una dirección de contacto en cada Estado miembro donde se distribuya la mercancía.

Por lo demás, la elección del vendedor como responsable de la falta de calidad del producto ni está por entero desprovista de justificación ni, en última instancia, hace gravitar sobre él el coste de la satisfacción del consumidor. Bajo el primer aspecto, hay que tener en cuenta —además de que, como indicábamos al inicio del epígrafe, en materia de garantías el criterio de imputación no es la culpa— que, al fin y al cabo, es el vendedor quien escoge entre sus posibles proveedores y quien está en mejores condiciones que el cliente final de conocer su fiabilidad y la de sus productos (159).

Pero, sobre todo, la referida elección está únicamente dirigida a proporcionar al consumidor insatisfecho un interlocutor accesible, evitando además que, frente a él, fabricante y vendedor tiendan a descargarse mutuamente de responsabilidad. Cumplido ese objetivo, no sólo no se impide, sino que, por el contrario, se ha previsto que pueda el vendedor repercutir sobre el fabricante (o sobre el vendedor anterior o cualquier otro intermediario en la cadena de distribución del producto: Cdo. 9.^a Dir.) (160) el coste de la satisfacción al consumidor. Así, según el artículo 4.º de la Directiva, «cuando el vendedor final deba responder ante el consumidor por falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario, el vendedor final podrá emprender acciones contra la persona responsable en la cadena contractual. La legislación nacional determinará quién es el responsable, o los responsables, contra los que podrá emprender acciones el vendedor final, así como las acciones y las condiciones de ejercicio correspondientes».

Del precepto transcrito se desprende que, mientras que frente al consumidor la responsabilidad (del vendedor) es independiente de la culpa, en cambio, en la cadena de distribución del producto, las responsabilidades de los sujetos intervinientes en esa cadena se dirimen en función de la culpa o hecho propio (por «acción u omisión»: art. 4.º cit), esto es, en la medida en que les sea imputable la existencia del defecto. Sobre la naturaleza (contractual o extracontractual) de esa responsabilidad y las posibles causas de exoneración del responsable, no se pronuncia la Directiva, remitiéndolas a las futuras regulaciones nacionales.

Son éstas, por tanto, las que habrán de decidir si el vendedor puede reclamar por razón de la falta de conformidad (y de la consiguiente satisfacción prestada al consumidor) sólo a su parte contractual o directamente al respon-

(159) En este sentido, vid. PARRA, *loe. cit.*, pág. 226.

(160) Según el ya citado Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva, dicha posibilidad de recurso reconocida al «vendedor final» (*sic*) debería «garantizar sobre todo la situación jurídica de las PYME frente a los suministradores anteriores» (así, el apdo. 3.20 del citado Dictamen).

sable del defecto, sea o no su parte contractual (161). Por otra parte, en aplicación de las reglas generales de responsabilidad, deberán las regulaciones nacionales decidir asimismo en qué medida la facultad de reclamación del vendedor ha de quedar limitada en función de su propia responsabilidad en la existencia del defecto. Así, debería excluirse o, como mínimo, reducirse su alcance, si se comprueba que el defecto es posterior a la salida de fábrica del producto o que, aun siendo anterior, se ha visto agravado estando la cosa en poder del vendedor (por ejemplo, debido a su incorrecto almacenamiento o a las defectuosas condiciones de conservación). Por otra parte, como sanción a su mala fe, debería limitarse tal facultad en los casos en que, aun siendo el defecto ajeno a la intervención del vendedor, le haya sido conocido y, pese a ello, lo haya silenciado al comprador (arg. ex arts. 1.485,2 y 1.486,2 del Código Civil) (162).

Otro extremo que implícitamente se deja a las legislaciones nacionales (puesto que se remiten también a ellas las «modalidades» de la acción: Cdo. 9." Dir.) es el concepto y el alcance de la reclamación. En efecto, cabe preguntarse si estamos ante una acción de estricta repetición o reembolso de lo satisfecho al comprador (pudiendo reclamarse, por ejemplo, al fabricante el coste de la reparación o el precio del producto que hubo que restituir al comprador) o se trata, en cambio, de una verdadera acción de indemnización o de reparación de todo el perjuicio sufrido por el vendedor como consecuencia de la falta de conformidad o del carácter defectuoso del producto vendido (en cuyo caso podría el vendedor reclamar del responsable no sólo el coste estricto de la satisfacción prestada al comprador, sino todos los daños e inconvenientes que haya podido ocasionarle la existencia del defecto) (163). A

(161) Cifrándonos a las legislaciones nacionales más detalladas en este momento, tanto en el Código Civil holandés como en el alemán, el legitimado pasivo de la reclamación del vendedor lo es sólo su parte contractual (cfr. art. 25.1 del Libro 7." del Código Civil holandés: «tiene el vendedor el derecho a la indemnización de daños frente a aquél del que haya comprado la cosa...»; vid. igualmente el §478 [I] BGB, que alude a las pretensiones y derechos del vendedor contra el empresario que le haya a su vez vendido o suministrado a él mismo la cosa).

(162) También a estos efectos resulta ilustrativa la regulación holandesa. Así, el ya citado artículo 25, apdos. 3 y 4 del Libro 7." del Código Civil holandés impide al vendedor reclamar a sus predecesores en la cadena de distribución del producto en los siguientes casos: si la falta de conformidad de la cosa vendida con el contrato deriva de hechos que conociera o debiera conocer, si su causa se encuentra en una circunstancia ocurrida después de que la cosa fuera entregada al vendedor, o bien si falta a la cosa una característica que, según el vendedor poseía, en cuyo caso su derecho a la indemnización queda limitado al importe que hubiera podido obtener del comprador de no haberle hecho la promesa.

(163) Piénsese, por ejemplo, en el descrédito o menoscabo de su reputación profesional (y en la consiguiente pérdida de clientela) que puede experimentar el suministrador como consecuencia de la venta de géneros defectuosos (sobre la defensa del llamado «honor mercantil», reconocido incluso a las personas jurídicas, véase como pionera en nuestro ámbito, la STS de 28 de febrero de 1959).

nuestro entender, parece más congruente con su carácter de acción de responsabilidad (cfr. art. 4.º Dir.: «por acción u omisión»), que pueda llegar a obtenerse a través de ella no sólo el reembolso de lo pagado o prestado al consumidor, sino también el resarcimiento de todos los perjuicios que haya acarreado al vendedor la existencia del defecto (164).

Finalmente, procede aún una indicación a este respecto. Y es que, en última instancia, el legislador comunitario ha supeditado tanto el alcance como la propia existencia de la acción de reclamación del vendedor a los pactos que hayan podido mediar entre éste y los anteriores distribuidores del producto o su fabricante. En suma, la referida acción es renunciable (165). Ello implica que, en la relación entre profesionales, impera la libertad contractual (166), mientras que, como enseguida se verá, en la relación entre el profesional responsable (el vendedor) y el consumidor, el Derecho imperativo se sobrepone al pacto (vid. así el art. 7.1 Dir.).

3. LOS REMEDIOS LEGALMENTE PREVISTOS PARA LA «PUESTA EN CONFORMIDAD» DE LA COSA VENDIDA CON EL CONTRATO

La ya expuesta ampliación del concepto de *defecto*, que constituye uno de los aspectos más novedosos de la regulación armonizada de las garantías (cfr. *supra* ep. II, 1.2), redundará en una correlativa ampliación de los recursos o remedios puestos a disposición del consumidor, a fin de que la cosa vendida sea puesta en conformidad con el contrato. Más exactamente, la correlación entre ambas tendencias (ampliación tanto de la noción de defecto como del elenco de los remedios legalmente previstos para su corrección) parece que-

(164) El citado artículo 25 del Código Civil holandés regula la acción aquí examinada como acción de indemnización, no sólo porque así la califica repetidamente (así, en sus apdos. 1.º a 4.º), sino porque, a través de ella, permite al vendedor reclamar costes tales como los «gastos de defensa» que haya soportado como consecuencia de la reclamación del comprador.

(165) No lo establece expresamente el artículo 4.º Dir., pero, precisamente porque no se prohíbe la renuncia, cabe entender que es ésta posible. Además, confirma tal posibilidad el Cdo. 9.º de la Directiva, que viene a decir que el vendedor tiene a su favor la acción de reclamación contra sus predecesores en la cadena de distribución del producto, «salvo que hubiese renunciado a ese derecho», y que «la presente Directiva no afectará al principio de libertad contractual entre el vendedor, el productor, un vendedor anterior o cualquier otro intermediario...»

(166) Con todo, dicha libertad contractual entre profesionales está sujeta a los límites ordinarios de la autonomía de la voluntad (arts. 50 y 53 del Código de Comercio y, por remisión suya, art. 1.258 del Código Civil) y al control derivado del principio de buena fe (art. 57 del Código de Comercio), de manera que no valdrá la renuncia del vendedor si el sujeto responsable (fabricante o anterior vendedor del producto) y beneficiario de la renuncia, conocía previamente la existencia del defecto (arg. ex art. 1.485.2 del Código Civil).

dar mejor explicada en sentido inverso, puesto que, al fin y al cabo, la radicalidad o contundencia de los remedios tradicionales contribuyó en gran medida a la estrechez de la noción legal de «vicio»: los vicios debían de ser de tal entidad que justificasen la propia resolución o destrucción del contrato, o, cuando menos, su modificación, a fin de posibilitar una rebaja del precio ya pactado (cfr. art. 1.484 del Código Civil: «...por los defectos ocultos que tuviere... si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso, que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella...») (167).

En congruencia con ello, es harto probable que la actual amplitud de la gama de mecanismos correctores de la falta de conformidad haya allanado el camino al legislador comunitario a la hora de superar, en beneficio del consumidor, la estrechez de la noción tradicional de *vicio* o defecto, obligando al vendedor a corregir «cualquier falta de conformidad» (art. 3.1 Dir.) (168).

