

Cláusulas restrictivas de los derechos del consumidor en caso de incumplimiento: la Disposición Adicional 1.^a 9.^a LGDCU

SUMARIO: I. EL OBJETO DE NUESTRO ESTUDIO Y LA ESTRUCTURA DEL TRABAJO.—II. EL PARRAFO I DE LA DA 1.^a 9.^a LGDCU.—III. EL PARRAFO II DE LA DA 1.^a 9.^a LGDCU.

I. EL OBJETO DE NUESTRO ESTUDIO Y LA ESTRUCTURA DEL TRABAJO

1. Entre las modificaciones que la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación hace en la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (LGDCU), se encuentra la de incorporar una Disposición Adicional 1.^a (DA 1.^a), la cual contiene una lista de cláusulas consideradas abusivas a los efectos del artículo 10.bis LGDCU. La cláusula 9.^a de dicha DA 1.^a constituye el objeto de nuestro estudio y su tenor literal es como sigue:

DA 1.^a LGDCU: Cláusulas abusivas. «A los efectos previstos en el artículo 10.bis, tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: [...]

II. Privación de derechos básicos del consumidor.

9.^a 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 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 indem-

nización 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 fueren posibles o resultasen insatisfactorias.»

El trabajo lo hemos dividido en dos apartados, siguiendo de esta manera la propia estructura de la DA 1.^a 9.^a LGDCU, que consta de dos párrafos. En breve síntesis y en líneas generales hemos de decir, que en relación con el párrafo I de la DA 1.^a 9.^a LGDCU nos planteamos cómo hemos de concebir el concepto de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del profesional, dónde hemos de localizar los derechos legales del consumidor y qué hemos de entender por exclusión o limitación de forma inadecuada de dichos derechos legales del consumidor. A medida que vamos ahondando en el estudio de este párrafo va surgiendo la duda de cuál es, hoy por hoy, su exacta utilidad.

Por lo que respecta al párrafo II de la DA 1.^a 9.^a LGDCU, diferenciamos en su análisis dos reglas: una primera que se refiere a cláusulas que, modificando el saneamiento por vicios ocultos (arts. 1.484 y sigs. del Código Civil), tienen la condición de cláusulas abusivas, y otra segunda que, modificando asimismo el saneamiento por vicios ocultos, tienen la condición de cláusulas válidas. La primera regla preceptúa que son abusivas las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos. Comparando esta norma con la disciplina del saneamiento por vicios ocultos del Código Civil (arts. 1.484 y sigs.), llegamos a la conclusión de que lo que la DA 1.^a 9.^a LGDCU añade a dicho cuerpo legal es que, incluso siendo el vendedor de buena fe, no se puede modificar el saneamiento por vicios ocultos si se trata de una relación contractual establecida entre un profesional y un consumidor de la LGDCU (art. 1.2), en la que hay cláusulas no negociadas individualmente o condiciones generales de la contratación y la modificación que se pretenda lo es en perjuicio del consumidor. En cuanto a la segunda regla, que comenzaría a partir del «salvo que se limiten a reemplazar la obligación de saneamiento por la de [...]», conectamos su interpretación con el artículo 11.2 y 3 LGDCU, que regula la figura de la garantía de los bienes de naturaleza duradera. Tal conexión la hacemos porque al leer el contenido de la cláusula que según el legislador sí puede válidamente desplazar al saneamiento por vicios ocultos, comprobamos que está pensando en la garantía de los productos y ésta cuenta, desde 1984, con una específica regulación en el artículo 11.2 y 3 LGDCU, completada con el artículo 12.2 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista (LOCM). Y es en la relación que media entre las normas de la DA 1.^a 9.^a LGDCU y del artículo 11.2 y 3 LGDCU en donde constatamos cierta descoordinación que hemos intentado, en la medida de lo posible, salvar. No obstante nuestro intento interpretativo de coordinar dichas normas, debemos reconocer que tal vez lo más aconsejable sea derogar esta regla de la DA 1.^a 9.^a LGDCU, o

como mínimo modificarla y adaptarla a la regulación que de la garantía hace el artículo 11.2 y 3 LGDCU. Ahora bien, dicho lo anterior, recordemos que hemos de incorporar a nuestro ordenamiento interno la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de las ventas y de las garantías de los bienes de consumo. Entre las posibles formas de proceder a su transposición, como pueden ser, por ejemplo, la de promulgar una nueva ley especial que recoja su contenido, o la de modificar el Código Civil en instituciones como el incumplimiento o el saneamiento por vicios ocultos, se encuentra la de modificar la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU. Y si el legislador optase por esta última posibilidad, entendemos que como efecto rebote debería de plantearse qué hacer con la presente regla de la DA 1.^a 9.^a LGDCU.

II. EL PARRAFO I DE LA DA 1.^a 9.^a LGDCU

1 bis. Incorpora a nuestro ordenamiento la letra *b)* del apartado 1 del Anexo de la *Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores* (1). De conformidad con dicha letra *b)*, los Estados miembros *pueden* declarar abusivas las cláusulas que excluyan o limiten «[de] forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional, [...]».

El artículo 10.1.c).6.º LGDCU, *redacción de 1984*, contemplaba en parte la norma de la DA 1.^a 9.^a I LGDCU. Según aquel precepto, «[l]as limitaciones absolutas de responsabilidad frente al consumidor o usuario y las relativas a la utilidad o finalidad esencial del producto o servicio» no respetaban la buena fe y el justo equilibrio entre contraprestaciones (eran cláusulas abusivas y por ello nulas, teniéndose por no puestas; v. art. 10.4.I LGDCU, *redacción de 1984*).

2. La DA 1.^a 9.^a I LGDCU considera abusivas las cláusulas que excluyan o limiten de forma inadecuada los derechos legales del consumidor *por incumplimiento* del profesional.

El término incumplimiento puede entenderse de formas distintas. Una de ellas es concebirlo de manera *estricta*. Aquí diríamos que la *categoría dogmática* del incumplimiento se asocia *tan sólo* con problemas relativos a la ejecución del contrato. La otra forma de entender el incumplimiento la podemos calificar de *amplia o no estrictamente técnica*. En este sentido, fijaría-

(1) Sobre esta Directiva, JAVIER PAGADOR LÓPEZ, *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, 1998.

mos la atención en que *hay unas normas jurídicas que ponen a cargo de un determinado sujeto de la relación contractual unas obligaciones*. Ahora bien, estas obligaciones pueden imponerse en el período antecedente a la celebración del contrato (el de los tratos previos); o pueden imponerse en el momento de la formación de la voluntad contractual (incluyendo aquí, asimismo, aspectos relativos a la forma del contrato, cláusulas que ha de contener el documento que refleje el contrato, etc.); o pueden imponerse por haber surgido ya la regla contractual, esto es, en el período de ejecución del contrato (aquella se conforma no sólo por la voluntad concorde de las partes, sino además por la ley, los usos y la buena fe: art. 1.258 del Código Civil).

Cuando la DA 1.^a 9.^a I LGDCU alude al incumplimiento, ¿de qué forma lo entiende? En nuestra opinión, lo hace en un sentido amplio o no estrictamente técnico y bajo el presupuesto de haberse celebrado el contrato. Es frecuente que *las normas que tratan de la protección del consumidor, cuando lo que está implicado es una relación contractual* [v. *infra*, núm. 3, letras a) y sigs.], *no se limiten a regular aspectos relativos a la ejecución del contrato, sino que incluyan obligaciones antecedentes a la formación del contrato y obligaciones en la propia formación del contrato*. Pues bien, situándonos en la DA 1.^a 9.^a I LGDCU, la infracción por el profesional *de una cualquiera de esas obligaciones legales* suyas merece la calificación de *incumplimiento*, y este incumplimiento tendrá unas consecuencias jurídicas, *que es a lo que se refiere la DA 1.^a 9.^a I LGDCU cuando habla de los derechos legales del consumidor* (son los remedios que el ordenamiento le ofrece para reaccionar).

Un ejemplo, entre otros muchos que podríamos poner y que muestra la importancia de precisar el alcance de la DA 1.^a 9.^a I LGDCU, puede ser el siguiente. En la adquisición de un derecho de aprovechamiento por turno, la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, que regula dicho derecho, obliga al profesional a suministrar una serie de informaciones (art. 8) y obliga asimismo a que en el contrato de adquisición, que ha de constar por escrito, figure una serie de extremos (art. 9). La infracción de estas obligaciones legales permite al adquirente del aprovechamiento por turno, resolver el contrato en el plazo de tres meses a contar desde la fecha del mismo (art. 10). Si nos olvidásemos del artículo 2.1 de la Ley 42/1998 —que exponemos *infra*, en el núm. 3, letra l) y que es el que da la solución al caso; para la explicación de esta afirmación, v. también *infra*, núm. 5—, según la DA 1.^a 9.^a I LGDCU, ese derecho legal de resolución, *por el incumplimiento del profesional*, no puede ser excluido o limitado de forma inadecuada, y dicho derecho de resolución proviene del incumplimiento de una serie de obligaciones precontractuales y de otra relativa a la formación del contrato. Se nos podría contraargumentar que, celebrado el contrato, al menos las obligaciones de información antecedentes al mismo (o realmente su omisión) devienen en un problema de ejecución del contrato —del art. 10 de la Ley 42/1998 se desprende que dichas

informaciones pueden suministrarse (se subsana la omisión habida) después de la celebración del contrato—, y de esta manera entrarían en el ámbito de la DA 1.^a 9.^a I LGDCU, y ello, manejándose una noción estricta de incumplimiento.

*Pero, y más allá del ejemplo que acabamos de exponer, no siempre el incumplimiento del profesional podrá reconducirse a una obligación derivada de la ejecución del contrato, sino que tan sólo podrá ser calificada de obligación precontractual que no sigue el régimen de la responsabilidad contractual, o de obligación relativa a la formación del contrato, y entonces, tales casos no entrarían desde luego en la DA 1.^a 9.^a I LGDCU si se maneja una noción estricta de incumplimiento (y surgiría además el problema de, ¿se localizan en algún otro apartado de la DA 1.^a LGDCU, o sólo cuentan con el art. 10.bis LGDCU?). Por otro lado, una interpretación de la DA 1.^a 9.^a I LGDCU, en beneficio del consumidor —arg. art. 51 CE; arts. 1.1, 8.2, y 27.1 LGDCU— conduce a manejar una noción amplia del término incumplimiento. Y por último —y lo que sigue es el argumento decisivo—, la interpretación que proponemos se apoya en el Anexo de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril, sobre cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, apartado 1, letra b). Si comparamos la redacción de este apartado 1, letra b) con la de la DA 1.^a 9.^a I LGDCU constatamos que, en lo que coinciden, la redacción entre ambos es muy similar, pero que la DA 1.^a 9.^a I LGDCU omite una frase del apartado 1, letra b) del Anexo que es, precisamente, la que aclara el alcance de lo que pretendió el legislador comunitario. Recordemos, la DA 1.^a 9.^a I LGDCU preceptúa, «[...] tendrán el carácter de abusivas al menos las cláusulas o estipulaciones siguientes: [...] 9.^a La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional». Y el apartado 1, letra b) del Anexo de la Directiva dice, «excluir o limitar de forma inadecuada los derechos legales del consumidor con respecto al profesional o a otra parte en caso de incumplimiento total o parcial, o de cumplimiento defectuoso de una de cualquiera de las obligaciones contractuales por el profesional [...]». Y de sobra es conocida la doctrina del Tribunal de Justicia que afirma que el derecho interno de los Estados miembros ha de interpretarse a la luz de la letra y de la finalidad perseguida por la directiva que esté implicada. La indicación de *cualquier obligación contractual del profesional* evita que haya de entrarse a discutir sobre si una determinada obligación contractual pertenece al período precontractual, a la formación del contrato o a su ejecución, discusión que si, dentro de los derechos internos de los Estados miembros puede plantearse con cierta virulencia, aún lo es más si nos ubicamos desde la perspectiva de los derechos de los Estados miembros con distintas tradiciones jurídicas. Situados en el nivel comunitario, lo que interesa es obtener o alcanzar un resultado dado, importando menos que*

los derechos internos califiquen la cuestión de distinta forma (en nuestro caso, en cualquiera de las diferentes fases del contrato, etc.).

3. *¿Dónde localizamos esas cualesquieras obligaciones contractuales del profesional?* Habrá de acudir a dos bloques normativos. Uno es lo que, desde la perspectiva doctrinal, se conoce como teoría general del contrato y de la obligación, así como los contratos en particular, y el otro, el específico de la protección de los consumidores.

Una de las características de las normas de derecho privado que tratan de la protección de los consumidores y usuarios —esto es, de normas cuya aplicación está condicionada a que se reúna la condición de consumidor— es que su *inserción con el resto de las normas del ordenamiento jurídico* no se hace, en general, bajo la regla de que la norma especial desplaza a la general, sino bajo la de la *compatibilidad*. El consumidor español puede encauzar su pretensión —y seguramente en términos económicos y de eficacia será lo más adecuado— a través de las específicas normas protectoras de los consumidores, pero también puede hacerlo, y *desde un principio*, a través de las normas generales que protegen a todo contratante (él optará). Estas normas serán, en la mayor parte de los casos, las del Código Civil, pues la mayoría de las normas protectoras de los consumidores contienen una definición estricta de consumidor (se habla de *destinatario final, de que actúe fuera del marco de la actividad empresarial*), noción estricta que es la única que ahora interesa porque estamos en el ámbito de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios (cfr. art. 1.2 LGDCU). Por supuesto, el Código Civil también desempeña, en el ámbito de los consumidores, su tradicional *función supletoria*. Si una cuestión dada no está regulada en la específica norma de protección de los consumidores, se acudirá a aquel texto legal (art. 4.3 del Código Civil) (2). En definitiva, habre-

(2) La afirmación de que la relación LGDCU/CC se rige, *cuando ambos textos regulan similar o una misma cuestión*, por la regla de la compatibilidad, la apoyamos en el artículo 7 LGDCU. Este, situado en el Capítulo III, titulado *Protección de los intereses económicos y sociales*, preceptúa: «Los legítimos intereses económicos y sociales de los consumidores y usuarios deberán ser respetados en los términos establecidos en esta Ley, aplicándose además lo previsto en las normas civiles y mercantiles y en las que regulan el comercio exterior e interior y el régimen de autorización de cada producto o servicio» (v. *infra*, nota núm. 3, en donde exponemos diferentes propuestas interpretativas sobre este precepto). El término *además*, que emplea el artículo 7 LGDCU, permite defender la aludida regla de la compatibilidad (cfr. asimismo la EM de la LGDCU). Ahora bien, el alcance normativo del artículo 7 LGDCU ha de coordinarse con el de la DD de la LGDCU que dice, «[q]uedan derogadas todas las disposiciones que se opongan a lo dispuesto en esta Ley». Es evidente que, dependiendo de cómo se interprete, ante un caso dado, el concepto de oposición, operará o no dicha compatibilidad. Y dicho término de *además* permite, asimismo, afirmar que la relación LGDCU/CC, *cuando la primera no regula una cuestión sí contemplada por el segundo*, se rige por la regla de la *función supletoria* que el Código Civil desempeña (como hemos expuesto en texto, dicha función supletoria está también recogida, si bien con un alcance más amplio, en el art. 4.3 CC).

mos de tener presente, básicamente, las normas del Código Civil que tratan de la formación del contrato y de la determinación de la regla contractual —arts. 1.254 y sigs. del Código Civil—, las que tratan de la obligación —arts. 1.088 y sigs. del Código Civil—, y las que regulen el contrato celebrado (el Libro IV del Código Civil).

Por otro lado, recordemos que en el momento de la promulgación de la LGDCU —1984— el propósito del legislador español fue que hubiera una ley que regulase todas las especialidades que pudiera suponer el que uno de los sujetos implicados, en una relación jurídica dada, tuviese la condición de consumidor (la LGDCU regula no sólo aspectos de Derecho privado, sino también de Derecho público). Sin embargo, tras la LGDCU, han ido surgiendo un número creciente de leyes de Derecho privado que regulan un concreto sector en el que intervienen los consumidores [v. en texto, núm. 3, letras *a*) y sigs., la enumeración de leyes y reglamentos que, sin pretensión alguna de exhaustividad, hacemos]. Surge así la cuestión de cuál es la relación que media entre *LGDCU* y *leyes especiales de protección de los consumidores*. Pues bien, si una cuestión dada no es regulada por la ley especial de protección de los consumidores, la LGDCU desempeña una *función supletoria*. Esta función, que responde a una regla de lógica jurídica, no tenía reflejo directo en una norma legal. Tal situación ha cambiado con la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación, cuya DA 1.^a-7 ha añadido a la LGDCU una DA 2.^a del siguiente tenor: «*Lo dispuesto en la presente Ley [LGDCU] será de aplicación a todo tipo de contratos en los que intervengan consumidores, con las condiciones y requisitos en ella establecidos, a falta de normativa sectorial específica*, que en cualquier caso respetará el nivel de protección del consumidor previsto en aquélla». Aunque no es necesario plasmar legislativamente esta función supletoria de la LGDCU, tampoco hay mayor problema en que ello haya tenido lugar. Y, por supuesto, en defecto de previsión normativa de la LGDCU, se acudirá supletoriamente al Código Civil (arts. 7 LGDCU y 4.3 CC).