Y es que, en efecto, el artículo 3.2 Dir. permite comprobar que, a los remedios tradicionales del saneamiento o garantía legal (resolución del contrato o bien mantenimiento del mismo, pero con rebaja del precio pactado o pagado: art. 1.486,1 del Código Civil), se suman en la regulación comunitaria otros dos, la reparación y la sustitución por otra de la cosa vendida, previstos ya desde hacía tiempo en las garantías comerciales (169) que los vendedores y fabricantes venían ofreciendo a sus clientes.

3.1. *Los remedios primariamente elegibles por ser compatibles con la conservación del contrato: la reparación y la sustitución por otra de la cosa defectuosa*

Ahora bien, presupuesta esa amplitud de remedios o vías de satisfacción del consumidor en los casos de falta de conformidad, enseguida se comprueba que no puede el consumidor optar libremente entre ellos; es más, en última instancia, la elección de la forma de saneamiento corresponde, en realidad, al vendedor.

De entrada, la elección del consumidor está vinculada por la jerarquía que establece el legislador entre los diversos medios de corrección de la falta de

(167) Vid. asimismo cómo, con apoyo, el Digesto (D. XXI, I, 1 §8), declaraba GARCÍA GOYENA al comentar el precepto (que en el Proyecto de 1851 era el art. 1.406): «no basta un vicio o defecto cualquiera, por levisimo que sea, dice la citada Ley 1 romana, párrafo 8...»

(168) Sobre la ampliación de la noción legal de *defecto*, vid. *supra* nuestros epígrafes II, 1.2.1. y 1.2.2.

(169) Sobre la distinción entre *garantía legal* y *comercial*, vid. *supra* nuestro epígrafe I, 2.

conformidad. Así, no puede aquél optar, de entrada, por los remedios que, como la resolución del contrato o la reducción del precio, hacen peligrar la subsistencia del propio contrato o de sus condiciones originales, sino que se le induce a decidirse primero por la reparación o por la sustitución por otro del bien entregado (cfr. art. 3.3 Dir.: «En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya...») y, sólo si estas medidas son inviables (en los términos del art. 3.3), se le permite optar por la resolución o por la rebaja del precio (art. 3.5).

Ello significa que, pese a ser ésta una Directiva que dice tener como uno de sus objetivos primordiales reforzar la confianza del consumidor en el mercado (en el mercado común europeo: cfr. Cdo. 5.º Dir.), no vacila en sacrificar tal confianza en aras de un diverso objetivo jurídico-económico: la conservación del negocio celebrado y, en definitiva, la seguridad de las transacciones. Y ello porque, al obligar al comprador a optar primero por la reparación o por la sustitución de la cosa defectuosa, se le obliga a aceptar, reparado o sustituido por otro igual, un bien en el que, debido al defecto, probablemente ya no confía.

Además, como ya anticipábamos, la elección de la forma de saneamiento corresponde, en última instancia, al vendedor (170), no sólo porque es éste, en realidad, el único legitimado para tomar la iniciativa y proponer al comprador una u otra forma de saneamiento (171), sino porque la viabilidad de cualquier elección (suya, si hace uso de esa facultad, o del comprador, si no haciendo uso de ella, es éste quien elige) (172), se decide en función de su conveniencia, no siendo elegibles aquellas formas de saneamiento que impongan al vendedor costes desproporcionados.

En el caso de la reparación y de la sustitución, los costes a tener en cuenta parecen ser los del artículo 3.3, párrafo 2.º [mano de obra y materiales, así como gastos de envío (173) de la cosa reparada o de la que sustituye a la defectuosa], que menciona esos conceptos para prohibir al

(170) En contra de lo inicialmente previsto (vid. *Libro Verde*, cit., pág. 85), el reconocimiento de dicha facultad de elección del vendedor es independiente de su actitud personal, ya que no se le priva de ella ni siquiera si es de mala fe, esto es, si conocía la existencia del defecto.

(171) «Considerando que cuando exista una falta de conformidad, el vendedor siempre podrá proponer al consumidor, como solución, cualquier forma de saneamiento...» (cfr. Cdo. núm. 12 de la Directiva).

(172) Tal y como hace el artículo 21.2 del Código Civil holandés, debería haber previsto la Directiva que la facultad de formular la iniciativa o propuesta se defiera al comprador, si no hace uso de ella el vendedor «en un tiempo breve».

(173) La mención en el artículo 3.4 de los «gastos de envío» como coste necesario y no eventual induce a pensar que, pese a no mencionarse el lugar de cumplimiento de la obligación de reparar o sustituir la cosa defectuosa, se ha previsto que sea éste el domicilio del vendedor.

vendedor que los repercuta sobre el comprador, ya que toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo «sin cargo alguno» para aquél (art. 3.2, 3 y 4). En cuanto a los parámetros para calibrar el carácter desproporcionado o, por el contrario, razonable (y, por tanto, elegible por el comprador) de la reparación o de la sustitución son los que indican los tres apartados del artículo 3.3, párrafo 2.º («El valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad. La relevancia de la falta de conformidad y, si la forma de saneamiento alternativa pudiera realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor»).

A nuestro entender, ello implica:

- a) Que la reparación y la sustitución sólo son exigibles al vendedor si su coste es inferior al precio de mercado del producto (pues a él equivale el valor que tendría el bien sin el defecto: art. 3.3, párr. 2.º, 1.º apdo.) (174). Si, en cambio, el coste de tales medidas iguala o incluso rebasa el del propio producto, estaría facultado el vendedor a oponerse a ellas, porque incluso la resolución del propio contrato (con la consiguiente obligación de devolución del precio pagado por el consumidor) puede llegar a serle más rentable (175).
- b) Ello presupuesto, la elección del comprador entre la reparación y la sustitución, habrá de ser aprobada por el vendedor: éste siempre podrá imponerle la forma de saneamiento alternativa —la de menor coste para él (arg. ex art. 3.3, párr. 2.º)—, demostrando (176) que su puesta en práctica no reviste para el consumidor mayores inconvenientes (por ejemplo, un período de espera más largo) que la elegida por él mismo (177).

(174) En contra de lo que pudiera pensarse, la sustitución no será siempre y necesariamente una medida más gravosa que la reparación: al vendedor puede serle más rentable entregar al consumidor un bien de la misma serie que el defectuoso que ya obra en su poder y que, naturalmente, él no ha adquirido a precio de mercado, sino de mayorista, que financiar y encargar a un tercero —si, por carecer de servicio técnico, no está él mismo en situación de ofrecerla— una reparación que se revela costosa, por razón de los materiales o, sobre todo, de la mano de obra.

(175) Podría llegar a serle más rentable, porque, tal y como indica el Cdo. 15 de la Directiva, para el caso de la resolución, pueden llegar a establecer los Estados miembros que se pueda reducir el importe a restituir al consumidor, teniendo en cuenta el uso que éste haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado.

(176) Ni que decir tiene que no debiera bastar con la mera aseveración del vendedor en ese sentido, sino que debería exigírsele, para poder imponer su elección al comprador, la asunción de un compromiso u obligación frente a éste (por ejemplo, que el vendedor se comprometa por escrito a que la reparación, preferida por él en lugar de la sustitución solicitada por el comprador, será efectuada antes de una determinada fecha).

(177) Uno de los inconvenientes que debería quedar descartado para el comprador es la pérdida de valor que a menudo experimenta el producto a consecuencia de la reparación. Por ello, sólo debiera permitirse al vendedor optar por la reparación en lugar de la

- c) En cuanto al tercer criterio mencionado («la relevancia de la falta de conformidad»), no tiene un valor independiente, sino que modaliza o corrige el resultado derivado de los dos anteriores. A nuestro entender, tal criterio desempeña aquí (a los efectos de elegir entre reparación y sustitución) una función análoga a la que luego veremos respecto a la elección entre resolución y rebaja del precio (art. 3.6): merma o reduce, si cabe, la facultad de elección del consumidor, de manera que, siendo la falta de conformidad leve o de escasa importancia, podría el vendedor imponer a aquél el remedio alternativo (la reparación, si el consumidor ha elegido la sustitución, y viceversa), aun sin comprometerse o demostrarle que la forma de saneamiento elegida por él mismo no reviste mayores inconvenientes que la preferida por él consumidor.

Pero, al margen de la incidencia que en el caso concreto puedan tener los referidos criterios en cuanto a la elección entre reparación y sustitución, existe, además, un supuesto en que tales medidas no son indistintamente elegibles. Así, tratándose de bienes «de segunda mano» (*sic* art. 7.1, 2), «no se puede aplicar por regla general el derecho del consumidor a la sustitución» (Cdo. núm. 16). En realidad, no existe prohibición al respecto, pues no la establece el articulado, pero se considera que la «naturaleza específica» de tales bienes dificulta por regla general su sustitución (*id.* Cdo.) (178). Y ello porque la posibilidad de recambio o sustitución presupone el carácter fungible o perfectamente intercambiable por otros del bien en cuestión, de manera que, siendo defectuoso, pueda ser sustituido por

sustitución, si demuestra o garantiza al comprador que aquella medida no redundará en menoscabo del valor o de la utilidad del producto.

(178) Otra peculiaridad de los bienes de segunda mano, que sí ha sido prevista en el articulado (art. 7.1.2), es la autorización conferida a los Estados miembros para permitir los acuerdos contractuales entre el vendedor y el consumidor tendentes a reducir el plazo legal de garantía aplicable a tales bienes, si bien el plazo acordado nunca podrá ser inferior a un año. Pese a esa posible reducción del plazo, parece inexcusable que los bienes usados queden igualmente sujetos a un régimen de garantía (aun así, el legislador comunitario admite su exclusión cuando hayan sido vendidos en subasta: art. 1.3 Dir.). Y ello porque también respecto a ellos concurren los presupuestos de la obligación de garantía (sobre la procedencia de sujetar los bienes usados al régimen de garantías, *cfr.* RABEL, *Das Recht des Warenkaufes*, cit., II, pág. 181). Así, al igual que los que son nuevos o a estrenar por el consumidor, son también éstos susceptibles de suscitar su confianza o sus expectativas (a menudo inducidas por determinadas afirmaciones del vendedor, que ofrece la cosa «como nueva» o «en buen estado»), además de que pueden, al igual que aquéllos, carecer de las cualidades o de las prestaciones habituales en una cosa, usada, de la misma naturaleza y de que, siendo el consumidor un comprador no experto, puede tener tantas —si no más— dificultades para reconocer tales deficiencias en una cosa usada como en una nueva.

otro idéntico en perfecto estado (179). Ese carácter quiebra, en cambio, en los bienes de segunda mano, dado que el grado de uso o de antigüedad de los mismos introduce siempre un factor diferencial, incluso entre los pertenecientes a una misma serie (180).