La DA 2.^a LGDCU ha sido duramente criticada por GERMÁN BERCOVITZ ALVAREZ. Este autor distingue dos partes en dicha DA 2.^a LGDCU. Una primera es la regla que establece que la LGDCU se aplicará a los contratos en que intervengan consumidores *que reúnan las condiciones y requisitos que la misma establece*. Entiende Germán Bercovitz Álvarez que esta norma es reiterativa y superflua, en cuanto que la LGDCU se remite a sí misma en lo que respecta a su ámbito de aplicación (se acudirá al art. 12 LGDCU), lo cual es algo evidente (DA 2.^a LGDCU, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 1999, pág. 1332, núm. 3, y pág. 1331, núms. 1 y 2). Estamos de acuerdo con esta observación, si bien, tal vez pudiéramos interpretar esa alusión al ámbito subjetivo de aplicación de la LGDCU, en el sentido de que la LGDCU *recuerda* al aplicador del Derecho que maneja una noción estricta de consumidor —lo es el *destinatario final*, lo cual implica no incluir al *consumo empresarial* (art. 12 y 3 LGDCU)— y ello se recuerda porque algunas de las *leyes especiales de protección de los consumidores* contienen una noción amplia de consumidor —llegan a incluir al consumo empresarial, e incluso, a veces, al *bystander*; v. en texto núm. 3, letras *a*) y sigs.—. La otra parte de la DA 2.^a LGDCU contiene, según Germán Bercovitz Álvarez, dos reglas potencialmente contradictorias. Una es la vigencia de las condiciones generales *a falta de normativa sectorial específica*, lo que refleja la idea de la prevalencia de la ley especial sobre la general, *regla que no supone nada nuevo* (*op. cit.*, págs. 1333-1334, núm. 8). Observación con la que coincidimos, como hemos expuesto en el párrafo que antecede a éste. La otra regla es que la normativa sectorial específica *respetará el nivel de protección de la LGDCU*, siendo ésta, señala el presente autor, la posible novedad o utilidad de la DA 2.^a LGDCU. No obstante, concluye indicando que

Por lo que respecta a las normas de protección de los consumidores y usuarios —conjunto normativo que sobre todo en la última década se ha incrementado de forma notable— habrá de acudirse, es algo obvio, a la concreta norma que contemple la cuestión contractual dada. *Sin pretensión alguna de exhaustividad*, las siguientes normas regulan relaciones contractuales en las que interviene el consumidor (seguimos un orden cronológico; sobre las mismas hacemos unas muy breves indicaciones, que nos interesan a efectos de la explicación de la presente DA 1.^a 9.^a LGDCU; v. *infra*, núm. 5):

a) *Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de los consumidores y usuarios*. En la determinación de su ámbito de aplicación, la Ley maneja una noción estricta de consumidor —lo es, quien sea *destinatario final* (art. 1.2 LGDCU)—. De esta Ley interesan los artículos que tratan de *la protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores*, los cuales regulan aspectos que surgen a propósito de la celebración de un contrato. Aparte del artículo 7 LGDCU (v. notas núm. 2 y 3), son: el artículo 8 —entre otros aspectos, trata de la incidencia de la publicidad en la determinación de la regla contractual—; el artículo 9 —contiene una norma de remisión acerca de la utilización de concursos, sorteos, regalos, vales premios o similares, como métodos vinculados a la oferta, promoción o venta, materia que ha regulado la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista [arts. 32 a 34; v. *infra*, núm. 3, letra i)]; los actuales artículos 10 y 10.bis

una interpretación razonable de dicha regla la hace inútil, en cuanto que no añade nada nuevo a las reglas hermenéuticas de que prevalece la norma de superior rango o de que prevalece la norma especial sobre la general (*op. cit.*, pág. 1334, núm. 9). Así, si la normativa sectorial específica tiene rango de *ley* y es *posterior* a la LGDCU, la DA 2.^a LGDCU no le afecta: el legislador es libre de establecer lo que quiera y derogar la norma anterior (habla el autor de que se trata de un «brindis al sol») (*op. cit.*, pág. 1334, núm. 11). Y si la norma sectorial específica es de rango *inferior* a la LGDCU (un reglamento, por ejemplo), la afirmación de que tiene que respetar el nivel de protección de la LGDCU es evidentemente una afirmación inútil, pues la norma de rango superior prevalece sobre la de rango inferior (arts. 1.2 CC y 9.3 CE) (*op. cit.*, pág. 1334, núm. 12). Asimismo señala que la DA 2.^a LGDCU no deroga la regla de la prevalencia de la ley especial sobre la general, *la cual ha de combinarse con el principio de jerarquía*. Así, si la norma de rango *inferior* es la más específica, la misma *se aplicará siempre que no se oponga a la norma general de rango superior*, lo cual incluye el caso en que la norma de rango inferior y más específica regule una cuestión *no contemplada* en la de rango superior y general (*op. cit.*, pág. 1334, núm. 13). En cambio, *no se aplicará la norma de rango inferior*, aunque hubiere establecido una *protección superior* a la de rango superior y general, si la primera se opone a la segunda (arts. 1.2 CC y 9.3 CE e incluso, por el propio Estado de Derecho; pág. 1335, núm. 14). Concluye Germán Bercovitz Álvarez señalando la inutilidad del precepto, «pues no parece que deba alterar el juego habitual del principio de especialidad y jerarquía» (*op. cit.*, pág. 1335, núm. 15).

Otra norma que refleja la regla de la *compatibilidad* entre la LGDCU y el Código Civil, si bien en un campo más reducido, es el artículo 12.1 LOCM. Dice éste: «El vendedor responderá de la calidad de los artículos vendidos en la forma determinada en los Códigos Civil y Mercantil [sic, de Comercio], así como en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes y complementarias».

—introducidos por la DA 1.^a, 2 y 3, de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, y que regulan la contratación en la que hay cláusulas no negociadas individualmente o cláusulas con el carácter de condiciones generales—; el artículo 11 —contempla la garantía y el servicio postventa, precepto completado por el art. 12 de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista [v. *infra*, núm. 11, letras e), f) y g)]— y el artículo 12 —que no admite la comparecencia personal y obligatoria del consumidor para realizar cobros, pagos o trámites similares.

También habrá de tenerse presente el artículo 13 LGDCU, que trata, desde la perspectiva del derecho privado, del derecho a la información de los consumidores y usuarios.

Asimismo deben tenerse en cuenta los artículos 25 a 30 LGDCU, que regulan la reparación de los daños y perjuicios sufridos por el consumidor o usuario. Aunque, si se acude a la tramitación parlamentaria de la LGDCU, se desprende claramente que en la elaboración de dichos preceptos se tenía presente sólo la responsabilidad extracontractual, hoy en día la mayoría de los autores consideran que dichos preceptos se aplican a la responsabilidad extracontractual y a la *contractual*. Ahora bien y dicho esto, no ha de olvidarse que en un sector importante de bienes y a propósito de su *seguridad*, los artículos 25 y sigs. LGDCU son actualmente inaplicables por así disponerlo la DF 1.^a de la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos [v. *infra*, núm. 3, letra f)].

La LGDCU es norma imperativa *en el sentido* de que los derechos que regula se conciben como *mínimos*, y en consecuencia es nula la modificación que se haga a la baja y no la que se haga al alza (la de un contenido superior al legal). Según el artículo 2.3 LGDCU es nula la renuncia previa de los derechos que la LGDCU reconoce a los consumidores, y son nulos los actos realizados en fraude de ley, de acuerdo con el artículo 6 del Código Civil.

b) *Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, por el que se regula la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos, de sus equipos y de sus componentes.* Este Real Decreto, aparte de regular cuestiones relativas a los talleres de reparación de vehículos automóviles, contiene una serie de normas que interesan al consumidor contratante del servicio, en particular los artículos 12 a 17, correspondientes al Título IV, *Garantías, responsabilidades.* *Infra*, núm. 11, letra e), hacemos referencia a la garantía del consumidor por la reparación del vehículo automóvil.

c) *Real Decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico.* Aunque sus normas se dirigen a las personas dedicadas a la instalación, conservación, reparación o mantenimiento de aparatos de uso doméstico, se regulan asimismo aspectos de interés para el consumidor contratante de dichos servicios. *Infra*, núm. 11, letra e), hacemos referencia a la garantía del consumidor por la reparación del aparato de uso doméstico.

d) *Ley 26/1991, de 21 de noviembre, sobre contratos celebrados fuera de los establecimientos mercantiles.* Su ámbito subjetivo de aplicación coincide con el de la LGDCU. La Ley 26/1991 afirma que se aplica a los contratos que celebren un empresario y un consumidor, *entendido éste de conformidad con*

el concepto establecido en el artículo 1.2 LGDCU (art. 1.1, Ley 26/1991; el art. 1.2 incluye además a las ofertas de contrato).

El artículo 9 de la Ley 26/1991 preceptúa que los derechos del consumidor por la presente Ley son irrenunciables, si bien se consideran válidas las cláusulas contractuales más beneficiosas para el consumidor.

e) *Real Decreto 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamientos de vivienda.* Este reglamento desarrolla fundamentalmente el derecho de información contenido en el artículo 13.2 LGDCU y se aplica a quienes son consumidores de conformidad con la LGDCU (art. 1.1. del Real Decreto 515/1989).

f) *Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos.* Su ámbito de aplicación es amplio, pues incluye al consumo particular, al consumo empresarial y al *bystander* (cfr. art. 10.1 y EM). Esta Ley se aplicará, sobre todo, a relaciones que hemos de calificar de *extracontractuales*, pues los sujetos pasivos de la responsabilidad civil que regula son el fabricante y el importador del producto (arts. 1 y 4, 1 y 2; en ciertos casos responde el suministrador: art. 4.3 y DA única) y lo más normal es que el consumidor particular no haya contratado directamente con aquéllos. Pero, igualmente se aplica cuando entre dichos sujetos hubiere mediado una relación contractual (cfr. arts. 14 y 15). La preocupación fundamental de la Ley 22/1994 es establecer un régimen *uniforme para los daños causados por la no seguridad de los productos puestos en circulación por el fabricante y por el importador*, régimen que se incrustará en la relación en que haya surgido, independientemente de su naturaleza extracontractual o contractual. Evidentemente, a nosotros la cita de esta Ley 22/1994 nos afecta desde la perspectiva de su aplicación *contractual* [y bajo el presupuesto de que, además de que resultó inútil, el bien no ofreció la seguridad que cabía legítimamente esperar (art. 3)]. Por otro lado, dicha Ley es imperativa (art. 14). (Téngase presente que hemos de ampliar el ámbito objetivo de la LRCDPD, por causa de la Directiva 1999/34/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 10 de mayo de 1999, por la que se modifica la Directiva 85/374/CEE del Consejo, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos; la ampliación supone la inclusión en el ámbito de aplicación de la LRCDPD de las materias primas agrícolas y de los productos de la caza).

g) *Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo.* En la determinación de su ámbito subjetivo de aplicación, la Ley maneja una noción de consumo estricto. A propósito del consumidor, el artículo 1.1 de la Ley 7/1995 dice que el crédito que se conceda, bajo la forma de pago aplazado, préstamo, apertura de crédito o cualquier medio equivalente de financiación, *ha de ser para satisfacer necesidades personales al margen de la actividad empresarial o profesional.* Y el artículo 1.2, que es el precepto que nos ofrece el concepto de consumidor a efectos de la aplicación de la Ley 7/1995, dice que es la persona física que en las relaciones contractuales reguladas por esta Ley *actúa con un propósito ajeno a su actividad empresarial o profesional.*

Según el artículo 3 de la Ley 7/1995, «[n]o serán válidos, y se tendrán por no puestos, los pactos, cláusulas y condiciones establecidos por el concedente del crédito y el consumidor *contrarios a lo dispuesto en la presente Ley, salvo que sean más beneficiosos para éste*». [Sobre la relación de esta Ley 7/1995 con la Ley de venta a plazos de bienes muebles, v. *infra*, núm. 3, letra k)].

h) *Ley 21/1995, de 6 de julio, reguladora de los viajes combinados*. Su ámbito de aplicación incluye al consumo privado y al empresarial. Según el artículo 2.7 es consumidor o usuario, «*cualquier persona en la que concurra la condición de contratante principal, beneficiario o cesionario*».

El apartado 4 del artículo 11 de la Ley 21/1995 —precepto que regula la responsabilidad de los organizadores y detallistas de los viajes combinados— preceptúa que «[n]o podrán establecerse excepciones mediante cláusula contractual a lo previsto en los apartados 1 y 2 del presente artículo». Dicho apartado 1, del artículo 11, afirma la responsabilidad de los organizadores y detallistas de viajes combinados por el *correcto cumplimiento del contrato*, y el 2, la responsabilidad de organizadores y detallistas de viajes combinados por los daños sufridos por el consumidor derivados de la *no ejecución o ejecución deficiente del contrato*, estableciendo a continuación una serie de circunstancias, que, si efectivamente ocurren, determinan que no haya lugar a la anterior responsabilidad.

i) *Ley 7/1996, de 15 de enero, de ordenación del comercio minorista*. El objeto principal de esta Ley es el establecimiento del régimen jurídico general del comercio minorista y la regulación de determinadas ventas especiales (art. 1.1). «[S]e entiende por comercio minorista aquella actividad desarrollada profesionalmente con ánimo de lucro consistente en ofertar la venta de cualquier clase de artículos *a los destinatarios finales del mismo*, utilizando o no un establecimiento» (art. 1.2). Es claro que esta definición se refiere al consumidor.

Dentro de esta extensa Ley, sólo vamos a aludir a algunas de las modalidades de ventas que contempla. Por ejemplo: las ventas con obsequio —que, como ya dijimos cuando antes hemos aludido al art. 9 LGDCU [v. *supra*, núm. 3, letra a)], se regulan en los arts. 32 a 34 LOCM (dentro de este capítulo se contemplan las ventas conjuntas)—; la venta automática —contemplada en los arts. 49 a 52 LOCM—; y las *ventas a distancia* —objeto de regulación en los arts. 38 a 48 LOCM—. En relación a estas últimas ventas, el artículo 48 LOCM afirma la nulidad de la renuncia expresa o implícita del consumidor, de los derechos que le son reconocidos en el presente capítulo (el II, del Título III, Ventas a distancia) no impidiendo ello, además, la debida aplicación de las normas que aquél contiene. Según la DA 1.^a LOCM, la regulación de los artículos 38 a 48 LOCM se aplica *también* a los contratos de prestación de servicios celebrados a distancia, con las excepciones que dicha disposición adicional especifica. Además de la LOCM, en los contratos a distancia ha de tenerse presente el *Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación* [al respecto, v. *infra*, núm. 3, letra m)].

j) *Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales*. El vigente artículo 10 LGDCU, al que antes hemos aludido [v. *supra*, núm. 3, letra a)],

preceptúa en su apartado 3 que, «[s]i las cláusulas tienen el carácter de condiciones generales, conforme a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación, quedarán también sometidas a las prescripciones de ésta» (no obstante esta remisión, téngase en cuenta la remisión que a su vez hace la LCGC al art. 10.bis y DA 1.^a LGDCU; art. 8.2 LCGC). Dado que la llamada a la LCGC procede de la LGDCU, es claro que se presupone un consumidor *destinatario final* (art. 12 LGDCU) y que esa normativa es imperativa de conformidad con el artículo 2.3 LGDCU. No obstante, la propia LCGC también incluye a ese consumidor (cfr. art. 2 LCGC, que regula el ámbito subjetivo).

k) *Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles*. Según su artículo 2, si el contrato está incluido, además de en la Ley 28/1998, en el ámbito de aplicación de la Ley de crédito al consumo, a dicho contrato se le aplicarán los preceptos de la Ley de crédito al consumo en todo aquello que favorezca al consumidor, y la Ley 28/1998 se aplicará con carácter supletorio. (La DD única de la Ley 28/1998 deroga expresamente la DF 2.^a de la Ley de crédito al consumo, la cual contemplaba las relaciones entre esta última ley y la derogada Ley 50/1965 sobre ventas de bienes muebles a plazos.)

Por otro lado, el artículo 14 de la Ley 28/1998 preceptúa que «[s]e tendrán por no puestos los pactos, cláusulas y condiciones de los contratos regulados en la presente Ley que fueren contrarios a sus preceptos o que se dirijan a eludir su cumplimiento».

l) *Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas complementarias*. Su ámbito subjetivo incluye tanto al adquirente profesional como al particular. Por otro lado, su artículo 2.1 califica de nulas las cláusulas en las que el adquirente haya renunciado anticipadamente a los derechos que le atribuye la presente Ley; asimismo, aquél califica de «nulas las cláusulas que exoneren al propietario o promotor, o a cualquier persona física o jurídica que participe profesionalmente en la transmisión o comercialización de los derechos de aprovechamiento por turno, de las responsabilidades que le son propias conforme a lo establecido por aquélla».

m) *Real Decreto 1906/1999, de 17 de diciembre, por el que se regula la contratación telefónica o electrónica con condiciones generales en desarrollo del artículo 5.3 de la Ley 7/1998, de 13 de abril, de condiciones generales de la contratación*. En términos generales puede afirmarse que, cuando el legislador español regula una concreta materia o cuestión relativa a la protección de los consumidores, ello tiene origen en la obligación que como Estado miembro tiene, de incorporar al ordenamiento interno la correspondiente directiva comunitaria. Excepción a esta afirmación, si bien sumamente matizable, sería el siguiente caso, el de la LGDCU, cuya causa de promulgación fue el desgraciado y conocido síndrome por la ingestión de aceite de colza desnaturalizado, aparte de la fundamentación jurídica del artículo 51 CE, y, promulgación que tuvo lugar cuando aún no éramos socios comunitarios (ahora bien, en su redacción se tuvieron en cuenta los principios y directrices vigentes en la materia, en la Comunidad Económica Europea, cfr. EM de la LGDCU).

En cambio, si es realmente una excepción a la anterior afirmación, la regulación que de los contratos a distancia hace la LOCM [v. *supra*, núm. 3,

letra i)]. Después de la promulgación de la LOCM en 1996, se aprobó la *Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 1997, relativa a la protección de los consumidores en materia de contratos a distancia*. Es cierto que en la preparación de la LOCM se tuvieron en cuenta los ya avanzados trabajos de la directiva comunitaria y de ahí que muchas reglas de la que finalmente resultó Directiva 97/7/ CE estén reflejadas en los artículos 38 a 48 LOCM (en menor medida con los contratos a distancia de prestación de servicios, DA 1.^a LOCM). Pero en la Directiva 97/7/CE se encuentran ciertas reglas *que no se contienen en la LOCM*. Pues bien, aprovechando que había de desarrollarse el mandato del artículo 5.3 LCGC, precepto que alude a los requisitos de incorporación de las condiciones generales de la contratación a propósito de la contratación telefónica o electrónica, el *Real Decreto 1906/1999* incorpora a nuestro ordenamiento una serie de normas de la Directiva 97/7/CE que hasta entonces no habíamos incorporado y que tienen que ver *con la celebración de un contrato*. Según el artículo 1, el Real Decreto 1906/1999 se aplica a los contratos a distancia (de bienes o servicios), realizados por vía telefónica, electrónica o telemática y que contengan condiciones generales de la contratación entendidas según la definición que de ellas da la LCGC.

4. Sobre *los derechos legales del consumidor*, surgidos por causa del incumplimiento del profesional, hemos de decir lo mismo que a propósito de las obligaciones contractuales del profesional (v. *supra*, núm. 3). Acudiremos, pues la DA 1.^a 9.^a I LGDCU es norma de remisión, a los preceptos que regulen la formación del contrato y la determinación de la regla contractual —arts. 1.254 y sigs. del Código Civil—, a los que traten de las obligaciones en donde la doctrina localiza los remedios por el incumplimiento, entendiendo éste ahora de forma estricta —arts. 1.088 y sigs. del Código Civil—, y a las normas del contrato que se haya celebrado (Libro IV del Código Civil). Y asimismo acudiremos a la específica norma de protección del consumidor que regule el contrato que se esté analizando.

Por ejemplo, teniendo presente el Código Civil, los remedios (derechos legales) del consumidor pueden consistir en la desvinculación del contrato, sea por nulidad, por anulabilidad, por resolución, por desistimiento, etc.; o en la facultad de rechazar la cosa ofrecida en pago; o en la petición de cumplimiento del contrato, que puede consistir en pedir la entrega de la cosa o en la realización del servicio, o en la reparación de la cosa o en su sustitución por otra de idénticas características; o en la petición de reducción del precio; o en la petición de que se reparen los daños y perjuicios causados, etc.

Sobre la expresión «*incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del profesional*», hemos de decir que lo que la DA 1.^a 9.^a I LGDCU quiere señalar es que su ámbito de aplicación incluye *cualquier modalidad o manifestación del incumplimiento del profesional*.

5. Identificados los derechos legales del consumidor por el incumplimiento del profesional de una cualquiera de sus obligaciones contractuales, la DA 1.^a 9.^a I LGDCU califica de abusiva aquella cláusula *que excluya o limite de forma inadecuada dichos derechos*, lo cual incluye, entendemos, tanto a los *requisitos de aplicación* como a las *consecuencias jurídicas* que aquéllos desencadenen.

La precisión legal de *forma inadecuada* significa que se admite que pueda haber cláusulas *que jurídicamente se consideren válidas*. El criterio que permite la calificación de cláusula abusiva o válida es el de si la exclusión o limitación se hace o no de forma inadecuada para el consumidor. La clave aplicativa está, pues, en la determinación de lo que debemos entender por forma inadecuada que, a nuestro entender, lo realiza el artículo 10.bis LGDCU (surge entonces la cuestión de cuál es la exacta utilidad de la DA 1.^a 9.^a I LGDCU).

Por otra parte, hemos de tener en cuenta que *en el sector de las específicas normas de protección del consumidor*, la mayoría de ellas *son normas imperativas* [v. *supra*, núm. 3, letras a) y sigs.]. En consecuencia, las partes no pueden modificar el régimen de responsabilidad contractual que la norma establezca, en el sentido de *reducir* los derechos que por ley el consumidor tiene (si la modificación es alza, lo cual en algunos casos será poco probable que ocurra, la modificación sí sería válida). Esto, a su vez, se traduce en que *en el concreto sector de las normas protectoras de los consumidores, la mayor parte de las veces la norma de la DA 1.^a 9.^a I LGDCU no puede entrar a operar, pues aquellas normas son las que ya de por sí impiden la exclusión, lo cual incluye la posibilidad de la limitación a la baja*. Sólo en aquellos muy escasos aspectos cuya modificación admitan las normas protectoras de consumidores (algo raro en este sector del Derecho), la DA 1.^a 9.^a I LGDCU tendrá un campo en el que operar. En cambio, la DA 1.^a 9.^a I LGDCU tendrá un importante campo operativo si el consumidor decide encauzar su pretensión por el Código Civil, pues muchas de sus normas tienen carácter dispositivo —por supuesto, en las normas imperativas del Código Civil poco ha de hacer la DA 1.^a 9.^a I LGDCU, pues ya está aquel texto legal—. Pero incluso estas últimas afirmaciones, a propósito del Código Civil, podrían destruirse si se fuere partidario de entender que las normas de dicho texto legal adquieren carácter imperativo en su aplicación en beneficio de una mayor protección de los intereses económicos y sociales de los consumidores [arg. art. 7 LGDCU, transcrito *supra*, nota núm. 2; recordemos que la LGDCU es norma imperativa, art. 2.3, v. *supra*, núm. 3, letra a)] (3).

(3) Nos limitamos a recordar la tesis de JUAN IGNACIO FONT GALÁN, «El Derecho del consumidor entre códigos y Constitución: lugar de encuentro del Derecho Civil y Derecho Mercantil», *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, coord. Juan Ignacio Font

Por todo lo anterior, podemos volver a dejar planteada la cuestión de cuál es la exacta utilidad, hoy por hoy, de la DA 1.^a 9.^a I LGDCU.

6. Por último, en la determinación del alcance normativo de esta regla 9.^a I de la DA 1.^a LGDCU, hemos de tener en cuenta que la propia DA 1.^a LGDCU *contiene otras normas que tratan específicamente de algunos de esos derechos legales que tiene el consumidor por causa del incumplimiento del profesional*. Por ejemplo, la *acción de indemnización por daños y perjuicios* es objeto de especial atención por la regla 10.^a de la DA 1.^a LGDCU; la *facultad resolutoria* se contempla en la regla 12.^a de la DA 1.^a LGDCU (4); o el *saneamiento por vicios ocultos* es objeto de atención específica en el párrafo II, de la DA 1.^a 9.^a LGDCU, etc. Pues bien, *si esas otras reglas de la DA 1.^a contienen norma distinta a la de la regla 9.^a I LGDCU, a aquéllas habrá de estarse.*

III. EL PÁRRAFO II DE LA DA 1.^a 9.^a LGDCU

7. *No tiene homólogo en la Directiva 93/13/CEE, ni tampoco en el artículo 10.1.c) LGDCU, redacción de 1984.*

Galán/Francisco López Menudo, 1990, págs. 48-49, en especial la pág. 49; v. también págs. 42-48. Distinta interpretación defiende CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, quien critica la tesis de Juan Ignacio Font Galán (art. 7 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, coords. Rodrigo Bercovitz/Javier Salas, 1992, págs. 129-130; nosotros tampoco entendemos que el art. 7 LGDCU *imperativice* las normas dispositivas del CC). Con base en el juego conjunto del principio de *condición más beneficiosa para el consumidor*—v. arts. 8.2, 10.2, *redacción de 1984*, y 27.1 LGDCU; asimismo, el principio *pro consumatore*— y del artículo 7 LGDCU, Carlos Martínez de Aguirre señala que la LGDCU establece una *atípica eficacia derogatoria* que ha de aplicarse caso por caso (para ello se hará un juicio abstracto y un juicio concreto, y se atenderá prioritariamente al juicio de conveniencia que realice el propio consumidor). Esta *atípica eficacia derogatoria* consiste en que la LGDCU desplaza la normativa preexistente en la medida de lo que fuere necesario, *si ésta contiene una protección menor del consumidor que la contenida en la LGDCU*. Pero si la normativa preexistente contiene una mayor protección del consumidor que la de la LGDCU, *entonces se aplicará aquélla antes que la LGDCU*. Como autocrítica a su tesis, el presente autor señala que la misma tiene el inconveniente de provocar una *complejidad normativa del Derecho de los consumidores*, pero esta consecuencia no responde a un posible defecto técnico del artículo 7 LGDCU, sino a la elección del legislador español por una legislación de protección de los consumidores *correctora y complementaria* de las reglas legales preexistentes, en un texto de alcance general y contenido muchas veces demasiado difuso y genérico desde la perspectiva del Derecho privado. *Op. cit.*, págs. 130-131.

(4) Denuncia de repetición que ya hacía JESÚS ALFARO AGUILA-REAL sobre el entonces Proyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación (texto del BOCG, Congreso de los Diputados, VI Legislatura, 5 de septiembre de 1997, Serie A, núm. 78-1) («El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», en RDBB, núm. 67, julio-septiembre de 1997, pág. 874).

En él se procede a una *concreción legal* del párrafo I, de la DA 1.^a 9.^a (a un ejemplo). Se consideran abusivas «[e]n particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre vicios ocultos [...]». Se alude al saneamiento por vicios ocultos, regulado en la compraventa en los artículos 1.484 y sigs. del Código Civil (5) —el Código Civil aplica estos preceptos a otros contratos, entre otros, por ejemplo, al arrendamiento de fincas rústicas y urbanas (art. 1.553 del Código Civil); no obstante, suele considerarse que es régimen aplicable a los contratos onerosos—. Puede entenderse que la DA 1.^a 9.^a II LGDCU contiene un pronunciamiento *implícito* sobre la debatida cuestión de la *naturaleza jurídica del saneamiento por vicios ocultos*, en el sentido de relacionarlo con la categoría del *incumplimiento* (6).

8. Según el artículo 1.484 del Código Civil, el vendedor responde de los defectos ocultos que tenga la cosa si la hacen impropia al uso al que se destina o disminuyen dicho uso de modo que el comprador, si lo hubiera conocido, no habría adquirido la cosa o habría dado menor precio por ella. Descubierto el vicio, el comprador puede ejercitar las acciones edilicias del artículo 1.486.I del Código Civil: «desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó» (acción redhibitoria) o «rebajar una cantidad proporcional del precio a juicio de peritos» (acción estimatoria o *quantum minoris*). El plazo para ejercitar estas acciones es de seis meses, «contados desde la entrega de la cosa vendida» (art. 1.490 del Código Civil). El Código Civil no alude a la denuncia del defecto descubierto (7). Por otro lado, hemos de entender que

(5) Sobre el saneamiento por vicios ocultos: ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, «El alcance protector de las acciones edilicias», en *ADC*, 1980, págs. 585 y sigs.; «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», en *ADC*, 1982, págs. 591 y sigs.; artículos 1.484 y sigs. del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, dirs. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, tomo II, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, 1993, págs. 953 y sigs.; NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, 1996, págs. 112 y sigs., y 184 y sigs.

(6) NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, 1996, págs. 115-117 y 138 y sigs.

(7) Por contraste con el saneamiento por vicios ocultos del Código Civil, recordemos el artículo 342 CCO, que establece que si el comprador no reclama en los treinta días siguientes a la entrega, por los *vicios internos* de la cosa vendida, perderá toda acción y derecho a repetir por esta causa contra el vendedor. Sobre la función de esos treinta días caben tres opciones interpretativas: una, entender que los treinta días son plazo para el ejercicio de las acciones; otra, que los treinta días son para la denuncia del defecto, siendo el plazo de ejercicio de acciones el de seis meses del artículo 1.490 del Código Civil; y la tercera, que el plazo de treinta días es para la denuncia del defecto, siendo quince años (art. 1.964 del Código Civil) el plazo de ejercicio de las acciones. De estas tres opciones, la que mayoritariamente se defiende entre los autores es la expuesta en segundo lugar.

la entrega de la cosa se refiere a la material, y en la actualidad, el Tribunal Supremo califica de caducidad el plazo de los seis meses (8).

La ignorancia o el conocimiento del defecto por el vendedor (buena/mala fe), en el momento de la perfección del contrato, tiene relevancia. Si el vendedor conocía del defecto, no cabe pacto en contrario (art. 1.485.II del Código Civil, *imperatividad del saneamiento*) y además indemnizará al comprador de los daños y perjuicios si éste opta por la «rescisión» (art. 1.486.II del Código Civil). Estas reglas no operan si el vendedor era de buena fe.

9. ¿Cuál es la incidencia de la DA 1.^a 9.^a II, primera parte, LGDCU —es la regla que se expresa hasta la coma anterior al «salvo [...]»— en el saneamiento por vicios ocultos del Código Civil?

En nuestra opinión afecta al vendedor *de buena fe* (para el de mala fe, el art. 1.485.II del Código Civil ya establece que no cabe pacto en contrario). El carácter dispositivo del saneamiento por vicios ocultos del Código Civil, por ser el vendedor de buena fe, *desaparece* si: a) la relación contractual es entre un *profesional*, que actúa como tal, y un *consumidor* de la LGDCU (art. 12 LGDCU); b) se trata de *cláusulas no negociadas individualmente o de condiciones generales* (arts. 10 y 10.bis LGDCU); y c) la modificación es *en perjuicio del consumidor* (DA 1.^a 9.^a II, primera parte, LGDCU). Esto último ha de entenderse como toda modificación que *restrinja* los derechos del comprador (y consumidor, en nuestro caso) según el Código Civil (9).

Y el artículo 336.II CCO da al comprador un plazo de cuatro días para reclamar al vendedor por defecto en la cantidad o calidad de las mercaderías recibidas *enfardadas o embaladas*, plazo que se computa desde su recibo. Se entiende que esos cuatro días son para la denuncia y que el plazo de ejercicio de las acciones del artículo 336.III CCO son seis meses (art. 1.490 del Código Civil).

V. NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, 1996, págs. 286-287 y 329-334.

(8) ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, artículo 1.490 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, 1993, págs. 967-970, en particular pág. 969; NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, 1996, pág. 114 y notas núms. 331 y 332, págs. 168-169 y notas núms. 489, 490 y 492, pág. 185 y nota núm. 537.

(9) Con anterioridad a la DA 1.^a 9.^a II, primera parte LGDCU, ANTONIO MANUEL MORALES MORENO ya defendió que el saneamiento por vicios ocultos no era en ciertos casos desplazable, *incluso si el vendedor era de buena fe*. Cuando expone los límites a la autonomía de la voluntad, a propósito del saneamiento por vicios ocultos, afirma: «3. La LCU exige que el régimen establecido en el contrato permita al comprador (consumidor) "reclamar con eficacia en caso de (...) defecto o deterioro". Esto implica no sólo la ineficacia del pacto de exclusión del saneamiento, aunque el vendedor sea de buena fe, sino el control de otras cláusulas del contrato que, aunque no excluyan directamente el saneamiento, puedan contribuir a disminuir su efectividad» (la cursiva es nuestra; art. 1.485 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, 1993, pág. 959).

Por ejemplo, son *abusivas* las cláusulas que limitan el saneamiento a aquellos vicios que hacen totalmente inútil la cosa, excluyendo así los vicios que tan sólo disminuyan su utilidad (o viceversa); las que sólo permiten el ejercicio de una de las acciones edilicias; las que establecen que el cómputo de los seis meses se inicia desde una modalidad de entrega anterior a la entrega material del bien; las que exigen al comprador, que antes del ejercicio de la acción edilicia elegida, denuncie al vendedor el defecto en un breve plazo; las que reduzcan el plazo de seis meses para el ejercicio de acciones, del artículo 1.490 del Código Civil, etc.

En cambio, son *válidas* las cláusulas que modifiquen el saneamiento por vicios ocultos *en beneficio del consumidor*. Esto es, cláusulas que ofrezcan un *mayor contenido* que el legal de los artículos 1.484 y sigs. del Código Civil.

10. La DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, LGDCU—comienza en el «salvo [...]»— *tipifica una cláusula no abusiva que modifica (reemplaza) al saneamiento por vicios ocultos*: se trata de aquella cuyo contenido *consiste* en que el profesional se obliga a *reparar o sustituir, sin gasto alguno para el consumidor*, el bien objeto del contrato, no *excluye* o *limita* los derechos del consumidor por *los daños* que le haya causado el vicio, ni *excluye* o *limita el saneamiento en el caso de que* la reparación o sustitución fueran imposibles o resultaren insatisfactorias (elementos acumulativos).

Esta cláusula *en sí misma considerada* no plantea problemas. Lo único que se nos dice es que tal cláusula justifica una válida modificación del régimen del saneamiento por vicios ocultos. El problema surge porque si analizamos la cláusula situándonos en el conjunto del ordenamiento —lo que hará que dirijamos nuestra mirada a la LGDCU— constatamos *cierta des-coordinación*. Es claro que la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, LGDCU alude a la *garantía del producto* que los profesionales suelen ofrecer a los consumidores. Con el fin de conseguir mayor cuota de mercado (competencia) (10), desde hace tiempo está extendida *la práctica* de que el profesional garantice al consumidor, durante un período de tiempo, que el bien es apto para el fin adquirido y en caso de que no ser así, el profesional se compromete a repa-

(10) En su resolución de 10 de octubre de 1990 (*Revista General de Derecho*, núm. 558, marzo de 1991, págs. 1490 y sigs.), el Tribunal de Defensa de la Competencia destaca el aspecto de competencia que la garantía encierra. El caso surgió por la denuncia que la Confederación Española de Consumidores y Usuarios (CECU) hizo contra la Asociación Nacional de Fabricantes de Electrodomésticos (ANFEL) por supuesta práctica restrictiva consistente en la unificación de los contratos de garantía de los electrodomésticos de línea blanca, limitando tan sólo a un mes el período de su garantía total. La CECU consideraba que se impedía el ejercicio de los derechos de los consumidores por el artículo 11 LGDCU, puesto que el plazo de un mes dificultaba gravemente detectar a tiempo los vicios o defectos de origen para que el fabricante asumiera la totalidad de los gastos de saneamiento. El Pleno del Tribunal de Defensa de la Competencia calificó la práctica concertada como contraria a la libre competencia.

rarlo o/y sustituirlo por otro de idénticas características, todo ello de forma gratuita. Asimismo es usual que en el documento de garantía —al que se suele denominar el certificado de garantía— el profesional afirme que no responde de los posibles daños que el carácter defectuoso del bien haya causado al consumidor. Añádase que la garantía, bien viene a *sustituir (reemplazar)* al saneamiento por vicios ocultos, bien *se suma como un remedio más* del consumidor. En el primer caso, los abusos se producen en que se desplaza un régimen y el que lo sustituye contiene *menos derechos* en beneficio del consumidor. En el segundo caso, como no suele informarse al consumidor de que dispone del régimen del saneamiento, es posible que éste crea que sólo cuenta con la garantía, y de ahí que *ni se plantee ejercitar alguna de las acciones edilicias*. Adviértase que estos aspectos están presentes en la redacción de la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, LGDCU. Ahora bien, los aludidos abusos justificaron que *en 1984* se regulara, en el artículo 11.2 y 3 LGDCU, la garantía, y *dicho precepto hemos de tenerlo en cuenta en la interpretación de la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, LGDCU*.