3.2. *La subsidiariedad de los remedios tradicionales del saneamiento: la «reducción adecuada del precio» y la «resolución» del propio contrato*

Como anticipábamos en el anterior epígrafe, la facultad del consumidor de optar por los remedios tradicionales del saneamiento (esto es, por una reducción adecuada del precio de la cosa o bien por la resolución del propio contrato) se supedita a la inviabilidad, inicial o sobrevenida, de la reparación y de la sustitución. Así, según el artículo 3.5, el consumidor sólo tendrá derecho a la reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato de compraventa (con derecho entonces a la restitución íntegra del precio) (181) en dos casos:

- a) Cuando no haya podido elegir ni la reparación ni la sustitución (art. 3.5, primer apartado), por haberse opuesto el vendedor a tales medidas, si considera que le acarrearán costes desproporcionados [vid. *supra* el apdo. a) de nuestro anterior epígrafe].
- b) Cuando habiendo optado el vendedor, o bien el propio consumidor con aquiescencia suya, por la reparación o por la sustitución se haya retrasado aquél en la ejecución de la medida, o bien, la haya incumplido (182) o cumplido defectuosamente (art. 3.5, apdos. segundo y tercero: «si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en

(179) Tal y como indica el ya citado Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva (vid. su apdo. 3.15), «en el caso de los bienes de fabricación industrial en serie, la mejor reparación desde el punto de vista del consumidor es, por regla general, la sustitución (el cambio de un producto defectuoso por otro en perfecto estado)».

(180) Es evidente que, ya sólo en función del cuentakilómetros, un coche usado nunca es igual a otro coche usado.

(181) En realidad, en cuanto al importe a restituir en caso de optar el consumidor por la resolución, téngase en cuenta que el legislador comunitario autoriza a los legisladores nacionales a fijar las reglas de la resolución y, en particular, a establecer una posible reducción del importe a restituir en función del uso que aquél haya hecho de la cosa desde el momento en que le fue entregada (cfr. Cdo. 15 Dir.).

(182) Para el caso de incumplimiento de la obligación de reparación, no confiere la Directiva al comprador una medida de *ayuda propia* o autoprotección como sí le reconoce, en cambio, el artículo 21.3 del Libro 7.º del Código Civil holandés (vid. *infra* nuestro epígrafe 3.4).

un plazo razonable; si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor») (183).

Al igual que ocurre con los remedios primarios, tampoco son estos dos (la reducción del precio y la resolución del contrato) indistintamente elegibles en todos los supuestos, puesto que, tal y como resulta del artículo 3.6, no puede el consumidor optar por la resolución del contrato, si la falta de conformidad (esto es, el defecto) es de escasa importancia. Vemos así cómo —al igual que ocurría en cuanto a la elección entre reparación y sustitución (art. 3.3, párr. 2.º)— la escasa relevancia o levedad del defecto incide en la facultad de elección del consumidor, en este caso, privándole de ella y obligándole entonces a conformarse con una «reducción adecuada» (184) del precio (arts. 3.5 y 3.6) (185).

(183) Dado que el legislador se refiere inespecíficamente a la omisión de la reparación o de la sustitución «en un plazo razonable» (art. 3.5, apdo. segundo) y no se proporcionan siquiera indicios de cuál pudiera ser éste (puesto que tampoco se ha previsto un plazo para la ejecución de la prestación de reparación o de sustitución), parece que el mero retraso o espera a partir de la reclamación facultaría al comprador para optar por los remedios subsidiarios (art. 3.5: la reducción del precio o la resolución del contrato), sin necesidad entonces de constituir previamente al vendedor en mora en cuanto a esa obligación de reparar o sustituir la cosa. Siendo así, esa facultad del comprador de instar la resolución del contrato o de solicitar una rebaja del precio por el mero retraso del vendedor actuaría como medida de presión sobre éste, induciéndole a satisfacer cuanto antes el interés del consumidor a través de los remedios primarios (la reparación o la sustitución del producto defectuoso).

Por otra parte, tampoco se acotan los términos del cumplimiento defectuoso o del incumplimiento de tales prestaciones, que se definen meramente por «no llevar a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor» (art. 3.5, último apdo.). Guiándonos entonces por la información que nos proporciona el proceso de elaboración de la Directiva, parece bastar una sola tentativa frustrada de reparación o de sustitución para que pueda igualmente el consumidor optar por la rebaja del precio o por la resolución del propio contrato: «le consommateur ne serait obligé de supporter qu'une tentative de réparation ou qu'un remplacement du produit. Au cas où le produit serait toujours défectueux après une de ces tentatives, l'acheteur aurait droit à l'annulation du contrat» (cfr. *Libro Verde*, cit., pág. 85).

(184) Una vez más, encontramos un precepto paralelo en la CV, el artículo 49.1.a), que sólo permite al comprador instar la resolución del contrato en casos de «incumplimiento esencial». Tal y como reconoce RABEL (*Gesammelte Aufsätze*, III, pág. 589), la expuesta regla de la CV está inspirada también en el anterior §459 [1] BGB, última proposición, que denegaba al comprador la garantía cuando la falta de cualidades o aptitudes de la cosa vendida es irrelevante («Eine unerhebliche Minderung des Wertes oder der Tauglichkeit kommt nicht in Betracht»).

(185) La Directiva no facilita regla alguna para el cálculo de la rebaja o «reducción adecuada» del precio. Podría entonces servir de orientación al respecto la previsión del artículo 50 CV: «Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, hayase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías, efectivamente entregadas, tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contra-

Ni que decir tiene que la entidad o importancia del defecto es una cuestión indeterminada o abierta que ha quedado, por ello, deliberadamente relegada al arbitrio judicial (186). Con todo, entendemos que, en alguna medida, debiera dicha valoración reflejar el doble concepto —objetivo y subjetivo— de defecto o falta de conformidad que ha querido establecer la Directiva (art. 2.2 y, más indirectamente, art. 3.3, último párrafo) (187). Por tanto, si bien la entidad o relevancia del defecto debiera valorarse primariamente, según criterios objetivos o de mercado (188), parece inexcusable tener igualmente en cuenta la repercusión que haya podido tener el defecto para la consecución del propósito perseguido por el consumidor al comprar (arg. ex art. 3.3, último párrafo: «...habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor»). Siendo así, un defecto objetivamente leve podría llegar a ser considerado relevante, si se demuestra que frustra la finalidad del comprador al comprar (189), pudiendo éste entonces instar por ello la resolución (190) del contrato.

to...» La regla procede del anterior §472 BGB (así lo indica RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, III, pág. 592, y lo confirma entre nosotros GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 42).

(186) Así lo constata HONDIUS, *loc. cit.*, pág. 9: «The draft directive leaves what shall be considered "minor" (lack of conformity) for the courts to decide.»

(187) En cuanto a dicha cuestión, nos remitimos *supra* a nuestro epígrafe **1.2.2. La dimensión subjetiva de la falta de conformidad.**

(188) Así lo señala MORALES MORENO en su comentario al artículo 49 CV, que como señalábamos (*supra* nota 184), es una regla paralela al artículo 3.6 de la Directiva (cfr. MORALES, *loc. cit.*, pág. 307: «es, en definitiva, el mercado el que determina si la diferencia [o desviación de conformidad] es o no significativa»).

(189) Así, por ejemplo, aunque en el caso de un automóvil un defecto puramente estético puede, en principio y con arreglo a valoraciones objetivas, ser considerado leve o irrelevante, se convierte en relevante (y, consiguientemente, en posible causa de resolución), si el automóvil en cuestión —además de para un uso privado— había sido adquirido para actividades de representación del comprador. Para el Derecho británico, entiende ERVINE (*loc. cit.*, pág. 115) que es ésta una de las posibles consecuencias de la dimensión subjetiva de la noción de defecto, incorporada (según indicábamos *supra*, en el epígrafe 1.2.2) al concepto de *falta de conformidad* a través de la fórmula «expectativa fundada del consumidor»: «Il est clair... que des défauts esthétiques peuvent avoir pour conséquence, dans certains cas, que le produit ne correspond pas aux attentes raisonnables des consommateurs».

(190) Así lo reconoce el *Libro Verde*, cit., pág. 85: «En outre, dans le cas des défauts mineurs, le professionnel pourrait imposer au consommateur la deuxième solution (diminution du prix) sauf si celui-ci prouve que le défaut revêt pour lui une importance majeure».*

* El subrayado es mío.

3.3. *La irrenunciabilidad de los remedios previstos en la regulación comunitaria*

Además de la novedad que, respecto a la regulación tradicional del saneamiento, representan remedios tales como la reparación o la sustitución de la cosa defectuosa y de la ya expuesta gradación o jerarquía entre esos remedios, una de las más notables diferencias de la regulación comunitaria respecto a los Derechos nacionales es la expresa prohibición de renuncia anticipada (o anterior al descubrimiento del vicio por el consumidor) (191) a los derechos que le son conferidos por la Directiva (art. 7.1 Dir.). En cambio, como es sabido, casi todas las legislaciones nacionales y en particular la nuestra (art. 1.485,2) admiten la renuncia anticipada (192) del comprador a las acciones derivadas del saneamiento, sin perjuicio de que tal renuncia llegue a ser inválida, si se demuestra el dolo o conocimiento del vicio por el vendedor en el momento de la renuncia (193).