En conclusión y como primera aproximación interpretativa, *la cláusula de garantía que reemplace al saneamiento por vicios ocultos* no es abusiva si respeta dos normativas. Una es la regulación mínima que para la misma establece el artículo 11.2 y 3 LGDCU. La otra es la contenida en la propia DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, si la cláusula de garantía no se ha negociado individualmente o está en condiciones generales (lo más frecuente en la práctica). Pues bien, adelantemos, *que es en la relación que media entre el artículo 11.2 y 3, y la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, ambos de la LGDCU, en donde constatamos esa cierta descoordinación a la que hemos aludido en el párrafo precedente*.

11. No nos corresponde, en el presente comentario, hacer un estudio exhaustivo de la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU, referida a los bienes de naturaleza duradera (11). No obstante, y dado que hemos seña-

(11) El artículo único, apartado 2, del *Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2, apartado 2 y 11, apartados 2 y 5, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes*, dice: «*Ambito objetivo. [...] Lo establecido en el artículo 11.2 y 5 de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y en el artículo 12, 1, 2 y 3, de la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, se aplicará, en todo caso, a los bienes de naturaleza duradera relacionados en el anexo II del presente Real Decreto*» (la cursiva es nuestra). Dicho Anexo II contiene la siguiente lista de bienes: «Instrumentos y material de óptica, fotografía, relojería y música./ Herramientas, cuchillería, cubertería y otras manufacturas metálicas comunes./ Muebles, artículos de menaje, accesorios y enseres domésticos./ Aparatos eléctricos, electrotécnicos, electrónicos e informáticos y su *software*./ Vehículos automóviles, motocicletas, velocípedos, sus

lado que la cláusula de garantía que reemplace al saneamiento por vicios ocultos ha de cumplir la regulación mínima del artículo 11.2 y 3

piezas de recambio y accesorios./ Juguetes, juegos, artículos para recreo y deportes./ Vivienda».

El Real Decreto 1507/2000 deroga expresamente (DD única) el anterior *Real Decreto 287/1991, de 8 de marzo, por el que se aprueba el Catálogo de Productos, Bienes y Servicios a determinados efectos de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, cuyo Anexo II también contenía una lista de bienes de naturaleza duradera. Las diferencias entre los Anexos II del Real Decreto de 2000 y del de 1991 son mínimas: el primero reproduce al segundo añadiendo tan sólo los productos *informáticos y su software*. Por otro lado, la EM del Real Decreto 1507/2000 afirma que la enumeración de bienes del catálogo tiene *carácter enunciativo y no exhaustivo*, lo cual se refleja en la expresión legislativa de «en todo caso» (cfr. art. único, apartado 2), con lo que se aclara algo implícito en el Real Decreto 287/1991 (en relación a éste se había planteado la cuestión de si el catálogo que contenía tenía la condición de *numerus apertus* o *numerus clausus*; v. GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, coords. Rodrigo Bercovitz/Javier Salas, 1992, pág. 377).

Las causas de la promulgación del Real Decreto 1507/2000 tienen que ver básicamente con *los productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado* (cfr. art. 2.2 LGDCU), *enumerados en el Anexo I del Real Decreto 287/1991*. Según la EM del Real Decreto 1507/2000, éstas son las causas de su promulgación:

a) La STS (Sala 3.^a) de 27 de mayo de 1993 (Pte.: Excmo. señor don Jorge Rodríguez-Zapata Pérez; El Derecho 1993/5048) había declarado nulo el artículo 12 del Real Decreto 287/1991 porque dicho precepto se introdujo prescindiéndose de nuevo informe del Consejo de Estado (cfr. arts. 2.4.º y 22.3.º LOCE). Dicho artículo 12 condicionaba el beneficio de justicia gratuita de las asociaciones de consumidores y usuarios, reconocido en el artículo 20.1 LGDCU en relación con los productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, a que acreditasen *haber intentado previamente solucionar la cuestión mediante el sistema arbitral del artículo 31 LGDCU*. La demanda fue interpuesta por la *Unión de Consumidores de España*.

b) La STS (Sala 3.^a) de 30 de noviembre de 1998 (Pte.: Excmo. señor don Rafael Fernández Montalvo; RJA 9478) había declarado nulos el artículo 1.1 —establecía que a efectos de lo previsto en los arts. 2.2, 6 y 20.1 LGDCU se consideraban productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado los indicados en el Anexo I—, la DF 2.^a 1.^a —señalaba que lo dispuesto en el Real Decreto 287/1991 sobre los productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, se aplicaría en todo el territorio nacional a efectos de la legitimación y del beneficio de justicia gratuita del art. 20.1 LGDCU, al amparo del art. 149.1.1.^a y 6.^a CE— y el Anexo I —contenía el catálogo de bienes, productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado a los efectos de los arts. 2.2 y 6 LGDCU—. El origen de estas nulidades se encontraba en que, en la tramitación del Real Decreto 287/1991 *se había prescindido de la audiencia al Consejo General de la Abogacía* y dicha norma *afectaba directamente a los intereses generales que representaban*: el beneficio de justicia gratuita, atribuido a las asociaciones de consumidores y usuarios, suponía miles de abogados obligados a prestar sus servicios bajo dicho régimen. Fue dicho Consejo General de la Abogacía quien interpuso la demanda.

c) La LO 9/1992, de 23 de diciembre, de transferencia de competencias a las Comunidades Autónomas que accedieron a la autonomía por vía del artículo 143 CE. Dicha Ley Orgánica había modificado el panorama competencial que se tuvo en cuenta, cuando se promulgó el Real Decreto 287/1991, para determinar sus efectos supletorios —por ejemplo, la DA 2.^a 2.^a del Real Decreto 287/1991 señalaba que *en todo lo demás* [está

LGDCU (12), conviene mencionar *algunos* casos en los que dicha garantía será nula o parcialmente nula.

a) *La que establezca la exclusión de la responsabilidad solidaria del productor y del suministrador por la garantía. O, dicho de otra forma, que el consumidor sólo puede ejercitar los derechos derivados de la garantía contra el productor o el suministrador.*

Es cierto que, interpretado literalmente el artículo 11.2 LGDCU, éste nada dice sobre el régimen de responsabilidad del productor y del suministrador. Aquel precepto sólo se refiere a *la obligación de entregar el certificado de garantía*, documento que la refleja, y además, en dicho precepto se alude de forma disyuntiva al productor o suministrador. Dice así, «[...] *el productor o suministrador deberá entregar una garantía que, formalizada por escrito, expresará necesariamente...*». Ahora bien, nuestros Tribunales han entendido que la responsabilidad de dichos sujetos es solidaria.

En este sentido destaca la *STS de 20 de octubre de 1990* (Pte.: Excmo. señor don Gumersindo Burgos Pérez de Andrade; RJA 8028). En el caso, la garantía del vehículo automóvil, comprado por el consumidor, la había dado el fabricante y sin embargo el consumidor la exigió del vendedor (concesionario), excepcionando éste falta de legitimación pasiva. El consumidor interpuso recurso de casación, que estima el Tribunal Supremo (13). Según el

implícita la norma de la DF 2.^a 1.^a; cfr. *supra* letra b)] dicho Real Decreto sería de aplicación general en defecto de regulación específica por las CCAA con competencia normativa en materia de defensa de los consumidores—. Había pues que proceder al oportuno reajuste.

d) *La Ley 1/1996, de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita*, cuya DA 2.^a reconoce dicho derecho a las asociaciones de consumidores y usuarios, en relación con los productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado, *sin necesidad de acreditar insuficiencia de recursos para litigar*.

Y e) el artículo 12 LOCM que completa, a propósito de la garantía y del servicio postventa, al artículo 11 LGDCU. Adviértase que esta última causa es la única que tiene relación con los bienes de naturaleza duradera.

(12) Conviene tener presente el texto del artículo 11.2 y 3 LGDCU. Es el que sigue: «[...] 2. En relación con los bienes de naturaleza duradera, el productor o suministrador deberá entregar una garantía que, formalizada por escrito, expresará necesariamente./ a) El objeto sobre el que recaiga la garantía./ b) El garante./ c) El titular de la garantía./ d) Los derechos del titular de la garantía./ e) El plazo de duración de la garantía./ 3. Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho como mínimo a:/ a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados./ b) En los supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a la devolución del precio pagado./ [...]».

(13) Los hechos de esta sentencia son los siguientes. Don Angel D. C. adquirió un vehículo de la *Sociedad Mercantil Asturiana de Automóviles y Repuestos, S.A., Adarsa*,

Alto Tribunal, los artículos 11 y 27.1.a) y 2 LGDCU establecen «una responsabilidad solidaria de carácter legal a favor del consumidor, enumerándose como deudores obligados “a todas aquellas personas que hubieren concurrido al daño”; en el presente caso el fabricante, el importador y el vendedor o suministrador» (FD 1.º; la cursiva es nuestra), solidaridad a la cual el consumidor no había renunciado.

Es cierto que el Tribunal Supremo habla, para el presente caso, de concurrencia entre el fabricante y el vendedor. Pero es asimismo cierto que tal afirmación es muy parca y que puede quedar la duda sobre cómo se concibe esa concurrencia. En otras palabras, ¿es que *efectivamente* concurrieron al daño los comportamientos del fabricante y del vendedor?, o ¿es el *mero hecho* de haber intervenido en la fabricación y en la distribución del vehículo, lo que permite afirmar la *concurrencia* de aquéllos? Tengamos presente que la concurrencia es la llave que permite aplicar la solidaridad. Da la sensación, asumiendo todas las dudas que la interpretación del texto puede suscitar, que la concurrencia es entendida de la segunda manera. Si esto es así, es criticable desde la perspectiva técnica, que no desde la efectiva protección del consumidor, la argumentación del Tribunal Supremo. Ello porque, ni el artículo 11.2, ni el 27.1.a) y 2 LGDCU establecen una responsabilidad solidaria por el mero hecho de haber participado en la cadena de producción y de distribución del bien de naturaleza duradera hasta que el mismo llega a

concesionaria oficial del fabricante. El vehículo resultó defectuoso (había que sustituir todo el motor para que funcionara correctamente). El fabricante del vehículo había dado garantía de su correcto funcionamiento. En cambio, el vendedor no había garantizado el funcionamiento del vehículo (si bien entregó el certificado de garantía).

Don Angel D. C. demandó a la Sociedad Mercantil Asturiana de Automóviles y Repuestos, S.A., Adarsa, suplicando la reparación de daños en el vehículo adquirido, y subsidiariamente, la resolución del contrato, con devolución del precio satisfecho. La Sociedad Mercantil Asturiana de Automóviles y Repuestos, S.A., Adarsa, se opuso a la demanda, alegando excepción de falta de legitimación pasiva: el único obligado era el fabricante, puesto que fue él, y no el vendedor, quien había dado la garantía (art. 11 LGDCU).

El Juez de Primera Instancia (sentencia de 28 de marzo de 1988) no entró en el fondo del asunto *al estimar la excepción* alegada por el vendedor e impuso las costas a don Angel D. C. Este interpuso recurso de apelación. La Audiencia Provincial (sentencia de 25 de octubre de 1988) lo *desestimó* e impuso las costas a don Angel D. C. Este interpuso recurso de casación. Alegó incongruencia de la sentencia de instancia (motivo primero) e infracción de los artículos 11 y 27 LGDCU, en relación con el 1.124 del Código Civil (motivo segundo). El TS *estima* el recurso (admite el motivo segundo y rechaza el primero) y *casa* la sentencia. *Condena* a la Sociedad Mercantil Asturiana de Automóviles y Repuestos, S.A., con base en el artículo 11.3.a) LGDCU, a la *sustitución gratuita* del bloque del motor o, si fuere preciso, a que efectuase aquellas *otras reparaciones necesarias* en el vehículo con el fin de que éste adquiriese las prestaciones de origen, y ello sin perjuicio del derecho de repetición que pudiera corresponderla. Asimismo condena a aquélla al pago de las costas de las instancias y no hace especial pronunciamiento sobre las de la casación.

manos del consumidor. Los artículos 11.2 y 21.1.a) LGDCU se refieren a los sujetos responsables de forma disyuntiva (14) y el artículo 27.2 establece el régimen de responsabilidad solidaria *sólo si los legitimados pasivos han, efectivamente, concurrido en la causación del daño* (15), (16).

(14) El artículo 27 LGDCU dice: «1. Con carácter general, y sin perjuicio de lo que resulte más favorable al consumidor o usuario, en virtud de otras disposiciones o acuerdos convencionales, registrarán los siguientes criterios en materia de responsabilidad: a) *El fabricante, importador, vendedor o suministrador* de productos o servicios a los consumidores o usuarios, responde del origen, identidad e idoneidad de los mismos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan./ b) [...]». (La cursiva es nuestra.)

Y el fragmento del artículo 11.2 LGDCU que nos interesa está reproducido *supra*, en texto y en nota núm. 12.

(15) Artículo 27 LGDCU: «[...]. 2. Si a la producción de daños *concurrieren* varias personas, responderán solidariamente ante los perjudicados. El que pagare al perjudicado tendrá derecho a repetir de los otros responsables, según su participación en la causación de los daños». (La cursiva es nuestra.)

M.^a ANGELES PARRA LUCÁN nos informa de que, de los debates parlamentarios se desprende que el consumidor dañado podía demandar en reclamación de daños y perjuicios *a cualquier miembro de la cadena de producción y distribución del producto*. Con la finalidad de facilitar el derecho de resarcimiento del consumidor, se pretendía que a éste le bastase con demostrar que el producto causante del daño había sido elaborado o comercializado por el demandado, no pudiendo éste exonerarse de responsabilidad aunque demostrase que el defecto del producto no era reconducible a su esfera de actividad. *Pero*, señala la presente autora, *la regla que ha cristalizado en el artículo 27.2 LGDCU es otra*. La solidaridad que establece es cuando en la producción del daño *concurrieron* varias personas y *ello no puede sin más afirmarse del hecho de que varias personas hayan intervenido en la elaboración y distribución del producto*. (*Daños por productos y protección del consumidor*, 1990, págs. 424-425; v. hasta la pág. 427).

RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO («La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, pág. 221) entiende que si, ni productor, ni suministrador proporcionaron al consumidor una garantía por escrito, la única forma de protegerle es mediante *su responsabilidad solidaria*. *Reconoce que no hay base legal clara para tal solución*, pero que en casos similares la jurisprudencia acude a la solidaridad cuando no es claro, entre varios sujetos, quién es el responsable y quiere favorecerse al acreedor (consumidor).

En cambio, MANUEL PANIAGUA ZURERA (que precisamente se apoya en Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano) afirma que la disyunción entre el productor o el suministrador del artículo 11.2 LGDCU ha de entenderse en el sentido de que la obligación *puede ser exigida a todos los intervinientes en la fase de producción, distribución y comercialización, obligación que tiene carácter solidario* [«La protección del adquirente no profesional de bienes muebles "defectuosos" en la compraventa mercantil, tras la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios», *CDC*, núm. 9, septiembre de 1991, pág. 141]. Reitera esta idea cuando trata de la necesaria mención, en la garantía, del garante —cfr. art. 11.2.b) LGDCU—. Afirma que si bien ha de individualizarse al garante, ello «no debe suponer exoneración de responsabilidad para los restantes sujetos implicados en los términos indicados anteriormente» (*op. cit.*, pág. 141; la cursiva es nuestra).

(16) RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, que ha comentado esta STS de 20 de octubre de 1990, también critica al Alto Tribunal, aunque por razones diferentes a las

La STS de 4 de octubre de 1996 (Pte.: Excmo. señor don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta; RJA 7034) hace otras interesantes afirmaciones a propósito del artículo 27.1.a) y del 27.2 LGDCU. En esta sentencia, el Alto Tribunal conoce de un caso de responsabilidad por daños sufridos por el consumidor por la explosión de una botella de cerveza. No está implicado el artículo 11 LGDCU, sino los artículos 25 y sigs. LGDCU.

El consumidor reclamó del fabricante y del suministrador la reparación de los daños sufridos. La Audiencia condenó al fabricante y absolvió al suministrador. El consumidor interpone recurso de casación, *con el que pretende que también se condene al suministrador*. Considera que se han inaplicado los artículos 25, 26 y 27.2 LGDCU.

En lo que nos interesa, dice el Tribunal Supremo:

«la Ley 26/1984, de 19 de julio, en sus artículos 26 y 27.1.a) y la de 6 de julio de 1994 establecen la regla general de la responsabilidad del fabricante, importador, vendedor o suministrador de los productos a los consumidores o usuarios, y una interpretación lógica de tal plurirresponsabilidad supone que el dañado o perjudicado puede elegir entre ejercitar la acción de reclamación contra los referidos fabricante, importador, vendedor y suministrador, pero no puede demandar conjunta y simultáneamente a dichos responsables "ope legis", salvo que haya podido aportar un principio de prueba que demuestre la concurrencia concreta de todos los presuntos demandados en la realización del evento dañoso. Todo ello sin perjuicio de que el responsable legal que paga tenga el derecho a repetir contra los demás responsables, según su participación en la causación del daño, y así se determina el artículo 27.2 [sic] de la mencionada Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios» (FD 1.º; la cursiva es nuestra).

Por otro lado, diversas sentencias de Audiencias Provinciales afirman, con idéntica o diferente argumentación de la del Tribunal Supremo, la res-

expuestas en el texto. Coincide con el Tribunal Supremo en que el artículo 27.1.a) LGDCU se refiere a la *responsabilidad contractual del vendedor por los defectos en la cosa y que dicha responsabilidad se impone con carácter solidario al fabricante y demás intermediarios de la cadena de distribución del bien*. La importante novedad de la LGDCU es que *la responsabilidad contractual del vendedor se extiende a otros sujetos ajenos a la compraventa*. Ahora bien, dicha responsabilidad solidaria del artículo 27 LGDCU se refiere a la del vendedor por los artículos 1.101 (indemnización), 1.124 (resolución, cumplimiento) y 1.484 y sigs. (saneamiento por vicios ocultos) del Código Civil y no se refiere a la garantía del artículo 11.2 LGDCU. Dicho con otras palabras, el artículo 27 LGDCU no sirve de fundamento para afirmar que la garantía que dio el fabricante obligue solidariamente al vendedor. Trasladándose al caso de que conoce la STS de 20 de octubre de 1990, considera que el consumidor podía haber demandado al vendedor apoyando su pretensión en los artículos 1.101, 1.124 y 1.484 y sigs. del Código Civil, pero no en la garantía del artículo 11.2 LGDCU. A lo que añade que para reclamar al vendedor con base en dichos preceptos del Código Civil, *no hacía falta acudir a la solidaridad del artículo 27 LGDCU, pues aquellos preceptos eran directamente aplicables* (el consumidor había celebrado la compraventa con el concesionario) (CCJC, núm. 24, 1990, págs. 1080-1082).

ponsabilidad solidaria del productor y del suministrador por la garantía. Así: SAP de Orense, de 15 de diciembre de 1993 (Pte.: José Ramón Godoy Méndez; *El Derecho* 1993/13234); SAP de Tarragona, de 16 de diciembre de 1993 (Pte.: señora Aguilar Vallino; *Actualidad Civil* 1118); SAP de Asturias (sección 1.^a), de 17 de marzo de 1994 (Pte.: señor Seijas Quintana; *Actualidad Civil* 1576); SAP de Alava (sección 1.^a), de 6 de junio de 1994 (Pte.: señor Saavedra Ruiz; *Actualidad Civil* 476); SAP de Cantabria (sección 2.^a), de 13 de febrero de 1995 (Pte.: señor de la Hoz de la Escalera; *Actualidad Civil* 639); SAP de Murcia (sección 1.^a), de 19 de junio de 1995 (Pte.: Francisco José Carrillo Vinader; *El Derecho* 1995/9488); SAP de Málaga (sección 4.^a), de 18 de octubre de 1997 (Pte.: Luis Alfonso Pazos Calvo; *El Derecho* 1997/10831); SAP de Asturias (sección 5.^a), de 13 de febrero de 1998 (Pte.: Francisco Lucas Gil; *El Derecho* 1998/4562), y SAP de Burgos (sección 3.^a), de 23 de octubre de 1998 (Pte.: M.^a Esther Villimar San Salvador; *El Derecho* 1998/29539).

En cambio, en la SAP de Murcia, de 24 de febrero de 1997 (Pte.: Ilmo. señor don Manuel Rodríguez Gómez; *Repertorio Aranzadi de Audiencias Provinciales* 469) se entiende que el artículo 27.1 LGDCU se limita a hacer una enumeración exhaustiva de quiénes han de soportar la responsabilidad por los derechos que la propia LGDCU reconoce. Se trata de una norma de legitimación pasiva, *que no establece la solidaridad en relación con la responsabilidad. Para determinar dicha solidaridad ha de analizarse cada supuesto negocial concreto, en el sentido de constatar si hubo concurrencia de comportamientos. Sólo si varias personas concurren en la causación del daño, se responderá solidariamente* (art. 27.2 LGDCU). Recuerda asimismo que la regla general es la de la mancomunidad en la obligación. Lo curioso, por contraste, es que esta misma sentencia admita que el fabricante y el concesionario-vendedor del vehículo responden solidariamente en relación con la acción redhibitoria.

En definitiva, la LGDCU no establece una responsabilidad solidaria del productor y del suministrador *por el mero hecho* de su participación en la cadena de producción y distribución del bien de naturaleza duradera hasta que el mismo llega a manos del consumidor, pero algunos Tribunales parece que así lo están aplicando (expresa o tácitamente; desde luego las afirmaciones que hacen no son todo lo claras que hubieren sido de desear). Si esto es así, hemos de entender que *sería nula la garantía que, además de pretender reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, suprimiese el régimen de responsabilidad solidaria que aquélla implica*.

b) *La que establezca la denegación de que el consumidor pueda exigir por escrito el documento que refleje la obligación de garantía*. Pensemos, por ejemplo, que el consumidor perdió el certificado de garantía que se le entregó al adquirir el bien y que ahora quiere un duplicado, o que se le ofreció

garantía verbal, y, una vez adquirido el bien, quiere que aquélla figure por escrito.

El artículo 11.2 LGDCU señala que *se entregará una garantía formalizada por escrito*. Hay acuerdo en que tal documentación no tiene la condición de *forma ad substantiam*. Si el consumidor puede por cualquier medio de prueba probar que se le dio garantía del bien, podrá exigir los derechos que la misma le ofrece. Asimismo puede exigir su documentación con base en el artículo 1.279 del Código Civil (17). Ahora bien, estas afirmaciones tienen relevancia práctica si pensamos en una garantía *comercial* que ofrezca al consumidor *mayores* derechos que los de la garantía *legal* del artículo 11.2 y 3 LGDCU. Ello porque si la garantía sólo consiste en el contenido legal, el consumidor alegará sin más la aplicación de aquel precepto, pero si el ofrecimiento de garantía tiene un contenido superior al legal, entonces sí, el consumidor habrá de probar el superior contenido (por ejemplo, demostrando que ese productor ofrece, para el mismo modelo de bien que él ha adquirido, tales derechos, etc.), y una vez demostrado, tiene derecho a exigir que la misma se plasme por escrito. Pues bien, y dicho lo anterior, *sería nula una garantía que, además de pretender reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, denegase que el consumidor pudiese exigir la formalización de aquélla por escrito*.

(17) Sobre la forma escrita: JUSTINO DUQUE señala que el escrito tutela al consumidor y que, si no se da, y puede probarse la garantía por otros medios, la misma funcionará en los términos en los que normalmente la dé el garante para bienes de la misma clase e integrada con la LGDCU («La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores», en *EC*, núm. 3, 1984, pág. 76); PILAR DE LA HAZA tan sólo destaca el carácter imperativo de la forma escrita de la garantía («Garantías de los productos», en *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, coords. Juan Ignacio Font Galán/Francisco López Menudo, 1990, pág. 181); JOSÉ ANGEL TORRES LANA afirma que el carácter escrito de la garantía es un medio, impuesto legalmente, de facilitar la prueba, reforzándose la posición del adquirente, y que si al consumidor no se le entrega el documento de la garantía, podrá probar su vigencia por otros medios; en caso de documento incompleto, el consumidor goza, en su beneficio, de la interpretación *contra stipulatorem* («La garantía en las ventas al consumidor», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, 1992, pág. 800); TOMÁS RUBIO GARRIDO afirma que la documentación de la garantía no es requisito *ad substantiam* («La "garantía" del art. 11 LCU», en *ADC*, 1990, pág. 913); GABRIEL GARCÍA CANTERO, coincidiendo con Tomás Rubio Garrido, entiende que la forma escrita no es requisito *ad substantiam*, constituyendo ello una forma de tutelar al consumidor; afirma que si puede probar que el vendedor prometió verbalmente la garantía, el comprador puede exigir su formalización escrita con base en el artículo 1.279 del Código Civil; y si el documento existió, pero se perdió, aparte de su reconstitución (expedición de un duplicado) podrá probarse por cualquier medio de prueba, incluso la testifical (art. 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, págs. 380 y 381); JAVIER AVILÉS GARCÍA también considera que la forma escrita no es requisito *ad substantiam*, reproduce el artículo 12.3.II LOCM y comparte las ideas que acabamos de exponer de GABRIEL GARCÍA CANTERO («Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas», en *RCDI*, núm. 661, 2000, pág. 2752).

c) *La que establezca la exclusión de la garantía de algunos de los componentes o elementos que conforman el bien de naturaleza duradera, de manera que pueda afirmarse que realmente no hay garantía del mismo.* Es cierto que la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU es imperativa (art. 2.3 LGDCU), pero ello no significa necesariamente que en relación con ella no pueda jugar, *en cierta medida*, la autonomía de la voluntad. El bien de naturaleza duradera es el resultado de la unión o ensamblaje de un conjunto de componentes. Es frecuente que al ofrecer la garantía, el productor o suministrador especifique una serie de elementos *no incluidos en la misma*.

Podría decirse que todas esas modalidades de cláusulas son nulas. Podría argumentarse que la garantía se refiere al objeto final, al que resulta del ensamblaje de todos sus componentes. Todos y cada uno de dichos componentes son importantes porque, precisamente debidos a ellos, el objeto final es de determinada manera (por ejemplo, la adquisición de un reloj se hace para saber la hora, pero la mayor parte de las veces se tiene en cuenta su diseño, correa, etc.).

Ahora bien, a nuestro parecer, *dentro de ciertos límites*, algunas de dichas cláusulas pueden ser válidas. Recordemos que la garantía es una figura jurídica que justifica su existencia a propósito de la *utilidad* del bien. Encierra una obligación de resultado, de que el bien, *durante un determinado periodo de tiempo*, es *útil a las legítimas expectativas del consumidor*. Y así lo refleja el artículo 11.3.b) LGDCU cuando alude a que «el objeto no revistiese *las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado*». Pues bien, relacionando componentes o elementos del bien de naturaleza duradera con la función que el mismo desempeña, *podría considerarse válida la garantía, que pretendiendo reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, excluyese de su campo aplicativo elementos del bien de naturaleza duradera que no incidiesen en su utilidad esencial, entendida ésta de forma amplia*. Es decir, sería válida la exclusión de elementos que incidiesen en *funciones secundarias* del bien (además del desplazamiento del saneamiento). Por supuesto, si tales funciones secundarias desde la perspectiva del tráfico (criterio objetivo), hubiesen adquirido relevancia en la concreta adquisición del bien (criterio subjetivo), los elementos que incidían en dicha función no podrán ser excluidos de la garantía. En la práctica se nos presentarán casos dudosos, lo que es inevitable en el manejo de conceptos indeterminados, y en su solución, habremos de acudir a los criterios de lo razonable, de la preferencia al consumidor (arts. 51 CE y 1.1 LGDCU) y, cómo no, al principio de la buena fe objetiva (arts. 7 y 1.258 del Código Civil).

d) *La que establezca que los derechos de la garantía sólo los puede exigir el primer adquirente (consumidor) del bien.* Lo más normal es que quien adquirió el bien del productor o del suministrador, es decir, el denomi-

nado *consumidor en sentido jurídico* por haber celebrado el contrato (18), sea también quien ejercite los derechos de la garantía. Pero también puede ocurrir que, vigente la garantía, el bien de naturaleza duradera se transmita a otra persona, relación esta última establecida entre dos *particulares*. Pensemos que la garantía dada es de *ocho meses*, que a los cuatro meses de la entrega del bien al primer adquirente, éste lo transmite a otro sujeto (bien de segunda mano) y que dicho bien deja de funcionar dos meses después (en total han transcurrido seis meses). ¿Puede este segundo adquirente ejercitar los derechos de la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDC contra el garante (productor o suministrador)? Sí. La construcción de la garantía *no* se hace sobre el *concreto sujeto* que originariamente adquirió el bien —en otras palabras, carece de carácter *personalísimo*— sino que se construye *sobre el bien —éste encierra o lleva en sí la garantía de que es útil a la legítima finalidad por la cual se adquiere—* (19). En el caso antecedente, el segundo adquirente, *que también tiene que tener la condición de consumidor destinatario final (art. 1.2 LGDCU) frente al garante, aunque la relación adquisitiva del bien la haya establecido con el anterior consumidor, podrá ejercitar los derechos de la garantía, a condición de que la misma esté vigente.*

En consecuencia, *sería nula la garantía que pretendiese reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, e impusiese que la misma sólo la puede ejercitar el primer consumidor que adquirió (o contrató) el bien.*

e) *La que establezca un plazo de duración de la garantía menor del de seis meses, o menor del que fijen la naturaleza del bien o la ley o el reglamento.* El artículo 11.2.e) LGDCU se limita a decir que la garantía necesariamente ha de expresar el plazo de su duración y no establece una duración mínima de la misma. Los autores criticaron esa ausencia de regulación, for-

(18) Sobre esa noción, así como sobre las de consumidor en sentido material y *bystander* (esto es, aquel tercero que no es ni consumidor en sentido jurídico, ni en sentido material, pero que resulta dañado por el acto de consumo), ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Ámbito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *EC*, núm. 3, 1984, págs. 21-22, 34 y 37-38.

(19) Apoyan la idea de que los sucesivos adquirentes del bien tienen derecho a la garantía mientras la misma está vigente: JUSTINO DUQUE, *EC*, núm. 3, 1984, pág. 78; RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La defensa...», en *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 218; CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (apoyándose en Justino Duque y Rodrigo Bercovitz), «Las condiciones de la protección eficaz de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas: conformidad y garantía», en *EC*, núm. 16, 1989, pág. 107; PILAR DE LA HAZA (cita a Justino Duque), «Garantías...», en *Curso...*, 1990, pág. 182; TOMÁS RUBIO GARRIDO (apoyándose en Justino Duque y Rodrigo Bercovitz), *ADC*, 1990, pág. 913; MANUEL PANIAGUA ZURERA, *CDC*, núm. 9, septiembre de 1991, pág. 141; JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA, «La garantía...», *Homenaje Lacruz*, vol. I, 1992, págs. 801-802; GABRIEL GARCÍA CANTERO (cita a Rodrigo Bercovitz), artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, pág. 379; JAVIER AVILÉS GARCÍA, *RCDI*, núm. 661, 2000, págs. 2742-2743.

mulando dispares propuestas de solución (20). Ahora bien, el artículo 12.2 LOCM ha subsanado la laguna. Según este precepto, *el plazo mínimo de duración de la garantía de los bienes de carácter duradero son seis meses*,

(20) En concreto: Se destacó que el plazo de la garantía podía establecerse *de forma directa o indirecta*, en este último caso, mediante la realización de una actividad —por ejemplo, una determinada distancia a recorrer por el vehículo— (JUSTINO DUQUE, *EC*, núm. 3, 1984, págs. 78-79). Que *la falta de duración mínima de la garantía*, omisión que se consideraba especialmente grave, habría de suplirse *declarando abusivas aquellas cláusulas que fijasen un plazo desproporcionadamente breve en perjuicio del consumidor* [arg. art. 10.1.c).3.º LGDCU, redacción de 1984] (ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores», en *Estudios jurídicos sobre la protección de los consumidores*, 1987, pág. 156; apoyándose en Alberto Bercovitz, GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, pág. 380). Que *el plazo había de ser suficiente*, según las circunstancias y naturaleza del bien, para que el consumidor pudiese *reclamar con eficacia*, y ello había de tenerse en cuenta si se establecía un *plazo inferior* al que corresponde a las acciones legalmente previstas para la defensa del consumidor, sobre todo si se pretendía pactar su sustitución por la garantía (RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La defensa...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 219). Que en la doctrina se ofrecían criterios de razonabilidad para determinar el plazo cuyo control correspondía a los tribunales, pero que, aun teniendo presente las razones favorables a una solución flexible, había claros inconvenientes para el consumidor y así, *si fuese excesivamente breve el plazo de garantía fijado unilateralmente por el vendedor, el consumidor tendría que acudir en todo caso a los tribunales para obtener su ampliación y ya se conocían los inconvenientes* que ello presentaba [CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (cita a Justino Duque, Rodrigo Bercovitz y M.^a Angeles Parra Lucán)]. Señala este autor, además, que es probable que la LGDCU no haya fijado un plazo determinado de duración de la garantía, pensando que los bienes amparados por la misma podían tener naturalezas muy diversas. Destaca asimismo que la LGDCU no indica el momento a partir del cual comienza a correr el plazo de la garantía. Y afirma que desde la perspectiva del consumidor, la indeterminación de la LGDCU no es la mejor garantía, valga la redundancia, para aquél (*EC*, núm. 16, 1989, págs. 105-106). Que *aunque el artículo 1.490 del Código Civil no sea precepto de orden público*, pues nunca fue esa la voluntad del legislador, sí puede adoptarse *como punto de referencia* desde el cual, y *con la buena fe objetiva*, se podía *deducir un plazo adecuado* a la naturaleza y función del bien, y aunque tal conclusión no fuera muy reconfortante, pues era solución incorrecta, se señaló que *se creía que el legislador ha querido sustraer a las partes (al vendedor profesional) la fijación del plazo y había preferido dejarlo a la apreciación judicial, de conformidad con los criterios anteriormente expuestos* [TOMÁS RUBIO GARRIDO (cita en su apoyo a Rodrigo Bercovitz), *ADC*, 1990, págs. 914-915]. Señala además este autor, que el *artículo 11.1 LGDCU* justifica que se rechace «todo plazo que no permita al consumidor asegurarse de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio, o que no le permita reclamar con eficacia en caso de defecto o deterioro, o que le impida hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación» (*op. cit.*, pág. 914). Que *las discrepancias en cuanto a la duración del plazo serían resueltas por los órganos judiciales*, de conformidad con el artículo 1.128 del Código Civil (se indica que coincide con esta opinión M.^a Angeles Parra Lucán), y que se ha propuesto que dicho plazo no puede ser inferior a los seis meses del artículo 1.490 del Código Civil (se cita a Pilar de la Haza) [MANUEL PANIAGUA ZURERA, *CDC*, núm. 9, septiembre de 1991, págs. 141-142, notas 80 y 81]. Que el plazo que se pudiera establecer *normalmente sería superior a los seis meses del artículo 1.490 del Código Civil* (reconociéndose lo aconsejable de establecer de forma imperativa un mini-

salvo que la naturaleza de aquéllos lo impidiere y sin perjuicio de lo previsto por disposiciones legales y reglamentarias para bienes o servicios concretos. Por consiguiente, sería nula la garantía que pretendiese reemplazar al saneamiento por vicios ocultos y estableciese un plazo de duración menor del de seis meses.

Pero la anterior afirmación la hacemos con carácter general, porque, como acabamos de ver, el propio artículo 12.2 LOCM establece dos excepciones a la regla de los seis meses.

Una es *cuando la naturaleza del bien lo impidiera*. Se ha dicho que con esta excepción el legislador indica que el plazo mínimo de los seis meses no opera y ello puede deberse a que el mismo se considere que es plazo *insuficiente*, o, por el contrario, que se considere plazo *excesivo* (21). Evidentemente en estos casos habrá de concretarse cuál es el plazo adecuado de duración de la garantía y, hecho esto, compararlo con el ofrecido, *el cual no podrá ser inferior a aquél, pues, entonces, la garantía será nula*.