La diversa posición de los Derechos nacionales y de la Directiva frente a la renuncia anticipada se explica en función del diverso esquema contractual que unos y otra presuponen. Mientras que los Códigos Civiles parten de una igualdad formal entre las partes contratantes, la compraventa regulada en la Directiva, en tanto que celebrada entre un vendedor profesional y un comprador consumidor (194), presupone una desigual

(191) Más exactamente, el artículo 7.1 prohíbe que la renuncia pueda tener lugar «antes de que se indique a éste [al vendedor] la falta de conformidad». El plazo durante el cual se prohíbe la renuncia puede ser, pues, algo más largo, dado que el comprador puede dejar pasar algún tiempo entre el momento del descubrimiento del vicio y su comunicación al vendedor.

(192) Tal y como indica ALBALADEJO (*op. cit.*, II, 2.º, pág. 36), la renuncia contemplada en el artículo 1.485,2 de nuestro Código es la de carácter anticipado o anterior al descubrimiento del vicio por el comprador, mientras que la posibilidad de una renuncia posterior a dicho acontecimiento resulta, sin más, de la regla general de renunciabilidad de los derechos del artículo 6.2 del Código Civil.

(193) De hecho, esa prohibición de renuncia anticipada viene a ser —junto con la definición del concepto de «conformidad con el contrato» a falta de específica determinación de los propios contratantes (vid. *supra* nuestro epígrafe 1.2.2)— uno de los objetivos primordiales de la Directiva, a fin de reforzar la protección del consumidor. Así lo demuestra su Cdo. 7.º: «...que, en particular, con arreglo a las citadas tradiciones jurídicas [nacionales] puede resultar útil establecer disposiciones nacionales adicionales con el fin de garantizar la protección del consumidor cuando las partes no hayan acordado cláusula contractual específica alguna **o cuando hayan acordado cláusulas o modalidades contractuales que excluyan o limiten, directa o indirectamente, los derechos del consumidor y que, en la medida en que esos derechos se deriven de la presente Directiva, no sean vinculantes para el consumidor**» * (en sentido análogo, vid. también el Cdo. núm. 22 de la Directiva).

* El subrayado es mío.

(194) Más exactamente, el artículo 7.1 prohíbe que la renuncia pueda tener lugar «antes de que se indique a éste [al vendedor] la falta de conformidad». El plazo durante

posición económica y, por ende, negociadora, de los contratantes. Siendo así, se considera que la renuncia del consumidor a los remedios derivados de la garantía no puede haber sido consciente y libre, sino inducida o impuesta por el profesional en ejercicio de su posición dominante al contratar, de manera que la cláusula que la incluye, en tanto que abusiva (195), habrá de ser excluida del contrato y no podrá, por tanto, vincular al consumidor (196).

el cual se prohíbe la renuncia puede ser, pues, algo más largo, dado que el comprador puede dejar pasar algún tiempo entre el momento del descubrimiento del vicio y su comunicación al vendedor.

(195) El concepto legal de cláusula abusiva lo recoge ahora en nuestro Derecho el artículo 10bis LGDCU, insertado en nuestro Derecho a raíz de la incorporación de la Directiva 93/13/CEE, de 5 de abril de 1993, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores. A tenor del artículo 10bis, apdo. 1 LGDCU, que traspone el artículo 3.1 de la Directiva citada, se consideran abusivas las cláusulas contractuales no negociadas, sino unilateralmente impuestas por el profesional, que, en contra de la buena fe, causen, en perjuicio del consumidor, un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones derivados para él del contrato.

La definición del concepto de cláusula abusiva se completa tanto en la Directiva sobre la materia como en la LGDCU, con un listado no exhaustivo de cláusulas legalmente reputadas abusivas. Una de ellas es precisamente la relativa a la privación o exclusión de derechos básicos del consumidor [apdo. b) del Anexo de la Directiva] y, específicamente, de los relativos al saneamiento (Disp. Ad. 1.^a, apdo. II, cláusula 9.^a LGDCU): «La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional. En particular, las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos, salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento * por la de reparación y o sustitución de la cosa objeto del contrato, siempre que no conlleve dicha reparación o sustitución gasto alguno para el consumidor y no excluyan o limiten los derechos de éste a la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios y al saneamiento * conforme a las normas legales en el caso de que la reparación o sustitución no fueran posibles o resulten insatisfactorias».

* Al contraponer la reparación y la sustitución al «saneamiento» se refiere, claro está, el precepto transcrito a los remedios tradicionales previstos en el Código Civil para el caso de vicios ocultos: la resolución del contrato o la reducción del precio de la cosa vendida (art. 1.486,1 del Código Civil). A la vista de la acumulación de remedios prevista en su artículo 3.^o, dicha contraposición no existe ya, en cambio, en la Directiva de garantías.

(196) Dicha prohibición de la cláusula de renuncia, que, tal y como indicamos en el texto, se fundaría en su carácter presuntamente abusivo, la formula el artículo 7.1 en términos absolutos, esto es, sin prever una posible prueba en contrario. A nuestro entender, esa implícita presunción legal debe ser concebida como presunción indestructible o *iuris et de iure*, dado que la posibilidad de prueba en contrario podría contribuir a burlar la propia finalidad de la prohibición de renuncia. Bastaría, por ejemplo, al profesional, exigir al consumidor que renunciase declarando que lo hace libre y conscientemente. Confirmaría la expuesta argumentación el Cdo. núm. 22 de la Directiva, que reprueba tanto las cláusulas de renuncia o de exclusión de derechos del consumidor, como aquellas que manifiestan que éste tenía conocimiento de todas las faltas de conformidad de los bienes de consumo existentes en el momento de la celebración del contrato.

Puesto que la única renuncia excluida por el artículo 7.1 es la anticipada o anterior al descubrimiento del defecto (197), creemos que sí puede valer, en cambio, la formulada por el consumidor, una vez conoce la existencia del defecto o falta de conformidad, porque, en ese caso, sino necesariamente libre (198), sí cabrá, cuando menos, reputarla consciente o formulada con pleno conocimiento de causa.

3.4. *Otros posibles recursos del comprador*

A tenor del artículo 8.1, las facultades conferidas al consumidor, en el caso de falta de conformidad, son compatibles o pueden ejercerse sin perjuicio de las que, a su vez, pueda reconocerle la ley nacional aplicable a la venta de consumo (199). En particular, es la indemnización de los daños y perjuicios derivados del defecto, la medida que prácticamente todas las legislaciones comunitarias permitirán acumular a los demás recursos que pone la Directiva a disposición del comprador. Serán también las leyes nacionales las que decidan si, habiéndose probado el daño, la indemnización corresponde al comprador por la sola existencia del defecto, o bien, sólo en caso de culpa o dolo del vendedor (200).

Otras posibles medidas concurrentes con las ya expuestas, contempladas sólo por algunos particulares Derechos nacionales, son:

(197) Tal y como indicamos en la nota 194, en realidad, el momento a partir del cual se admite la renuncia es el de la denuncia del defecto, una vez es conocido éste por el comprador.

(198) A nuestro entender, no por haber nacido ya el derecho al saneamiento, es menor el riesgo de que la renuncia a él haya sido impuesta por el profesional al consumidor en ejercicio de su posición dominante. No obstante, por no existir presunción legal contraria a ella, será el consumidor quien deba, en este caso, demostrar la falta de libertad con que ha formulado su renuncia.

(199) Por aplicación de las reglas de Derecho internacional privado de nuestro ordenamiento, la ley nacional aplicable a una compraventa de consumo no es exclusivamente la elegida por los propios contratantes (art. 10.5 del Código Civil), dado que le serán forzosamente aplicables las disposiciones imperativas del país de residencia del consumidor (art. IObis, apdo. 3.º LGDCU y art. 3.º LCGC; el primero de ellos remite al art. 5.2 del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, mientras que el segundo está, a su vez, inspirado en ese mismo precepto).

(200) Si bien el articulado de la Directiva silencia por completo la cuestión de la indemnización de daños y perjuicios, la primera Propuesta de Directiva (cfr. DOCE, núm. C 73, de 24 de marzo de 1992) había llegado a contemplarla (vid. su art. 6.2). Parece, pues que, finalmente, ha prevalecido el criterio de la Comisión Europea, que en su *Libro Verde* de 1993 viene a decir que la indemnización es un tema marginal y que no afecta al funcionamiento del mercado único, pudiendo, por tanto, quedar relegado a los Derechos nacionales (vid. *Libro Verde*, cit., pág. 85), tal y como propugna el principio de subsidiariedad o de intervención mínima del Derecho comunitario (cfr. art. 3 B del TUE, referido en nuestra nota 70).

A nuestro entender (además, así lo confirma HONDIUS, *loc. cit.*, pág. 10), concurre con la anterior una motivación silenciada, pero tanto o más importante que la expuesta, que

- La *exceptio non adimpleti contractus*, reconocida tanto por el Código Civil alemán (§438 [4] BGB) como por el holandés (art. 23.2) (201), medida que permite al comprador que no haya pagado todavía al vendedor el precio de la cosa vendida oponerse a pagarlo en todo momento, esto es, aun después de prescritas las acciones que, por razón del saneamiento, le correspondían contra aquél (202).
- Finalmente, en tanto que medida propia de una de las más modernas regulaciones europeas en materia de garantías, merece destacarse el principio de *autoprotección* o ayuda propia (203) subyacente en el artículo 21.2 del Código Civil holandés, que, en los casos en que el vendedor incumple su obligación de reparación de la cosa entregada, permite al comprador encargar dicha prestación a un tercero, repercutiendo sobre aquél los costes de la reparación efectuada.