La otra excepción al plazo de los seis meses es cuando *la ley o el reglamento establezcan un plazo distinto para concretos bienes o servicios*. Suele aquí citarse al artículo 16 del *Real Decreto 1457/1986, de 19 de enero, por el que se regula la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos, de sus equipos y de sus componentes*. Dicho artículo, en su apartado 2, preceptúa que la garantía por reparación que

mo), pero que también *podía establecerse un plazo inferior* (lo que era frecuente en las reparaciones y en el mercado de ocasión o segunda mano) (JOSÉ ANGEL TORRES LANA, «La garantía...», *Homenaje Lacruz*, vol. I, 1992, pág. 804 y pág. 805). Que había de *tratarse igual la no fijación de plazo y la fijación de uno inferior al de la garantía legal*, teniendo que acudirse a *la fijación judicial según las circunstancias del caso, o por analogía con otras garantías fijadas por el garante, o en último término, conforme al plazo legal* (GABRIEL GARCÍA CANTERO, art. 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, pág. 380).

(21) JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ, artículo 12 LOCM, *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha de 15 de enero*, coord. Arimany/Manubens & Asociados, dirs. Joaquín Tornos Más/Juan José Marín López/Lluis Cases Pallarés/Esteban Arimany Lamoglia/Carlos Manubens Florensa, 1996, pág. 115; M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, artículo 12 LOCM, *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista. Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, coords. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano/Jesús Leguina Villa, 1997, pág. 217; SILVIA DÍAZ ALABART (cita a Juan José Marín López), artículo 12 LOCM, *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, dirs. José Luis Piñar Mañas/Emilio Beltrán Sánchez, 1997, pág. 116; ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA (cita a Juan José Marín López y Silvia Díaz Alabart), artículo 12 LOCM, *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista, y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, coords. Francisco José Alonso Espinosa/José Antonio López Pellicer/José Massaguer Fuentes/Antonio Reverte Navarro, 1999, págs. 214-215, y notas 96, 97 y 98; JAVIER AVILÉS GARCÍA, *RCDI*, núm. 661, 2000, págs. 2748-2749 y 2752.

el taller otorgue caducará a los tres meses (o quince días si el vehículo es industrial) o 2.000 kilómetros recorridos (22). Asimismo se menciona al artículo 6 del *Real Decreto 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico*. El apartado 2 de dicho artículo establece que la garantía por reparación que dé el servicio de asistencia técnica tiene un plazo mínimo de validez de tres meses. La LOCM no ha derogado estos dos reglamentos (al contrario, la salvedad hecha por el art. 12.2 LOCM implica su vigencia) (23). En estos dos casos, *la garantía que se ofrezca no podrá ser inferior a la fijada reglamentariamente, pues, entonces, será nula*.

f) *La que establezca un plazo que impida al consumidor contar con la posibilidad real y efectiva de ejercitar los derechos (acciones) derivados de la garantía (desde luego no podrá ser menor de seis meses)*. La mayoría de los autores consideran que el plazo que contempla el artículo 12.2 LOCM [v. *supra*, núm. 11, letra e)] es para que el defecto del bien *se manifieste*, siendo *otro el plazo de ejercicio* de los derechos (acciones) que la garantía concede. En relación a este *otro* plazo, bien no se nos indica cuál es (24), bien se señala que son *quince años* (art. 1.964 del Código Civil) (25), bien se afirma que son *otros seis meses más* en aplicación del artículo 1.490 del Código

(22) Sobre este Real Decreto, RAMÓN CASAS VALLÉS, «La ejecución de obra sobre vehículos. (El Real Decreto 1457/86, de 10 de enero, BOE, núm. 169, de 16 de julio: un desarrollo sectorial en el marco de la LGDCU, de la regulación civil del contrato de arrendamiento de obra)», en *EC*, núm. 10, 1987, págs. 69 y sigs.; el estudio de la garantía del artículo 16 se hace a partir de la pág. 96.

(23) Incluyen, en esta excepción del artículo 12.2 LOCM, esos dos Reales Decretos 1457/1986 y 58/1988: JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ (afirma que no han sido derogados por una norma posterior de superior jerarquía, pues el art. 12.2 LOCM milita a favor de su consideración como normas especiales), artículo 12 LOCM, *Ordenación del comercio minorista*, 1996, pág. 114; M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, artículo 12 LOCM, *Comentarios LOCM*, 1997, págs. 216-217; ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA, artículo 12 LOCM, *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Madrid, 1999, pág. 215 y nota 99; JAVIER AVILÉS GARCÍA, *RCDI*, núm. 661, 2000, pág. 2749.

En cambio, SILVIA DÍAZ ALABART manifiesta, en este punto, una posición crítica. Señala que tratándose la LOCM de una ley que contempla la compraventa de *productos*, no tiene razón de ser la mención de los servicios por el artículo 12.2 LOCM. Asimismo afirma que la frecuente cita de los dos anteriores Reales Decretos no se adecúa a lo que dispone el artículo 12 LOCM, puesto que aquéllos se refieren a garantías de prestación de servicios y no de productos adquiridos. No se garantiza la calidad del producto, sino la reparación que se le haya realizado (art. 12 LOCM, *Comentarios LOCM* y *LO*, 1997, pág. 118 y notas 21 y 22).

(24) JUAN JOSÉ MARÍN LÓPEZ, artículo 12 LOCM, *Ordenación del comercio minorista*, 1996, pág. 113.

(25) RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «Comentario a la STS de 23 de mayo de 1991», en *CCJC*, núm. 26, 1991, pág. 610; M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, artículo 12 LOCM, *Comentarios LOCM*, 1997, pág. 217.

Civil (26). Pero, frente a la opinión mayoritaria, también se ha defendido que los seis meses del artículo 12.2 LOCM son para que el *defecto* del bien de naturaleza duradera *se manifieste y para ejercitar los derechos (acciones)* de la garantía (27).

Incidentalmente, recordemos que, si bien se admite que la autonomía de la voluntad puede acortar los plazos de *prescripción* marcados por la ley, tal admisión se ve con recelo si se establece en condiciones generales (28). Este es nuestro caso, porque la garantía que analizamos se inserta en condiciones generales o en una cláusula no negociada individualmente (en la que late el mismo conflicto que en la condición general; no olvidemos que estamos en la DA 1.^a LGDCU). Destacamos lo anterior, porque los quince años del artículo 1.964 del Código Civil, que se proponen como plazo de ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía, son plazo de prescripción. Por nuestra parte, no miramos con favor los pactos que reduzcan los plazos (de prescripción) de ejercicio de derechos (acciones), *cuando uno de los contratantes es un profesional y el otro tiene la condición de consumidor destinatario final y la reducción se establece para el plazo de que legalmente dispone el consumidor*. Pero, por otro lado, también nos parece desmedido que nuestro ordenamiento establezca nada más, y nada menos, que quince años como plazo general supletorio a propósito de las acciones personales (y ello, aunque dicho artículo significó reducir el plazo de veinte años del Derecho anterior). Esta valoración crítica de la regla del artículo 1.964 del Código Civil justifica que admitamos *la validez de la garantía que, pretendiendo reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, establezca un plazo para el ejercicio de derechos (acciones) menor del de quince años*. Ahora bien, la reducción sólo será válida *si respeta el límite* de que el plazo establecido sea *uno razonable para que, efectivamente, el consumidor pueda ejercitar sus*

(26) ISABEL GONZÁLEZ PACANOWSKA, artículo 12 LOCM, *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, Madrid, 1999, págs. 216-217.

(27) SILVIA DÍAZ ALABART, artículo 12 LOCM, *Comentarios LOCM y LO*, 1997, pág. 117.

(28) LUIS DíEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN plantea la cuestión, a propósito de la contratación con condiciones generales, en *La prescripción en el Código Civil*, 1964, pág. 64 (v. en general, págs. 61-68). Y en su comentario al artículo 1.935 del Código Civil, considera que los plazos abreviados de acortamiento de *prescripción y caducidad*, en condiciones generales, son contrarios a la equivalencia de prestaciones. Dice: «Creemos, sin embargo, que los plazos abreviados de prescripción y de caducidad insertos en condiciones generales de la contratación son contrarios a la necesidad de equivalencia de las prestaciones, caen en el ámbito del artículo 10 de la LGPCU [*sic*, LGDCU, redacción de 1984], cuando se trate de contratos de este tipo, y de ello puede inducirse una conclusión general para todo tipo de condiciones generales» (*Comentario del Código Civil*, dirs. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, tomo II, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 2091).

derechos (acciones). En otras palabras, siempre habrá un plazo mínimo *inderogable*. Lógicamente, cuando haya discusión entre las partes, será el Juez quien lo determine. Por otro lado, no nos convencería, para cambiar de opinión, la fácil argumentación de que, dado que estamos en el sector de la protección de los consumidores y éste se caracteriza por su carácter imperativo mínimo, no sería admisible ningún pacto que modificase, reduciéndolo, el plazo de quince años.

Sobre los plazos de *caducidad* hemos de decir que la doctrina también admite su acortamiento por obra de la autonomía de la voluntad (29). Recordemos ahora que la naturaleza de la caducidad se atribuye, por la mayoría de la doctrina y en la actualidad por el Tribunal Supremo, a los seis meses del artículo 1.490 del Código Civil (v. *supra*, núm. 8 y nota núm. 8) y que estos seis meses, como antes hemos indicado, se han propuesto como plazo de ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía. No obstante la admisión de la reducción de los plazos de caducidad por la autonomía de la voluntad, somos de la opinión de no acoger tal pacto *en el caso de la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU*. En consecuencia, *no sería válida una garantía que, pretendiendo reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, estableciese un plazo de ejercicio de los derechos (acciones) que se deriven de aquélla, menor del de seis meses*. Como razones justificadoras de nuestra opinión podemos aducir las siguientes. Por un lado, y trasladando a la caducidad, el argumento que algunos han defendido en relación con la prescripción, porque tal pacto se insertará en condiciones generales o en una cláusula no negociada individualmente con lo que ello implica en la determinación del consentimiento del consumidor. Por otro, y este otro argumento es el que inclina la balanza, porque, en nuestra consideración, seis meses son un plazo corto *para una adecuada y suficiente protección del consumidor*. Y si esta es nuestra opinión, en relación con la propuesta de que los seis meses del artículo 12.2 LOCM son para que el defecto del bien de naturaleza duradera se manifieste, habiendo otros seis meses para el ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía, la misma se ve aún más reforzada en la propuesta de que los seis meses del artículo 12.2 LOCM son tanto para la manifestación del defecto, cuanto para el ejercicio de los derechos (acciones).

Se habrá advertido que en nuestra toma de postura sobre la validez o no de las garantías que modifican (reduciendo) los plazos de ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía, *se entrecruza* la valoración que dichos plazos nos merecen, *considerándolos en sí mismos*. Quince años nos

(29) BERNARDO GÓMEZ CORRALIZA, *La caducidad*, 1990, págs. 435-437; v. también págs. 164, 313 y nota 420, 319-320, 360, 428. La validez del acortamiento de los plazos de caducidad es bajo el presupuesto de que se traten de derechos disponibles y con carácter bilateral. V. asimismo la nota que precede inmediatamente a ésta.

parece un plazo desmedido, seis meses, un plazo demasiado breve. No estamos, pues, ante un problema exclusivo de la protección del consumidor.

g) *La que establezca que el plazo de la garantía inicia su cómputo antes de la entrega material del bien.* El artículo 11.2 LGDCU no sólo no estableció un plazo mínimo de duración de la garantía, sino que *tampoco señaló el inicio de su cómputo*. También esta ausencia de regulación es subsanada por el artículo 12.2 LOCM, que establece que el plazo de garantía se computa desde la entrega del bien. Entendemos que no cualquier forma de entrega permite que se inicie el cómputo del plazo de duración de garantía, sino que, sólo *la material* (la posesión efectiva) es la que permite que comience a transcurrir jurídicamente el plazo de duración de la garantía. Por consiguiente, *sería nula una garantía que pretendiese reemplazar al saneamiento por vicios ocultos y estableciese que el cómputo de la garantía se hace a partir de una entrega anterior a la real del bien.*

Ahora bien, dicho esto, hemos de señalar que sobre el inicio del cómputo del plazo de garantía se ha propuesto que, teniendo presente la finalidad del artículo 12.2 LOCM y reconociéndose ir en contra de su literalidad, puede tener buen sentido entender que dicho plazo no comienza a correr *hasta que el comprador haya tenido la posibilidad de constatar el funcionamiento del bien* (30). Si se es partidario de esta interpretación, claramente favorable a los intereses del consumidor, serían nulas las garantías que estableciesen el inicio de su cómputo en un momento anterior a ése.

h) *La que establezca como requisito el de que el consumidor denuncie previamente el defecto del bien de naturaleza duradera, y ello bajo la sanción de que su omisión provoca la pérdida de todo derecho (acción) derivado de la garantía.* En la práctica, lo más frecuente (y también lo más lógico) es que el consumidor denuncie el defecto del bien de naturaleza duradera antes de ejercitar los derechos (acciones) de la garantía. Pero una cosa es que usualmente así se opere en la práctica y otra muy diferente que el garante le haya impuesto el requisito *ineludible* de la denuncia. Por otro lado podríamos decir que, entre las posibles alternativas existentes en el momento en que se procedió al diseño jurídico de la figura de la garantía, el legislador español optó por prescindir, en el artículo 11.2 y 3 LGDCU, de la denuncia. *En éste no hay alusión alguna a aquella, luego la misma no es requisito de aplicación.* En consecuencia, *si ese es el diseño hecho por el legislador*, diseño que es el mínimo imperativo (arts. 2.3 y 11.3 LGDCU), *sería nula toda garantía que, pretendiendo reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, impusiese al consumidor la previa denuncia para poder articular los derechos (acciones) de la garantía.*

(30) M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, artículo 12 LOCM, *Comentarios LOCM*, 1997, págs. 217-218.

No obstante lo anterior, es oportuno exponer algunas de las reflexiones que nos surgen *en conexión con* la cuestión del plazo de ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía. Ya indicamos [v. *supra*, núm. 11, letra f)] que, partiendo de que los seis meses del artículo 12.2 LOCM son para la manifestación del defecto, se han propuesto los plazos de quince años u otros seis meses más para el ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía; asimismo se ha afirmado que los seis meses de aquel precepto son para la manifestación del defecto y para el ejercicio de los derechos (acciones). Si se es partidario de esta última tesis o de la que concede otros seis meses más, entendemos, lo acabamos de indicar en el párrafo que precede a éste, que *sería nula la garantía que, además de pretender reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, impusiese la previa denuncia del defecto bajo la sanción de que su omisión genera la pérdida de todo derecho (acción) derivado de la garantía*. Seis meses, inicien o no su cómputo al mismo tiempo que los seis meses del artículo 12.2 LOCM, son un plazo muy breve para que admitamos el que puedan establecerse cortapisas al consumidor, en su ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía. Podemos hablar de cortapisa porque lo hacemos bajo el presupuesto de que *el diseño de la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU prescinde del elemento de la denuncia y este diseño es un mínimo imperativo*.

Sin embargo, si se es partidario de que, manifestado el vicio, el consumidor dispone de un plazo de quince años para ejercitar los derechos (acciones) derivados de la garantía, la imposición de que el consumidor denuncie previamente, denuncia que además presuponemos construida dentro de unos términos razonables, *no parece merecer una valoración negativa*. Desde luego que ha de protegerse al consumidor, pero también es legítimo que, *no desprotegiendo al consumidor, el profesional pueda organizar sus garantías de forma que pueda prever qué puede ocurrir con cada una de las concretas operaciones realizadas* (si puede o no darla por definitivamente cerrada). Otra vez incide en una cuestión dada [se entrecruza; v. *supra*, núm. 11, letra f)] —ahora en la de la denuncia— el aspecto de los plazos de ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía, y el de quince años, como hemos dicho, nos parece un plazo excesivamente largo, lo cual se acentúa si además se niega la posibilidad de que pueda establecerse la necesidad de una razonable denuncia. Pero pese a estas últimas afirmaciones, seguimos entendiendo que, incluso si se es partidario de los quince años, como plazo de ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía, *sería nula la garantía que, pretendiendo reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, impusiese la imprescindible denuncia previa del defecto bajo la sanción de que su omisión genera la pérdida de los derechos (acciones) derivados de aquella*. La razón de esta solución es que, a nuestro entender, el diseño legal de la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU, que posee naturaleza de mínimo

imperativo, prescinde de la denuncia, y dada esa naturaleza, no puede el profesional imponerla (y ello aunque materialmente no parezca una organización adecuada del problema). En cambio, si dimos distinta solución en cuanto que admitimos que sí sería válida la garantía que estableciese un plazo menor del de quince años, siempre que respetase el de un mínimo razonable [v. *supra*, núm. 11, letra f)], fue porque, en nuestra opinión, la cuestión del plazo de ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía no está regulada con suficiente claridad en el artículo 12.2 LOCM, y *prueba de ello son las diferentes opiniones doctrinales que expusimos*. Dicho de otra forma, no puede decirse que el legislador haya diseñado el mínimo imperativo de los plazos de ejercicio de los derechos (acciones) derivados de la garantía y han sido los autores quienes han tenido que proceder a dar propuestas de solución.

Con todo, *hay que concluir que estamos ante cuestiones cuya solución puede ser discutida*. Tales discusiones son provocadas porque la regulación de la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU no ha sido todo lo afortunada que hubiera sido de desear. Y el construir sobre expresiones legales no del todo claras, o, sin más, a partir de la no previsión legal del problema, encierra todas estas dudas y vacilaciones.

i) *La que establezca que el consumidor tiene la carga de probar el concreto vicio de que adolece el bien de naturaleza duradera*. Si se hiciera una aplicación rígida y extremadamente rigurosa de la carga de la prueba, se diría que el consumidor que ejercita los derechos derivados de la garantía habría de probar *el concreto defecto o vicio* de que adolece el bien de naturaleza duradera. Se afirmaría que el artículo 11.3 LGDCU suministraría algún apoyo a dicha interpretación, pues su letra a) habla de *vicio o defecto*. Si ello se admitiere, al consumidor se le haría extraordinariamente difícil ejercitar los derechos derivados de la garantía. No es un conocedor (perito) del bien de naturaleza duradera que, por ejemplo, haya adquirido. Tendría que encargar a un experto en la materia la averiguación del defecto del bien y su causa, lo cual puede suponer costes de cierta entidad *para un consumidor*, y esto, a su vez, normalmente disuadirá a ciertos consumidores de ejercitar los derechos de la garantía. Esto último, además, supone romper lo que la figura de la garantía significó antes de su regulación por la LGDCU y lo que ha significado después: *es un cauce jurídico muy seguro para el consumidor para una pronta y satisfactoria solución de los problemas de utilidad de que puede adolecer el bien de naturaleza duradera*. No obstante, se podría contraargumentar que dicha rigurosidad de la carga de la prueba no lo sería tanto si tenemos en cuenta que lo más seguro y frecuente será acudir a la prueba de las presunciones de hecho (31).

(31) V. las consideraciones que sobre la carga de la prueba hace RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO en su comentario a la STS de 23 de mayo de 1991, que exponemos *infra* en la nota núm. 34.

Sin embargo, la carga de la prueba del consumidor podemos entenderla, y creemos que así debe hacerse, de forma diferente. El consumidor no tiene que probar el concreto defecto del bien de naturaleza duradera, sino que *le basta con demostrar que el mismo no funciona de acuerdo con sus legítimas expectativas* (32). Esta manera de entender la carga de la prueba la apoyamos en la idea de aliviar, en la medida de lo jurídicamente posible, la posición del consumidor, y dicha forma de concebir la carga de la prueba sería desde luego una facilitación de su reclamación (principio *pro consumatore*; arts. 51 CE, 1.1 LGDCU). *Pero, además, es que hay apoyo en el artículo 11.3 LGDCU.* Su letra *b)* alude a que «el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado». Entre la mención al vicio o defecto de la letra *a)* del artículo 11.3 LGDCU, y la anterior expresión de la letra *b)*, creemos que la última ha de tener preferencia [podría argüirse que en la garantía lo relevante es el resultado de que el objeto es inútil, o no del todo útil, y por tanto sólo eso hay que probar; que los términos vicios o defectos originarios de la letra *a)* se debe a que se está aludiendo a la reparación del bien de naturaleza duradera y lo que es objeto de reparación son precisamente vicios o defectos]. Ahora bien, hemos de destacar, asimismo, que en esta concepción de la carga de la prueba *late o subyace simultáneamente* una presunción de causalidad entre el defecto y el resultado de que el bien de naturaleza duradera es inútil o no todo lo útil que era esperable, lo cual constituye el daño, entendido éste en términos genéricos, que el consumidor ha sufrido. Por otra parte, la presente manera de concebir la carga de la prueba —sólo ha de probarse que el bien es inútil— supone, desde la perspectiva del garante, que, *si quiere no responder por la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU, habrá de probar alguna causa exonerativa de su responsabilidad. Si no lo consigue, entonces responderá ante el consumidor.*

La STS de 23 de mayo de 1991 (Pte.: Excmo. señor don Alfonso Villagómez Rodil) puede alinearse en la construcción que acabamos de exponer a propósito de la carga de la prueba. En breve síntesis, el consumidor había adquirido un vehículo automóvil que tenía garantía del fabricante. Cinco meses después y mientras el vehículo estaba circulando, de repente se incen-

(32) En esta línea hemos de citar a TOMÁS RUBIO GARRIDO y JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA. El primero, Tomás Rubio Garrido (*ADC*, 1990, pág. 899), afirma que la adopción de un criterio funcional de vicio permite al comprador alegar el incumplimiento material del contrato sin necesidad de individualizar el vicio o defecto, bastándole con probar que el bien no funciona, o que no sirve al uso al que estuviere destinado. Asimismo señala que no ha de sorprender que el riesgo de la incerteza, o de la falta de prueba, o de la causa ignota, corresponda asumirlo al vendedor. Y José Antonio Torres Lana dice que para probar el vicio será suficiente con demostrar que el objeto no está en las condiciones óptimas para asegurar un rendimiento plenamente satisfactorio («La garantía...», *Homenaje Lacruz*, vol. I, 1992, pág. 802).

dió y quedó totalmente calcinado. El dictamen del perito que examinó el vehículo concluyó afirmando que el origen del incendio podía haberse debido a una chispa de cigarrillo o por cortocircuito entre conductores, *como causas más probables, sin descartar otras que hubieran podido intervenir* (33). En

(33) Los hechos de esta sentencia (manejamos el original) son los siguientes. El 16 de junio de 1985, don Adolfo F. A. adquirió y se le entregó el vehículo de motor 2 CV-CGT, matrícula M. 5271-GL. Existía a cargo del fabricante, y con independencia de quien hubiera sido el concesionario-venedor, una garantía contractual por un año y por posibles vicios ocultos en el vehículo. Dicha garantía cubría únicamente el importe de los materiales y mano de obra necesarios para reparar o sustituir piezas o elementos considerados como defectuosos de origen. Asimismo, en la tarjeta de garantía se indicaba que la misma no cubría averías debidas a negligencia o falta de cuidado, impericia del conductor, utilización defectuosa o sobrecarga (incluso pasajera) del vehículo y, en general, aquellos fallos que puedan derivarse directa o indirectamente de no haberse cumplido estrictamente por el usuario las normas e instrucciones de la Guía de Entrenamiento o del Manual de Empleo de los vehículos Citroën; tampoco se cubría la pérdida o deterioro de los vehículos debidos a caso fortuito y fuerza mayor.

A los cinco meses de rodaje *{el 8 u 11 de noviembre de 1985; cfr. FD 1.º y 4.º; seguramente sea el 8, porque dicho día se menciona varias veces y el 11 sólo una}*, cuando don Adolfo F. A. conducía su vehículo por la carretera comarcal 505 en dirección a su domicilio (en Galapagar), éste se incendió de repente, quedando totalmente calcinado, incluida su documentación (dada la rapidez del incendio, no pudo cogerse).

El 13 de noviembre de 1985, don Adolfo F. A. informó por teléfono a Citroën Hispania, S.A. del siniestro ocurrido y ésta envió dos personas de su Servicio Técnico para examinar el vehículo y visitar el lugar en que sucedió el incendio. El informe del Servicio Técnico de Citroën Hispania, S.A. afirmó *que el incendio no era imputable a posibles vicios ocultos del vehículo que cubriera la garantía*. Teniendo esto en cuenta, Citroën Hispania, S.A. solicitó del Ilustre Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Técnicos Industriales de Madrid, la asignación por turno de un colegiado para que emitiese informe. La asignación correspondió al perito don Gonzalo C. L., quien emitió su informe el 28 de noviembre de 1985. En el informe se señala cuál es el estado del vehículo: «1.º) El estado general del vehículo es de quemado en su totalidad a excepción de las ruedas delanteras, observándose en dichos guardabarros superficie de pintura sin quemar./ 2.º) En la parte trasera se ha observado la presencia de restos totalmente quemados de objetos personales, rueda de repuesto y dos recipientes metálicos (latas de 2 litros). Uno de ellos contienen *[sic, conteniendo]* aceite, cuyo aspecto era totalmente negro. El otro recipiente presenta un aspecto deformado (y sin tapa); la causa de esta deformación puede ser por la presión de los gases de algún líquido contenido en el recipiente que pudiera ser combustible./ 3.º) El depósito de combustible del vehículo no presentaba deformación alguna, solamente los daños propios ocasionados por el fuego» (AH 2.º). Dado el estado del vehículo *es difícil detectar la causa que motivó el incendio*, concluyendo el informe de la siguiente manera: «1.º) Que el origen del fuego se pudo iniciar en la parte trasera del vehículo, los restos de chapa de esta parte se ven más afectados por el fuego que el resto del vehículo./ 2.º) La posible presencia de líquido combustible en uno de los recipientes situados en la parte trasera, dio *[sic]* lugar a una mayor aceleración del fuego y propagación de éste./ 3.º) La ignición pudo ser originada por chispa de cigarrillo, cortocircuito entre conductores, como causas más probables, sin descontar otras que pudieron intervenir» (AH 2.º).

El 21 de marzo de 1986, don Adolfo F. A. envió una carta certificada de reclamación (ejercicio extrajudicial) a Citroën Hispania, S.A., que ésta contestó de forma negativa el 4 de abril de 1986, justificándolo en que el incendio se debió a un accidente fortuito, no

su recurso de casación, *Citroën Hispania, S.A.* alegó (motivo segundo) infracción del artículo 1.214 del Código Civil (v. DD única 2.1.º LEC de 2000) y doctrina jurisprudencial: *correspondía al demandante (al consumidor) probar los hechos constitutivos e integradores de los derechos que pretendía y el informe técnico pericial aportado no había acreditado con exactitud que el incendio fuera debido a vicio oculto del vehículo*. El Tribunal Supremo desestima el motivo. Afirma que, «[e]l precepto 1214, que es genérico, regula el *onus probandi*, pero no contiene normas valorativas de la prueba, operando en conflictos como el que se enjuicia, de forma que el actor-reclamante ha de acreditar la realidad de los hechos en que base las acciones de resarcimiento que postula, es decir, *que efectivamente el vehículo comprado con todas las garantías para su debido funcionamiento, se perdió, al incendiarse, cuando hacía uso normal del mismo y no constando un hacer doloso o culposo imputable al mismo, es consecuente que a la Sociedad vendedora se traslade la probatura oportuna de la posibilidad de haber surgido el siniestro, por alguna de las circunstancias de exoneración de sus responsabilidades que fueron convenidas y, en todo caso, si hubiera concurrencia de defectos o vicios ocultos, que los mismos no eran originarios y formaban parte de la estructura del turismo en el momento de su venta, como, y en su caso, que el comprador no había cumplido con los cuidados normales de mantenimiento, revisión y controles técnicos del automóvil*» (FD 2.º; la cursiva es nuestra). Dicho esto, el Alto Tribunal señala que el Tribunal de Apelación formó su convicción apoyándose en las pruebas de los autos, con independencia de quien las hubiese suministrado, y que, teniéndolas en cuenta de forma con-

sujeto a las condiciones de la garantía convenida; en otras palabras, que no hubo vicios ocultos en el vehículo.

Don Adolfo F. A. demandó a *Citroën Hispania, S.A.*, y suplicó *la entrega* de otro coche de las mismas condiciones y antigüedad que el siniestrado, *indemnización de daños y perjuicios*, que cifró en la cantidad de un millón de pesetas, con intereses legales, al verse privado él y su esposa del medio de transporte que utilizaban para ir a su trabajo en la Universidad Complutense de Madrid, computados los últimos desde la fecha del siniestro (el 8 u 11 de noviembre de 1985; cfr. FD 1.º y 4.º), y *condena en costas*.

El Juez de Primera Instancia (sentencia de 29 de abril de 1987) *desestimó* la demanda. Don Adolfo F. A. interpuso recurso de apelación. La Audiencia Territorial (sentencia de 22 de septiembre de 1988) lo *estimó en parte*. *Condenó a Citroën Hispania, S.A. a la entrega de otro vehículo* en las mismas condiciones y antigüedad que el siniestrado y *a la indemnización de daños y perjuicios* por la privación del vehículo, cuya cuantía se determinaría en ejecución de sentencia. No hizo expresa imposición de las costas causadas en ambas instancias. *Citroën Hispania, S.A.* interpuso recurso de casación. El Tribunal Supremo (FD 4.º) lo *estima en parte*. *Sólo admite la alegación de infracción del artículo 359 LEC 1881* —incongruencia por conceder más de lo pedido— y establece que la indemnización que se fije en trámite de ejecución de sentencia *no ha de superar por ningún concepto el tope máximo del millón de pesetas* (FD 5.º). No hace pronunciamiento expreso sobre las costas de la casación.

junta, «no estimó actuar alguno imputable al demandante [al consumidor], como causa directa y desencadenante del incendio» (FD 2.º; la cursiva es nuestra); por último, recuerda que en la casación no procede una nueva valoración global de todo el material probatorio (FD 2.º) (34).

Pues bien, si se es partidario de entender que la carga de la prueba del consumidor consiste en demostrar que el bien es inútil o no todo lo útil que era esperable, se afirmará *la nulidad de la garantía que, pretendiendo reemplazar al saneamiento por vicios ocultos, impusiese al consumidor la necesidad de probar el concreto vicio o defecto del que ha adolecido el bien de naturaleza duradera*.

j) *La que establezca que la garantía se limita a los vicios ocultos, excluyéndose por ello determinados vicios aparentes del bien de naturaleza duradera*. A diferencia del saneamiento que expresamente se restringe a los vicios ocultos (cfr. art. 1.484 del Código Civil), la garantía nada dice sobre el carácter oculto o aparente de los vicios. Esta no indicación ha permitido a una serie de autores entender que la garantía incluye los vicios ocultos y los *aparentes desconocidos por el consumidor en el momento de la adquisición* (35). Si se es partidario de tal interpretación, *sería nula la garantía que,*

(34) En su comentario a esta STS de 23 de mayo de 1991, RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO mantiene una posición crítica con la argumentación del Alto Tribunal. Señala que la cuestión más problemática de la sentencia de instancia es la del nexo causal entre la existencia del vicio originario del automóvil y su total destrucción, consecuencia del incendio. Afirma que en nuestro Ordenamiento *no hay presunción legal alguna a favor de los consumidores, rigiendo la regla del artículo 1.214 del Código Civil* [cfr. DD única LEC de 2000], *quien alega un hecho, debe probarlo*. «[E]n este caso, el comprador del vehículo y demandante debió probar que el incendio de aquél se había producido como consecuencia de un vicio o defecto en su fabricación. Pero, precisamente porque el vehículo quedó totalmente destruido por el incendio, semejante prueba resultó imposible». Tras reproducir algunos párrafos del informe pericial, Rodrigo Bercovitz indica que deducir de dicha prueba pericial, sin apoyo en otra complementaria (como la testifical), que el vehículo se incendió por un vicio originario es una aplicación extralimitada de la prueba de presunciones del artículo 1.253 del Código Civil [cfr. DD única LEC de 2000], pues «las conjeturas del informe pericial no satisfacen la exigencia "indispensable que entre el hecho demostrado (el incendio) y aquél que se trate de deducir (el vicio o defecto del automóvil) haya un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano". No parece, pues, que el Tribunal de instancia respetase debidamente los artículos 1.214 y 1.253 del Código Civil [cfr. DD única LEC de 2000]. Es legítimo presumir la existencia de un vicio o defecto en un bien o producto cuando el mismo causa un daño o se deteriora sin que quepa detectar razón alguna externa al propio bien o producto. Pero ése no es el caso. En este supuesto es evidente, y así se señala expresamente en el informe pericial, que las causas han podido ser muy diversas. Con relación a esta cuestión, el Tribunal Supremo confunde el tema de culpa con el tema de nexo causal. No parece correcto, en ausencia de presunción legal, que el fabricante deba probar que el incendio del coche se produjo por causa ajena a él» (CCJC, núm. 26, 1991, págs. 610-611).

(35) M.ª ANGELES PARRA LUCÁN, «LOS derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en ADC,

pretendiendo reemplazar al saneamiento, limitase su cobertura a los vicios ocultos, excluyendo los aparentes desconocidos por el consumidor en el momento de la adquisición.

Claro está que podríamos plantear la hipótesis de que la garantía incluye-se los vicios aparentes desconocidos por el comprador y excluyese los ocultos, pero nos parece tan absurda tal garantía, que no creemos que se dé en la realidad. Por ello, sólo hemos mencionado el supuesto anterior. Ahora bien, en el caso de que este otro supuesto se diese en la realidad, también entendemos que la garantía sería nula.

Y *k) la que establezca que el consumidor tiene la carga de probar el carácter originario del vicio.* No cualquier defecto está amparado por la garantía, sino sólo aquéllos que sean *originarios* [cfr. art. 11.2.a) LGDCU; ello debe entenderse en el sentido de que han de existir en el momento de la entrega del bien al consumidor]. La LGDCU no dice sobre quién recae la carga de probar el carácter originario, por lo que habríamos de entender que ello corresponde al consumidor. Sin embargo, una serie de autores defienden que, manifestado el defecto [*esto es, a nuestro entender la no aptitud del bien; v. supra, núm. 11, letra i)*], vigente la garantía, *se presume el carácter originario* (36). Si se es partidario de tal interpretación, *sería nula la garantía que pretendiese reemplazar al saneamiento por vicios ocultos e impusiese al consumidor la carga de probar el carácter originario de la no aptitud del bien de naturaleza duradera.*

1988, págs. 533-535; citando a esta última autora, JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA, «La garantía...», *Homenaje Lacruz*, vol. I, Barcelona, 1992, págs. 802-803 y 804; GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, pág. 383.

TOMÁS RUBIO GARRIDO, partiendo de que hay obligación legal de un nivel de idoneidad y calidad mínimo, considera que aunque por debajo del mismo se desdibuje hasta cierto punto la distinción vicios ocultos y aparentes, por encima sigue funcionando, de manera que el vicio aparente excluye toda eventual responsabilidad del vendedor por causa de él; y lo mismo ocurre con el vicio interno y conocido del comprador. Por otro lado entiende que por debajo del mínimo legal juega la apariencia/cognoscibilidad del vicio en supuestos en los que es claro, gracias a la suficiente publicidad, que se está ante una compraventa de desecho o saldos. En consecuencia, entiende este autor, que la imposición de un nivel mínimo e inderogable de calidad e idoneidad provoca cierta erosión del tradicional criterio del carácter oculto del vicio y una ampliación del ámbito de protección dispensado al adquirente consumidor (ADC, 1990, pág. 897).