4. LA CUESTIÓN DE LOS PLAZOS: EL PLAZO DE DURACIÓN DEL DERECHO, EL PLAZO DE RECLAMACIÓN Y EL PLAZO DE DENUNCIA DEL DEFECTO

A tenor del artículo 5.º Dir. (204), en materia de garantías, inciden los siguientes plazos:

sería, no tanto la innecesariedad de la armonización en esta materia —argumentada, en cambio, por el *Libro Verde*— como la dificultad de la misma. Ello obedece a los diversos fundamentos de responsabilidad previstos en cada sistema. Así, mientras que en el Derecho anglosajón (y, más concretamente, en las Leyes británica e irlandesa), el vendedor está obligado a indemnizar por la sola existencia del defecto, en cambio, en los ordenamientos románicos, sobre todo los inspirados por el Código Civil francés, sólo debe indemnización en caso de dolo o mala fe (cfr. art. 1486,2 del Código Civil español). Una posible tercera vía la encarnan algunos códigos más modernos, que, como el portugués de 1976, le hacen responder por culpa o negligencia.

(201) En nuestro ordenamiento, tal medida se considera implícita en los artículos 1.100,3 y 1.124 del Código Civil (cfr. LACRUZ BERDEJO, *Elementos...*, II, 1.º, pág. 265), que, como es bien sabido, no son reglas del saneamiento, sino reglas propias del incumplimiento de las obligaciones recíprocas en general.

(202) En el Derecho alemán (§438 [4] BGB), se trata de una excepción *strictu sensu*, que permite meramente al comprador defenderse de la reclamación del vendedor por razón del precio. En cambio, en el Código Civil holandés (art. 23.2 de su Libro 7.º), la defensa conferida al comprador responde antes al esquema de la reconvencción que de la excepción, porque, además de oponerse al pago del precio, se le permite exigir, a su vez, al vendedor, bien la resolución parcial de la compraventa o bien una indemnización de daños y perjuicios.

(203) Nos referimos a la institución designada en la dogmática alemana como *Selbsthilfe* (cfr. §§229 y 230 BGB). Optamos por la traducción más literal del término («ayuda propia»), dado que el equivalente que nos parece más correcto, «autotutela», sirve de designación a una diferente figura del Derecho de Familia.

(204) Se encuentra asimismo esta distinción entre diferentes plazos en los Cdos. núms. 17 y 19 Dir.

- Un plazo de dos años a partir de la entrega del bien durante el cual «el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad» (art. 5.1, 1.^a prop.).
- Un plazo de reclamación o de ejercicio del derecho a exigir la puesta en conformidad de la cosa con el contrato, plazo cuya duración será fijada por los Derechos nacionales (art. 5.1, 2.^a prop.), sin que pueda ser inferior a los dos años contados desde la entrega de la cosa.
- Un plazo de dos meses durante el cual el consumidor, si quiere conservar su derecho a la garantía, deberá denunciar o poner en conocimiento del vendedor la existencia del defecto (art. 5.2). La imposición de este último plazo queda a la libre decisión de los Estados miembros; es decir, se les deja libertad para decidir supeditar el ejercicio del derecho a la observancia de este último plazo.

4.1. *El plazo de duración de la garantía*

El primer plazo de dos años (205), también llamado *plazo de garantía*, es un plazo de índole material (206), o de duración del derecho. Significa que el vendedor sólo está obligado a responder o a prestar saneamiento al comprador por aquellos defectos de la cosa que se manifiesten dentro de los dos años siguientes a su entrega (207). Ello convierte en jurídicamente irrelevante a cualquier defecto de la cosa que aflore después de transcurrido ese plazo, que, al modo de los plazos de caducidad (208), expira inexorablemente cuando llega el día en que se cumple.

La existencia de este primer plazo refleja, a nuestro modo de ver, la consideración legal (209) de que, más allá de esos dos años, el mercado y, más concretamente, quienes introducen y distribuyen en él bienes y servicios,

(205) Según reconoce el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva (vid. su apdo. 3.10), el plazo de dos años de duración de la garantía está tomado de la CV (art. 39.2 CV), que adopta el que en su día fue fijado por el Instituto de Roma al iniciarse, en 1929, los trabajos preparatorios de la citada Convención (así lo indica JERÓNIMO GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 41). Sobre el inicio de tales trabajos, vid. nuestra **Introducción** y allí la nota 29.

(206) En el *Libro Verde* (págs. 38 y 87), se le llama tanto «*délai de garantie*» como «*délai matériel*».

(207) Tal plazo equivaldría, pues, a los seis meses previstos en el artículo 1.490 de nuestro Código Civil.

(208) Pese a que ese plazo de dos años opera con la mecánica propia de los plazos de caducidad, no se identifica exactamente con ellos, porque, tal y como puntualiza PARRA LUCÁN (*loc. cit.*, pág. 217), «mientras que éstos son plazos para el ejercicio de la acción, los plazos de garantía se refieren a la aparición del vicio o defecto...»

(209) Desde el punto de vista moral, parece también el citado plazo acorde con la que se viene llamando «sociedad de usar y tirar».

no están obligados a garantizar ni la calidad ni las prestaciones de los productos que ofrecen y distribuyen (210).

4.2. *El plazo de reclamación o de ejercicio de las acciones derivadas del derecho a la garantía*

El siguiente plazo es, como indicábamos, un plazo de ejercicio del derecho o de duración de las acciones derivadas de la garantía. Significa que, a partir del momento en que —dentro de los dos años— aflora o se manifiesta el defecto por el que el vendedor responde (211), dispone el comprador de un plazo, cuya duración decidirán los distintos Derechos nacionales para reclamar al vendedor en ejercicio de las acciones derivadas de la garantía. Como en este caso el plazo es de prescripción (art. 5.1, 2.^a prop.) (212), no expira automáticamente, sino que puede ser interrumpido (a través de actos de reclamación del comprador) o quedar suspendido (por ejemplo, en virtud de negociaciones entre las partes o de tentativas de ejecución de la garantía por el vendedor) (213).

(210) Además, la existencia del referido límite temporal de responsabilidad indicaría que tampoco ha considerado necesario el legislador que deba garantizarse una determinada duración de los productos (sí lo había hecho, en cambio, el art. 6.3 de la primera Propuesta de Directiva, a cuyo tenor «...los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se garantice al consumidor el derecho a gozar de la garantía... durante el período de duración normal de las mercancías...»).

La falta de preocupación por la duración del producto en la vigente legislación comunitaria se desprende, no sólo de la brevedad del plazo en sí, sino de su carácter uniforme, ya que no se ha previsto la posibilidad de ampliarlo en el caso de los llamados bienes de «naturaleza duradera», categoría que sí reconoce, en cambio, nuestro ordenamiento (cfr. art. 11.2 y 5 LGDCU, y art. 12.2 y 3 LOCM y Anexo II del Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, que contiene un Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la LGDCU). Ejemplifican tal categoría «los aparatos de uso doméstico que utilizan energía» (comúnmente conocidos como *electrodomésticos*), regulados por el Real Decreto 58/1988, de 29 de enero de 1988, que se ocupa de la reparación (estén o no en garantía) y del servicio de asistencia técnica sobre los mismos.

A diferencia del Derecho Comunitario y a! igual que el español, también el Derecho británico se preocupa por la duración de los productos. Así, desde la reforma de 1994 (vid. *supra* nota 106), uno de los criterios para evaluar la «calidad satisfactoria» del producto (*supra* nota 86) es su «durabilidad» (así lo indica ERVINE, *loc. cit.*, pág. 115).

(211) Siguiendo al Derecho español, señalamos el de manifestación del defecto como *dies a quo* o inicial de este segundo plazo. Pero, puesto que la Directiva atribuye a los Estados miembros libertad para fijar el día inicial (cfr. Cdo. núm. 17, 2.^a parte), bien pudiera éste ser cualquier otro, incluso el propio momento de entrega de la cosa al comprador.

(212) A este segundo plazo, lo llama indistintamente el *Libro Verde* (id., págs. 38 y 87) «*délai d'action*», «*délai procédural*», «*délai de recours*» o «*délai de prescription*».

(213) Así lo reconoce el Cdo. núm. 18 de la Directiva: «Considerando que los Estados miembros pueden disponer libremente la suspensión o la interrupción... del plazo de prescripción... cuando se trate de reparaciones, sustituciones o negociaciones entre vendedor y consumidor, con el fin de llegar a una solución amistosa».

En cuanto a la duración de dicho plazo, la relega la Directiva a la decisión de los Derechos nacionales. En el caso del Derecho español, el plazo aplicable sería, pues, el plazo general de prescripción aplicable a las acciones personales que no tengan señalado uno especial, esto es, el plazo de quince años previsto en el artículo 1.964 del Código Civil. Ahora bien, dicho plazo es excesivamente largo y parece ser que las autoridades comunitarias consideran que las reclamaciones derivadas de la garantía deben quedar sujetas a un plazo breve (214).

Ello presupuesto, cabría proponer que el plazo de prescripción aplicable a tales reclamaciones sea el de tres años previsto en el artículo 10 de la Directiva 85/374, de 25 de julio, sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, así como en la correspondiente Ley española de trasposición de tal Directiva, de 6 de julio de 1994 (art. 12). Y ello, no sólo por la proximidad entre el ámbito de dicha Directiva (productos defectuosos por ser inseguros) y el de la Directiva que aquí se analiza (productos defectuosos por no ser conformes con el contrato celebrado con el consumidor) (215), sino además porque, al igual que ésta, también aquella Directiva opera a partir de la expuesta dualidad de plazos (plazo de responsabilidad y plazo de prescripción de la acción) (216).

4.3. *El plazo de denuncia del defecto como condición de admisibilidad del ejercicio del derecho*

Además de los dos expuestos, existe la posibilidad —si así lo deciden los Estados miembros— de que incida en materia de garantías un tercer plazo.

(214) Así lo trasluce el ya citado *Libro Verde* de la Comisión Europea, que considera que «le délai de prescription de l'action devrait être court» (así, en la pág. 87).

(215) Sobre la delimitación entre el ámbito de tal Directiva y el de la que aquí se analiza, vid. *supra* nuestro epígrafe II, 1.1.

(216) En efecto, la expuesta dualidad de plazos no es desconocida ni en el Derecho comunitario ni —por influencia suya— en el Derecho español, dado que, como indicamos en el texto, la aplica también la Directiva 85/374 sobre responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos, así como la Ley española de 1994 que la transpone. Así, a tenor de la indicada regulación, el sujeto responsable —lo es, en principio, el fabricante— sólo responde de los defectos de seguridad del producto que afloran dentro de los diez años siguientes a su puesta en circulación (art. 11 Dir. 85/374, y art. 13 de la Ley española). Dentro de ese plazo, el perjudicado por el producto dispone para reclamar de un plazo de prescripción de tres años, contado desde la fecha en que sufrió el perjuicio (art. 10 Dir. 85/374, y art. 12 de la Ley española).

De lo anterior, se infiere que —como es lógico—, estando en juego la seguridad de los productos, las exigencias legales se incrementan, ya que, si bien sólo se obliga al vendedor a garantizar su calidad durante dos años (vid. *supra* nuestro anterior epígrafe y la nota 209), tratándose, en cambio, de su seguridad, el plazo de responsabilidad impuesto al fabricante es de diez años.

Así, según el artículo 5.2, «Los Estados miembros podrán disponer que el consumidor, para poder hacer valer sus derechos, deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde la fecha en que se percató de dicha falta de conformidad».

Se trata, pues, de que, pese a ser el derecho a la garantía inherente a la existencia del defecto, el comprador sólo lo conserva, si denuncia el defecto al vendedor dentro de los dos meses siguientes a su descubrimiento. En dicha regla, subyace —además del interés general de la seguridad jurídica— el reconocimiento legal del particular interés del vendedor (217) en no verse sorprendido por reclamaciones inesperadas o intempestivas (218), que pueden dejarle especialmente indefenso, cuando, por el tiempo transcurrido entre el descubrimiento del defecto por el comprador y su notificación al vendedor, resulta difícil dilucidar si el defecto alegado por aquél existía o no en el momento de la entrega (art. 5.3) (219) (220).

En congruencia con la indicada motivación del deber de denuncia, debería haberse impuesto al comprador, en interés del vendedor, una carga de examen o inspección de la cosa entregada. Y, en efecto, encontramos formulada dicha carga en la norma que inspira la previsión comunitaria del deber de denuncia (art. 5.2 Dir.), que, una vez más, resulta ser un precepto de la CV, el artículo 38.1 CV, que dispone que, «El comprador deberá examinar o hacer examinar las mercaderías en el plazo más breve posible atendidas las circunstancias».

En un principio, la referida carga de inspección había quedado establecida también en la segunda Propuesta de Directiva (cfr. DOCE núm. C 307, de 16 de octubre de 1996), cuyo artículo 4.1 decretaba que, «Para poder beneficiar-

(217) «Die Möglichkeit, dass noch nach geraumer Zeit durch den Käufer Mängelansprüche erhoben werden, bedeutet für den Verkäufer eine erhebliche Unsicherheit. Dazu kommt, dass, je mehr Zeit vergeht, um so schwieriger der Beweis sein wird, dass der behauptete Mangel bereits im Zeitpunkt des Gefahrüberganges vorhanden gewesen ist. Berechtigtes Interesse des Verkäufers und allgemeines Rechtssicherheitsinteresse verlangen daher eine möglichst baldiger Geltendmachung etwaiger Sachmängel durch den Käufer» (así, LARENZ, *op. cit.*, II, pág. 49).

(218) El vendedor se verá, si cabe, más sorprendido o, incluso, indefenso frente a la reclamación intempestiva, si procede ésta de un consumidor residente en un país extranjero (sobre dicha eventualidad como motivación adicional del deber de denuncia, cfr. RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, cit., III, pág. 590).

(219) Tal y como indicábamos *supra* en el epígrafe II, 1.2.3, se hace responsable al vendedor de aquellos defectos ya existentes o por lo menos latentes en el momento de la entrega. Cuando el defecto se manifiesta dentro de los seis meses siguientes a la entrega, ni siquiera está obligado el comprador a probar tal circunstancia, ya que la ley presume que existía ya en dicha fecha (art. 5.3 Dir.).

(220) Otro posible perjuicio derivado para el vendedor de la reclamación extemporánea es una eventual agravación del defecto, que pudiera haberse evitado de haberse señalado a tiempo.

se de los derechos contemplados en el apartado 4 del artículo 3 [que recogía los recursos puestos a disposición del comprador en caso de falta de conformidad], el consumidor deberá denunciar al vendedor cualquier falta de conformidad en el plazo de un mes a partir del momento en que el consumidor comprobó dicha falta *o hubiera debido normalmente comprobarla*». De este modo, al empezar a correr el plazo para cumplir el deber de denuncia del defecto ya desde el momento en que el consumidor debió detectarlo (al margen de si lo detectó o no efectivamente), se imponía a éste la indicada carga de inspección de la cosa vendida.

Sin embargo —por sugerencia del Comité Económico y Social de la CEE—, la referida disposición de la Propuesta no quedó incorporada al texto definitivo (221), de manera que el actual artículo 5.2 Dir. hace correr el plazo de denuncia, no desde el momento de la debida comprobación del defecto por el consumidor, sino exclusivamente desde su efectiva comprobación («desde la fecha en que se percató de dicha falta de conformidad»). Siendo así, la previsión del plazo de denuncia como instrumento de protección del vendedor frente a posibles reclamaciones intempestivas del consumidor pierde gran parte de su razón de ser, ya que se le deja al albur de la mayor o menor celeridad con que llegue éste a descubrir el defecto.

(221) Para la supresión del indicado deber de comprobación del texto definitivo de la Directiva, véanse las razones aducidas por el Dictamen del citado Comité de la Comisión Europea (*vid.* su apdo. 3.22): «La obligación de denunciar la falta de conformidad se tomó de las disposiciones jurídicas de las Naciones Unidas en materia de compraventa, en las cuales, no obstante —con arreglo a las tradiciones comerciales— también se prevé (art. 38) una obligación de inspección por parte del comprador (que en las disposiciones de las Naciones Unidas siempre es un comerciante). No obstante, en algunos Estados miembros no existe tal obligación de inspección para la compra de bienes de consumo y, a juicio del Comité, no debería introducirse, ni siquiera indirectamente, con carácter obligatorio. No sería nada realista imponer al consumidor la obligación de inspeccionar minuciosa e inmediatamente todos los bienes que adquiriese, ya que en muchos casos ni siquiera estaría capacitado para hacerlo».

En definitiva, la carga de inspección se rechaza en base a dos argumentos: su inexistencia en la legislación de algunos Estados miembros (así, no la impone, por ejemplo, el Derecho Civil español) y la improcedencia de imponerla al consumidor, que, por no ser comerciante (como sí lo es, en cambio, el comprador de la CV, de donde procede la carga de inspección), no es un comprador experto y no podrá, por ello, llegar a reconocer el defecto por el solo hecho de examinar o inspeccionar la cosa en el momento de adquirirla.

La procedencia mercantil del deber de inspección queda, en efecto, confirmada (la confirman tanto RABEL, *Gesammelte Aufsätze*, III, págs. 588, 589 y 590, como GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 40), puesto que fue incorporado a la CV por influencia del Código de Comercio alemán (HGB), de 10 de mayo de 1897, cuyo §377 impone al comprador comerciante un deber de inspección y denuncia inmediatas (*Untersuchungs- und Rügepflicht*) en los siguientes términos (§377 [1] HGB): «Ist der Kauf für beide Teile ein Handelsgeschäft, so hat der Käufer die Ware unverzüglich nach der Ablieferung durch den Verkäufer, soweit dies nach ordnungsmässigem Geschäftsgänge tunlich ist, zu untersuchen und, wenn sich ein Mangel zeigt, dem Verkäufer unverzüglich Anzeige zu machen».

En última instancia, sólo se impone, pues, al consumidor un deber de diligencia en la comunicación del defecto una vez descubierto, pero ya no —como hubiese sido más acorde con la finalidad a que responde el deber de denuncia— en el propio descubrimiento.

La consecuencia de la omisión de ese deber de comunicación o denuncia del defecto en el plazo de dos meses desde su descubrimiento parece ser la inadmisibilidad del ejercicio del derecho, dado que, interpretado *a contrario*, viene a decir el artículo 5.2 que, en ese caso, «no podrá el consumidor hacer valer sus derechos». No quedaría, pues, afectada la existencia del derecho, sino sólo su ejercicio, al cual —en base a la omisión del deber de denuncia— podrá oponerse el vendedor tildando la pretensión del consumidor de retrasada o extemporánea. Ni que decir tiene que, por no haberse extinguido ni perdido el consumidor su derecho, su ejercicio será viable siempre que el vendedor no quiera o no pueda ampararse en la omisión del deber de denuncia (222).

A nuestro entender, tanto por su fundamento como por sus efectos, nos encontramos en este caso ante una específica manifestación de la figura conocida en la dogmática alemana como *Verwirkung* (223) y en nuestro ámbito (224) como *retraso desleal* (225). En efecto, cabe considerar que

(222) Como se verá *infra* (nota 238), el vendedor de mala fe no debiera poder ampararse en dicha omisión del comprador.

(223) Siquiera sea mediante indicaciones incidentales, tanto RABEL como LARENZ avalarían la opinión de que la inadmisibilidad de la reclamación del comprador derivada de la omisión de su deber de denuncia constituye un efecto de *Verwirkung*. Vid. así, RABEL (*Der Warenkauf*, cit., II, nota 106 de la pág. 147): «Rüge und Verjährung werden allerdings häufig durch den Gedanken der Verwirkung ersetzt». Y, análogamente, LARENZ (*op. cit.*, II, pág. 39), quien, además, puntualiza que, por ser la *Verwirkung* un efecto legal aparejado a la inactividad del comprador, decretado al margen de su voluntad y no basado en una presunción de renuncia, no podrá éste excluir tal efecto demostrando una voluntad contraria a esa supuesta renuncia presunta: «...dass (der Käufer) den Mangel der Sache... erfährt und trotzdem die Sache als Erfüllung annimmt, ohne etwas darüber zu sagen. Er "verwirkt" dann seine Rechte (durch "Verschweigung") - nicht, weil in seinem Verhalten, wie manche annehmen, ein "stillschweigend" erklärter Verzicht zu finden wäre - dann müsste er nach §119 Abs. I anfechten können -, sondern weil er durch sein Schweigen in Verbindung mit der Annahme einen Tatbestand schafft, aus dem der Verkäufer soli vertrauen dürfen».

(224) Tal y como demuestra el trabajo de VAQUER ALOY, pese a ser de raigambre alemana, la figura no es desconocida en nuestro ámbito, pues se ocupan de ella tanto algunas obras generalistas, como, sobre todo, la jurisprudencia, en particular a partir de la STS de 21 de mayo de 1982 (cfr. VAQUER ALOY, ANTONI, «El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la *Verwirkung* en la jurisprudencia española», en *Aranzadi. Revista de Derecho Patrimonial*, 1999, núm. 2, págs. 89 y sigs., y, en especial, págs. 106 a 107).

(225) Obsérvese que, mientras que en Alemania se designa a la figura por su efecto jurídico («*Verwirkung*» significa literalmente eficacia frustrada), se ha optado, en cambio, entre nosotros por designarla a partir de su supuesto de hecho: «retraso desleal».

concurrir en este supuesto los presupuestos propios de tal figura, que son los siguientes:

- El transcurso de un período de tiempo, más o menos largo (en este caso, los dos meses a partir del descubrimiento del defecto) (226).
- La inactividad del titular del derecho durante ese período (en este caso, la omisión por el consumidor de su deber de denuncia) (227), que permite pensar al sujeto pasivo (aquí el vendedor) que el derecho no va a ser ejercitado.
- Finalmente, la protección que, presupuesta la buena fe del sujeto pasivo, otorga el ordenamiento a la confianza de éste en que, efectivamente, no va a producirse ya ejercicio del derecho.

Pese a que en este caso ha omitido la Directiva restringir al vendedor de buena fe el efecto beneficioso (esto es, la inadmisibilidad de la reclamación) derivado de la infracción por el comprador de su deber de denuncia, hay que entender que, si llega el legislador español a incorporar el referido deber (recuérdese que su incorporación es opcional para los Estados miembros: art. 5.2 Dir.), deberá introducir tal restricción. Así lo imponen los principios generales de nuestro Derecho (en concreto, aquél que impide al contratante causante de la ilicitud beneficiarse de ella: arg. ex art. 1.305,2 del Código Civil), además de que, al fin y al cabo, así resulta tanto de las normas

(226) Según indica VAQUER (*loc. cit.*, pág. 108), no es posible determinar *a priori* la duración de ese período, dado que deben valorarse también las otras circunstancias del caso, que pueden determinar un acortamiento o alargamiento del plazo. Ahora bien, como también reconoce el citado autor (*id.*, pág. 108 y también pág. 120), hay un dato seguro: el tiempo necesario para que tenga lugar la *Verwirkung* es siempre menor que el que es necesario para que ese mismo derecho prescriba o caduque (como vemos que ocurre también en el supuesto de las garantías que estamos aquí examinando), de manera que, cuanto más breve sea el plazo legal de prescripción, menos posibilidades habrá de apreciar la producción de *Verwirkung*. En cuanto a las diferencias entre *Verwirkung* y prescripción, sería la sustancial (*id.* VAQUER, págs. 119-120), que, mientras que la prescripción atiende sólo a la conducta del titular activo, produciéndose por su sola inactividad durante el tiempo legalmente establecido, en cambio, la *Verwirkung* no sólo exige tener en cuenta todas las circunstancias del caso (esto es, los presupuestos que indicamos en el texto), sino que específicamente comporta valorar y sopesar el comportamiento de ambos sujetos implicados en la relación jurídica, ya que para que pueda apreciarse *Verwirkung* tan relevante es la conducta del titular del derecho como la del sujeto pasivo, quien también debe cumplimentar las exigencias de la buena fe a fin de merecer esta protección.

(227) Dado que, como indicábamos *supra* (cfr. nota 222), ha optado la Directiva por no imponer al consumidor una carga de inspección, a los dos meses previstos para la denuncia, contados desde que el consumidor descubrió el defecto, puede sumarse —incrementándose por ello la confianza del vendedor— todo el tiempo que, innecesariamente, pudo aquél haber invertido en llegar a descubrir el defecto.

que sirvieron de modelo a la Directiva (228) como de las reglas propias del instituto de la *Verwirkung* (229).

5. EL FOMENTO DE LA EJECUCIÓN EXTRAJUDICIAL DE LA GARANTÍA

Una vez expuestos los recursos o remedios que el legislador comunitario ha puesto a disposición del comprador y examinadas las condiciones señaladas para reclamarlos, cabe pensar en la vía más adecuada para hacerlos efectivos.

Pues bien, es entonces cuando —como ocurre en general en materia de consumo— se suscitan también en este ámbito las dificultades o, como mínimo, los inconvenientes que la reclamación judicial entraña para el consumidor. Ello es así porque lo que caracteriza a la mayoría de los litigios de consumo es la desproporción entre el valor económico del asunto y el coste (tanto en tiempo como en dinero) de su solución judicial. Tales dificultades se acentúan, si cabe, en los conflictos transfronterizos, todo lo cual a menudo acaba disuadiendo al consumidor de hacer valer efectivamente sus derechos.

Son seguramente tales dificultades las que llevan al legislador comunitario a recomendar a los Estados miembros la promoción de la solución extrajudicial del conflicto, a través de «órganos que garanticen una gestión imparcial y eficaz de las reclamaciones en un contexto tanto nacional como transfronterizo y que los consumidores puedan utilizar como mediadores» (cfr. Cdo. núm. 25 Dir.).

Más específicamente, sirve a dicho objetivo la Recomendación de la Comisión Europea, de 30 de marzo de 1998 (230), relativa a los principios aplicables a los órganos responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo. A tenor del citado texto, la actuación del órgano de solución extrajudicial debiera regirse por determinados principios, tendentes a facilitar que, en los conflictos transfronterizos, puedan los consumidores acudir al órgano mediador (231) de otro Estado miembro con las mismas garantías que

(228) Tanto la CV (art. 40) como el HGB (§377 [5]), de donde procede, como se recordará (cfr. *supra* nota 221), la exigencia del deber de denuncia, impiden al vendedor de mala fe o conocedor de la existencia del defecto, ampararse en la omisión por el comprador de su deber de denuncia.

(229) «El sujeto pasivo es un elemento clave en materia de *Verwirkung*... su comportamiento no es indiferente, por cuanto sí, por ejemplo, ha impedido que el titular [activo del derecho] pueda ejercitar su derecho, no recibirá la protección ante un ejercicio tardío del mismo» (así, VAQUER, *loc. cit.*, pág. 98).

(230) Vid. DOCE, núm. L 115, de 17 de abril de 1998, págs. 31 y sigs.

(231) Si hablamos inespecíficamente de «órgano mediador» o «de solución extrajudicial», es porque el órgano, cuya actuación se requiere, no ha de ser necesariamente arbitral, ya que, según indica el Cdo. núm. 10 de la citada Recomendación, «las decisiones de los órganos extrajudiciales pueden tener un efecto obligatorio para las partes [o bien]

ofrece o debiera ofrecer (232) el órgano de solución extrajudicial de su propio Estado (233). Destacan, en especial, los siguientes principios:

* El **principio de transparencia**, que exige la comunicación anticipada y por escrito a los interesados sobre los siguientes extremos en particular: el tipo de normas en las que basará sus decisiones el órgano en cuestión (234) y el valor jurídico de su decisión, precisando claramente si es o no de carácter obligatorio.

* El **principio de eficacia**, que impone permitir al consumidor el acceso al procedimiento, sin estar obligado a utilizar un representante procesal, así como la gratuidad o, como mínimo, la fijación de costes moderados, así como la de plazos cortos entre la consulta presentada al órgano y su decisión.

* El **principio de legalidad**, que exige que la decisión del órgano mediador no tenga como resultado privar al consumidor de la protección que le garantizan las disposiciones imperativas del Estado en que se encuentra asentado dicho órgano ni de la derivada de las del Estado de residencia del consumidor.

* El **principio de libertad**, que exige que la decisión del órgano sólo sea obligatoria para las partes cuando hayan sido previamente informadas y la hayan aceptado expresamente. En concreto, en el caso del consumidor, su adhesión al procedimiento extrajudicial no podrá ser resultado de un compromiso anterior al surgimiento de un desacuerdo (235), sino posterior a él, y, formulada, por tanto, con pleno conocimiento de causa.

limitarse a simples recomendaciones o a propuestas de transacción que deben ser aceptadas por las partes; que a los efectos de la presente Recomendación, el término "decisión" abarca estos diferentes casos».

(232) En el Derecho español imponen análogas garantías de actuación al órgano mediador tanto el artículo 31 LGDCU como el Real Decreto 6536/1993, de 3 de mayo, regulador del arbitraje de consumo.

(233) Se infiere el referido objetivo de los Cdos. 6.º y núm. 21 de la citada Recomendación.

(234) Podrán ser éstas, además de la equidad o las disposiciones legales, normas emanadas de códigos de conducta corporativos, «siempre y cuando no disminuya el nivel de protección de los consumidores en comparación con la protección que, respetando el Derecho comunitario, les garantizaría la aplicación del Derecho por los tribunales» (así, el Cdo. núm. 19 de la citada Recomendación).

(235) Obsérvese que la prohibición de que la renuncia del consumidor a la vía judicial sea anterior al surgimiento del conflicto es paralela a la impuesta por la Directiva de garantías, cuyo artículo 7.1 prohíbe, como sabemos (vid. *supra* ep. II, 3.3), la renuncia del consumidor al saneamiento formulada con anterioridad a su descubrimiento del defecto. El fundamento de la prohibición es el mismo en ambos casos: la presunción de haber obtenido el profesional la renuncia de su parte contractual en ejercicio de su posición dominante y, consiguientemente, el carácter abusivo de la cláusula contractual que la contiene [sobre el carácter abusivo de ese tipo de cláusulas, cfr. apdo. q) del Anexo de la Directiva 93/13/CEE sobre cláusulas abusivas].

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, MANUEL: *Derecho Civil*, Barcelona, 1994, tomo II, vol. 2."
- ALFARO AGUILA-REAL, JESÚS: *Las condiciones generales de la contratación*, Madrid, 1991.
- ANSON, SIR WILLIAM REYNELL: *Law of contract*, Oxford, 1984 (vigésimosexta edición).
- BADENAS CARPIÓ, JOSÉ MANUEL: «Comentario del artículo 2.º de la LCGC», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Pamplona, 1999, pág. 7 y sigs.
- BABOSA COLL, FERRÁN: *Dret d'Obligacions*, Barcelona, 1990.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO: «La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa», en *Anuario de Derecho Civil*, 1969, págs. 777 y sigs.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO y RODRIGO: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987.
- BIENDICHO GRACIA, LUIS F.: «La protección del prestigio comercial de la entidad mercantil frente a los actos difamatorios: los límites del derecho de crítica del consumidor», en *La Ley*, 1999, págs. 1604 y sigs.
- CAFFARENA LAPORTA, JORGE: «Comentario del artículo 2.º CV», en *La compraventa internacional. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo, Madrid, 1998, págs. 59 y sigs.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS: «Comentario del artículo 1.º de la Convención de Viena», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Díez-Picazo, Madrid, 1998, págs. 45 y sigs.
- COCA PAYERAS, MIGUEL: «Aproximación al Proyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación», en *La Notaría*, núm. 2, febrero de 1998, págs. 37 y sigs.
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL; CORDERO LOBATO, ENCARNACIÓN, y MARTÍNEZ ESPÍN, PASCUAL: «Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo. Propuestas de regulación, textos articulados y bibliografía», en *Estudios sobre consumo*, núm. 52, 2000, págs. 125 y sigs.
- COMISIÓN EUROPEA: *Livre Vert sur les garanties des biens de consommation et les services après-vente*, Bruselas, 15 de noviembre de 1993 (COM [93] 509 final).
- CONGRESO DE LOS DIPUTADOS. SECRETARÍA GENERAL: *Productos defectuosos. Documentación preparada por...*, núm. 112, enero de 1994.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, Madrid, 1996.
- DOMAT, JEAN: *Les lois civiles dans leur ordre naturel*, París, 1777, tomo I.
- EMPARANZA, ALBERTO: «La Directiva comunitaria sobre cláusulas abusivas», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1994, págs. 461 y sigs.
- ENNECERUS, LUDWIG: *Derecho de obligaciones*, Barcelona, 1966 (decimoquinta edición), tomo II, vol. 2.º, 1.ª parte.
- ESSER, JOSEF, y WEYERS, HANS-LEO: *Schuldrecht*, Heidelberg, 1991, tomo II.
- GÓMEZ POMAR, FERNANDO: «Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica», en *Indret* [www.indret.com], octubre de 2001.

- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, JERÓNIMO: «Proyecto de una ley internacional de compraventa», en *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, Madrid, 1948, tomo III, págs. 18 y sigs.
- GRUNDMANN, STEFAN; MEDICUS, DIETER, y ROLLAND, WALTER: *Europäisches Kauf-gewährleistungsrecht*, Colonia, Berlín, Bonn y Munich, 2000.
- HIPPEL, EIKE VON: *Verbraucherschutzrecht*, Hamburgo, 1974.
- HONDIUS, EWOUT: «Consumer Guarantees: Towards a european Sale of Goods Act», en [http:// www.cnr.it](http://www.cnr.it) (fecha de consulta: agosto de 2001).
- KOCH, DETLEF: *Produkthaftung*, Berlín, 1995.
- LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS: *Elementos de Derecho Civil*, Barcelona, 1985, tomo II, vol. 1.º
- LARENZ, KARL: *Lehrbuch des Schuldrechts*, Munich, 1956, tomo II.
- LETE ACHIRICA, JAVIER: «La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, de 25 de mayo de 1999, y su transposición en el Derecho español», en *Actualidad Civil*, núm. 42, 15 a 21 de noviembre de 1999, págs. 1365 y sigs.
- LLÁCER MATA CÁS, M.^a ROSA: *El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992.
- «La responsabilidad del vendedor de cosa defectuosa: la transposición de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Carta Mercantil*, núm. 26, julio de 2001, págs. 1 y sigs.
 - «Dret civil europeu i Dret de consum: entorn a la configuració de l'objecte contractual», comunicación presentada a las *Dotzenes Jornades de Dret català a Tossa*, Tossa de Mar, septiembre de 2002 [pendiente de publicación en el *Libro de Materiales de las Jornadas*].
- MARCO MOLINA, JUANA: «La incorporación de la Directiva 99/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo por la Ley alemana de Modernización del Derecho de Obligaciones» [pendiente de publicación en el *Libro Homenaje al Profesor don Luis Diez-Picazo y Ponce de León*, coordinado por los Profesores Morales Moreno y Miquel González].
- «El derecho de autor en la sociedad de la información», en *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, 1997, págs. 63 y sigs.
- MARTY, JEAN PIERRE: «La distinction du droit civil et du droit commercial dans la législation contemporaine», en *Revue trimestrielle de Droit commerciale et de Droit économique*, 1981, págs. 695 y sigs.
- MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL: «Comentario del artículo 35 CV», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigido y coordinado por Luis Diez-Picazo, Madrid, 1998, págs. 287 y sigs.
- «Comentario del artículo 1.489 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, dirigido por Paz Ares, Diez-Picazo, Bercovitz y Salvador Coderch, Madrid, 1991, tomo II, págs. 964 y sigs.
 - «Adaptación del Código Civil al Derecho europeo: la compraventa», *Segunda Ponencia* a las «Dotzenes Jornades de Dret català a Tossa», Tossa de Mar, septiembre de 2002 [pendiente de publicación en el *Libro de Materiales de las Jornadas*].

- OLIVENCIA, MANUEL: «La Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías: antecedentes históricos y estado actual», en *Revista de Derecho Mercantil*, 1991, págs. 351 y sigs.
- ORTÍ VALLEJO, ANTONIO: *LOS defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil*, Granada, 2002.
- PARRA LUCÁN, M.^a ANGELES: «Comentario del artículo 12 LOCM», en *Comentarios a las Leyes de ordenación del comercio minorista*, coordinados por Rodrigo Bercovitx y Jesús Leguina, Madrid, 1997, págs. 198 y sigs.
- RABEL, ERNST: *Das Recht des Warenkaufes*, Berlín y Tübingen, 1967 (reimpresión de la edición de 1958), tomo II.
- «Der Entwurf eines einheitlichen Kaufgesetzes», en *Ernst Rabel. Gesammelte Aufsätze*, Tübingen, 1967, tomo III, págs. 522 y sigs.
- «A Draft on an international Law of Sales», en *Ernst Rabel. Gesammelte Aufsätze*, Tübingen, 1967, tomo III, págs. 613 y sigs.
- RANIERI, FILIPPO: *Euröpaísches Obligationenrecht*, Viena y Nueva York, 1999.
- SCHLECHTRIEM, PETER: «Das geplante Gewährleistungsrecht im Licht der europäischen Richtlinie zum Verbrauchsgüterkauf», en *Zivilrechtswissenschaft und Schuldrechtsreform*, Tübingen, 2001.
- SCHMIDT-KESSEL, MARTIN: «Der Rückgriff des Letzverkäufers», en *Österreichische Juristen-Zeitung*, núm. 18, 2000, págs. 668 y sigs.
- SCHULZE, REINER, y SCHULTE-NOLKE, HANS (eds.): *Casebook euröpaísches Verbraucherrecht*, Baden-Baden, 1999.
- SCHWARTZE, ANDREAS: «Die zukünftige Sachmängelgewährleistung in Europa», en *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, núm. 3, 2000, págs. 1999 y sigs.
- SCHULZE, REINER, y ZIMMERMANN, REINHARD: *Textos básicos de Derecho Privado europeo. Recopilación*, Madrid y Barcelona, 2002.
- TENREIRO, MARIO: «La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation», en *Revue Européenne de Droit de la Consommation*, 1996, págs. 1987 y sigs.
- VAQUER ALOY, ANTONI: «El retraso desleal en el ejercicio de los derechos. La recepción de la doctrina de la *Verwirkung* en la jurisprudencia española», en *Revista de Derecho Patrimonial*, núm. 2, 1999, págs. 89 y sigs.
- VICENT CHULIÁ, FRANCISCO: *Introducción al Derecho Mercantil*, Valencia, 1996 (9.^a ed.).
- WINDSCHEID, BERNHARD: *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Frankfurt/Main, 1906, tomo II.
- ZIMMERMANN, REINHARD: «Rasgos fundamentales de un Derecho contractual europeo», en ZIMMERMANN, REINHARD: *Estudios de Derecho Privado europeo*, Madrid, 2000, págs. 111 y sigs.
- «El Derecho Romano holandés y su contribución al Derecho Privado europeo», en ZIMMERMANN, REINHARD: *Estudios de Derecho Privado europeo*, Madrid, 2000, págs. 67 y sigs.

Doctora JUANA MARCO MOLINA
 Profesor Titular de Derecho Civil
 Universidad de Barcelona