(36) JUSTINO DUQUE, *EC*, núm. 3, 1984, pág. 78; ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 156; RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La defensa...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 220; M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, ADC, 1988, págs. 531-532; CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (apoyándose en Justino Duque, Alberto y Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano y M.^a Angeles Parra Lucán), *EC*, núm. 16, 1989, pág. 106; MANUEL PANIAGUA ZURERA (apoyándose en Justino Duque, Alberto y Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, M.^a Angeles Parra Lucán y Pilar de la Haza), CDC, núm. 9, septiembre de 1991, pág. 142; GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, pág. 383; JAVIER AVILÉS GARCÍA, RCDI, núm. 661, 2000, págs. 2755 y 2756.

12. Vistos algunos ejemplos de garantía que inciden en los sujetos responsables, en los elementos que la misma ha de expresar y en los vicios que cubre, *¿qué ocurre con las garantías que inciden en las acciones que el artículo 11.3 LGDCU contiene?*

Recordemos que la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, admite que se reemplace «la obligación de saneamiento por la de reparación o sustitución de la cosa objeto del contrato». *Es en este punto, en el de las acciones, en donde constatamos la aludida des coordinación existente entre la DA 1.^a 9.^a 11, segunda parte, y el artículo 11, ambos de la LGDCU (v. supra, núm. 10).* El artículo 11.3 LGDCU jerarquiza los remedios del consumidor: éste, primero ha de acudir a la reparación del bien y si ésta resulta insatisfactoria, podrá optar entre la sustitución del bien por otro de idénticas características o la devolución del precio (36 bis). La anterior frase de la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, podemos interpretarla de dos distintas maneras. Una consiste en entender que es lícito desplazar el saneamiento ofreciendo sólo la posibilidad de reparar el bien, o sólo la de sustituirlo por otro. A nuestro parecer tal interpretación es rechazable, pues contradice al artículo 11.3 LGDCU. Este, aunque los jerarquice, ofrece esos dos remedios al consumidor con el carácter, no lo olvidemos, de derechos mínimos e imperativos. Por eso parece más razonable esta segunda interpretación: es lícito reemplazar el saneamiento por la posibilidad de que el consumidor pueda optar entre exigir la reparación del bien o su sustitución. De esta forma no se contradice al artículo 11.3 LGDCU, pues se supera el contenido

En cambio, JOSÉ ANGEL TORRES LANA, tras recoger que la doctrina defiende la presente presunción (cita a Bercovitz, Duque, Parra Lucán), señala que tal postura puede ser técnicamente discutible, aunque reconoce que responde a los criterios inspiradores de la prueba de presunciones —la de la dificultad de la prueba y consecuente inversión de la carga de la prueba— y que se coordina con el principio general de protección del consumidor («La garantía...», *Homenaje Lacruz*, vol. I, 1992, pág. 802).

Y TOMÁS RUBIO GARRIDO afirma que el artículo 11 LGDCU no contiene presunción alguna del carácter originario del vicio, ni inversión de la carga de la prueba, sino que lo que procede es un estricto funcionamiento del régimen probatorio de la responsabilidad contractual. En consecuencia, el vendedor demandado, con base en el artículo 11 LGDCU, podrá probar que él en realidad cumplió su prestación, ya sea negando la existencia del vicio, ya probando que, aunque el vicio existe, él entregó el objeto en perfecto estado, o que el vicio procede del uso indebido del comprador, o de un caso fortuito posterior al contrato, o consecuencia de la acción de un tercero; incluso podrá probar que, aunque no cumplió, se debió a un caso fortuito, lo cual, reconoce este autor, es una posibilidad remota (ADC, 1990, págs. 898-899).

(36 bis) Sobre cómo ha de entenderse esa jerarquía de remedios, v.: ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 157; M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, ADC, 1988, págs. 538-540; TOMÁS RUBIO GARRIDO, ADC, 1990, págs. 903-904; GABRIEL GARCÍA CÁNTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, pág. 382; JAVIER AVILÉS GARCÍA, RCDI, núm. 661, 2000, págs. 2753-2754 y 2762.

mínimo que establece: el consumidor, en vez de tener que acudir primero a la reparación, y sólo después, cuando aquélla haya resultado infructuosa, acudir a la sustitución del bien (art. 11.3 LGDCU), puede, *desde el primer momento*, decidir y optar entre exigir la reparación del bien o su sustitución (DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU).

Ahora bien, incluso con esta última interpretación sigue habiendo cierta descoordinación entre la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, y el artículo 11.3, ambos de la LGDCU. Y es que este último contempla otra acción, *la de resolución del contrato*. Tal y como está redactada la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, podría parecer que admite la validez de la cláusula que, al reemplazar al saneamiento, *sólo ofreciese las acciones de reparación o sustitución y excluyese la de resolución del contrato (expresa o implícitamente)* —no olvidemos que en la creciente implantación práctica de la garantía subyacía, entre otras finalidades, la de que el profesional *quería evitar la pérdida de un contrato ya celebrado*; fue después cuando ya vino la regulación de la figura por la LGDCU (1984)—. En nuestra opinión, en la relación que ha de mediar entre la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, y el artículo 11.3 LGDCU, *tiene preferencia el precepto citado en último lugar*. Aunque la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, sea posterior al artículo 11.3 LGDCU, no hay que olvidar que ambos preceptos están en una misma ley, y que, para la garantía, el artículo 11.3 LGDCU, que sigue vigente, *constituye la ley especial. Esto implica que califiquemos de abusiva la anterior cláusula*. Carece de lógica, o como mínimo es irrazonable, que se admita, que para desplazar al saneamiento por vicios ocultos por la garantía baste ofrecer sólo la reparación o la sustitución del bien, *cuando por otro lado* el legislador ofrece al consumidor, con base precisamente en la garantía, la posibilidad de desvincularse del contrato mediante su resolución, *derecho calificado de mínimo e imperativo* (arts. 11.3 y 2.3 LGDCU). Dicho esto, es cierto que *la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, sí permite al consumidor desvincularse del contrato*, puesto que si la reparación o la sustitución fueren imposibles o hubieren resultado *insatisfactorias*, el consumidor podrá ejercitar las acciones edilicias derivadas del saneamiento por vicios ocultos, y la redhibitoria, no lo olvidemos, permite conseguir el resultado de la desvinculación del contrato. *Pero mientras el artículo 11.3.b) LGDCU sitúa la resolución al mismo nivel que la acción de sustitución —entre ambas puede optar el consumidor— la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, la coloca una vez intentada la reparación o sustitución*, objeción crítica posible, además, bajo el presupuesto de entender que la naturaleza de la redhibitoria es la de una acción resolutoria por incumplimiento (37). Si se entiende que la redhibitoria tiene otra naturaleza (conocido es que se trata de una cuestión polémica) —por ejemplo, el error

(37) NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, 1996, págs. 138 y sigs.

o el dolo, vicios del consentimiento, que desencadenan el régimen de anulabilidad— (38), la objeción crítica se traduciría en que la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, suprimiría sin más, *o como mínimo se olvidaría*, de la opción de resolver el contrato (aunque el *resultado* de la desvinculación contractual sí se obtendría) y contradiría, desde luego e igualmente, al artículo 11.3.b) LGDCU.

En nuestra opinión, una interpretación razonable de la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, consiste en entender que *el saneamiento por vicios ocultos es reemplazable, si se ofrece al consumidor la posibilidad de optar, al mismo nivel, entre la reparación del bien, su sustitución, o la resolución del contrato, y por supuesto, con la posibilidad de exigir los daños que se hayan podido sufrir y de ejercitar las acciones edilicias si falla la reparación o la sustitución*. Adviértase que con esta interpretación el consumidor sólo tendrá interés en acudir al saneamiento, si lo que pretende es ejercitar la acción *quantum minoris*, porque, ¿para qué va a acudir a la redhibitoria si antes puede ejercitar la resolutoria del artículo 11.3.b) LGDCU?

13. Entendemos que la causa de la descoordinación entre la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, y el artículo 11.2 y 3 LGDCU puede, tal vez, explicarse de la forma que sigue.

a) El origen de la redacción de la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, parece ser el *Anteproyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación de julio de 1983*, momento en el que no había una regulación legal sobre la garantía —ésta, como ya hemos indicado, se produjo en 1984 con la promulgación de la LGDCU—.

En aquel entonces (1983), el fundamento de la garantía se encontraba en la autonomía de la voluntad con los límites de la ley, la moral y el orden público (art. 1.255 del Código Civil). Era frecuente que la cláusula de garantía consistiese en que el profesional se comprometía a la reparación o sustitución del bien, para el caso de que el bien no funcionase, o lo hiciera de forma incorrecta (redacción típica). Dado que en la práctica la garantía había generado con cierta frecuencia abusos —era asimismo típico que el profesional incluyese en su favor una causa de exoneración por los daños que el titular de la garantía pudiese sufrir, consecuencia de la utilización del bien—, y dado que la garantía se la relacionaba y asociaba con la figura del saneamiento por vicios ocultos (39), parecía adecuado aprovechar la regulación de la condición general que versase sobre el saneamiento por vicios

(38) NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa*. (Evolución del ordenamiento español), 1996, págs. 117 y sigs.

(39) Así, LUIS CARLÓN, «La cláusula de garantía en la compraventa de maquinaria», en RDM, núm. 127, 1973, págs. 47-62, en particular a partir de la pág. 50. El trabajo de este autor, anterior a la regulación que de la garantía hace el artículo 11 LGDCU, ha de calificarse de clásico en la materia.

ocultos (el art. 12 del citado *Anteproyecto de 1983*) e introducir una primera regulación de la garantía.

Por otro lado, la EM (ap. 2) del *Anteproyecto de 1983* nos informa de que en su redacción se tuvo presente el Proyecto de Ley del Consumidor de 1981, presentado por la UCD, el proyecto alternativo que al mismo presentó el PSOE y el Borrador de Proyecto de Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios. Asimismo dice la EM (ap. 4.3.2), que en el catálogo de cláusulas consideradas ineficaces «se ha procurado respetar al máximo el Derecho vigente, incorporando las aportaciones del tráfico que han ido enriqueciendo los diversos aspectos del mismo. En este punto ha sido de gran utilidad la "Recopilación de usos, costumbres y prácticas mercantiles seguidas en España", editado por el Consejo Superior de Cámaras de Comercio, Industria y Navegación de España. [...] Y al regular las cláusulas sobre vicios o defectos ocultos, en el artículo 12, *el Anteproyecto no se ha limitado a reflejar el Derecho vigente sobre la materia, sino que, además, ha recogido el Derecho vivo del tráfico preocupado especialmente por las cuestiones que plantea el problema de la reparación de la cosa objeto del contrato*» (la cursiva es nuestra). Esto es, que el *Anteproyecto de 1983* tuvo en cuenta lo que se conocía, en la práctica, como la garantía del bien.

Tras la regulación de la LGDCU, los autores *siguen conectando o asociando* la garantía, ahora la del artículo 11, con el saneamiento por vicios ocultos. Cuando hablamos de conectar o asociar no queremos decir que los autores sostengan que la garantía tiene la misma naturaleza que el saneamiento por vicios ocultos (excepción, pues así lo admite con rotundidad es Tomás Rubio Garrido), sino que hacemos la afirmación en el sentido de que destacan que el régimen de la garantía *incide* en (tiene que ver con) la figura del saneamiento por vicios ocultos, *por cuanto que están próximos* —en sus respectivos supuestos de hecho está presente el problema de la inutilidad de la cosa— ofreciendo dichos autores dispares propuestas de coordinación entre ambas figuras (por ejemplo, que tienen un distinto campo de aplicación, que son figuras compatibles, que la garantía es de aplicación preferente al saneamiento, el cual es subsidiario, que la garantía desplaza al saneamiento, etc.). Así las siguientes citas: JUSTINO DUQUE (recordemos que era uno de los ponentes del *Anteproyecto de 1983*, el otro fue, como es conocido, Fernando Rodríguez Artigas), *EC*, núm. 3, 1984, págs. 73, 75, 76 y 77 (en general, págs. 73-75); ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 157; RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO (que habla de las obligaciones legales), «La defensa...», *Estudios jurídicos...*, 1987, págs. 218-219; CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (refiriéndose a la compraventa de bienes muebles y desde un punto de vista teórico), *EC*, núm. 16, 1989, págs. 108-109; M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, *ADC*, 1988, págs. 550-551; PILAR DE LA HAZA (que conecta el saneamiento por vicios ocultos con el apartado 1 del art. 11 LGDCU), «Garantías...», *Curso...*, 1990, págs. 174-175, v. también págs. 183-184; TOMÁS RUBIO GARRIDO, *ADC*, 1990, págs. 867-868, 894, 896, 908 y 917; GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, pág. 373; JOSÉ ÁNGEL TORRES LANA, «La garantía...», *Homenaje Lacruz*, vol. I, 1992, págs. 804-805; ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, artículo 1.485 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, 1993, págs. 958-959.

Artículo 12 del Anteproyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación de 1983 (Ponentes: Justino F. Duque Domínguez/Fernando Rodríguez Artigas):

«En caso de *vicios o defectos ocultos* de la cosa objeto del contrato, *no se podrá privar* al contratante sometido a las condiciones generales del derecho a *desistir* del contrato o a exigir una *disminución proporcional del precio*, salvo que se le conceda el derecho a reclamar la *sustitución o reparación* de la cosa defectuosa. *Tampoco se le podrá privar* de la facultad de *desistir* definitivamente del contrato o de exigir la oportuna *disminución del precio en el supuesto de que, reparada o sustituida la cosa defectuosa, el defecto persista*.

La reparación o sustitución de la cosa defectuosa no podrá condicionarse al pago de la totalidad de la contraprestación o de una parte de ésta, desproporcionadamente alta en relación con el defecto.

El contratante que utiliza las condiciones generales no podrá excluir ni limitar los gastos que deba soportar para la reparación o sustitución de la cosa defectuosa ni podrá imponer a la otra parte contratante un lugar para su reparación exigiéndole los gastos de transporte.

La responsabilidad en que pueda incurrir el contratante que utiliza las condiciones generales por vicios o defectos ocultos no podrá sustituirse por la responsabilidad exclusiva de otra persona ni quedar subordinada a la previa reclamación a un tercero» (Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1984; la cursiva es nuestra).

b) *Vigente la LGDCU* *por ello, el artículo 11.2 y 3, lo adecuado era* *ajustar* la norma, que preveía el desplazamiento del saneamiento por vicios ocultos por la garantía *en condiciones generales de la contratación*, con la regulación que de la misma hacía aquel precepto.

Y así ocurrió en la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación, de 3 de noviembre de 1987, cuyo artículo 18 reproduce con ligeras modificaciones el artículo 11 de la LGDCU.

Por otro lado, la EM (ap. 2) de la *Propuesta de Anteproyecto de 1987*, nos informa de que se había concedido especial atención a la LGDCU, además de tener presentes las aportaciones doctrinales sobre este último texto y los trabajos prelegislativos, desde 1981 hasta la promulgación de la Ley en 1984. Y en relación con el artículo 18, la EM (ap. 4.3.2) reproduce el texto reproducido en el apartado precedente [v. *supra*, núm. 13, letra a)] a partir de la frase «[y] al regular las cláusulas sobre vicios o defectos ocultos (...)» con dos únicas diferencias: una evidente y es que se cita el artículo 18 y no el 12, y la otra, que es la que nos interesa, consiste en que añade, a la afirmación de la EM, de que se ha recogido el Derecho vivo del tráfico, «*como lo ha hecho también la Ley de Consumidores y Usuarios*».

Artículo 18.I del Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1987 (segunda redacción) (Ponentes: Justino F. Duque Domínguez/Fernando Rodríguez Artigas):

«En caso de vicios o defectos ocultos de la cosa objeto de contrato, no se podrá privar en las condiciones generales al contratante sometido a ellas del derecho a *desistir* del contrato o a exigir la *disminución proporcional* del precio. No obstante, estos derechos podrán ser expresamente *sustituídos* en las condiciones generales por el derecho del adquirente a pedir la *reparación* totalmente gratuita del objeto vendido y la *indemnización* de los daños y perjuicios ocasionados por los vicios o defectos del mismo. Asimismo, deberá establecerse que, en el supuesto de que *la reparación no fuera posible o de que, efectuada, no fuera satisfactoria y el objeto no reuniera las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese dedicado*, el adquirente tendrá derecho a la *sustitución del objeto* adquirido por otro de idénticas características o a la *devolución del precio* pactado además del derecho a la *reparación* de los daños y perjuicios sufridos como consecuencia de los vicios».

La redacción del resto de los párrafos del artículo 18 coincide con la del artículo 12 del Anteproyecto de 1983 (Boletín de Información, Ministerio de Justicia, año XLII, suplemento a los núms. 1478-1479, de 15 de enero de 1988; la cursiva es nuestra).

c) Pero el artículo 15 del *Anteproyecto de Ley de condiciones generales de la contratación de 1992* vuelve, con pequeñas diferencias y distinta redacción, a la regla del artículo 12 del *Anteproyecto de Ley sobre condiciones generales de la contratación de julio de 1983* [v. *supra*, núm. 13, letra a)], a la que añade, en lo que nos interesa, que en condiciones generales no pueden modificarse *en perjuicio* del adherente *las normas legales del saneamiento por vicios ocultos*.

Artículo 15 del Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1992:

«Vicios ocultos.

1. Las cláusulas de condiciones generales *no podrán modificar, en perjuicio del adherente, las normas legales sobre el saneamiento por vicios ocultos*.

2. *No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, serán válidas aquellas cláusulas de condiciones generales que reemplacen la obligación de saneamiento del predisponente por la de reparar o sustituir la cosa objeto del contrato, siempre y cuando dichas cláusulas prevean que la reparación o sustitución no comportará gasto alguno para el adherente, 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 resultasen insatisfactorias*.

3. Asimismo serán válidas aquellas cláusulas de condiciones generales que sustituyan la responsabilidad directa del predisponente por la de un tercero.

La validez de estas cláusulas quedará supeditada al expreso establecimiento de la responsabilidad subsidiaria del predisponente.

4. Este artículo no será de aplicación a los contratos que tengan por objeto cosas usadas. Queda a salvo la aplicación del artículo 7.º» (40) (la cursiva es nuestra).

Comparando el artículo 15 del *Anteproyecto de 1992* con la vigente DA 1.ª 9.ª II, primera y segunda parte LGDCU, *se constata que ambos tienen una redacción muy similar*. Y esa norma del artículo 15 es la que sorprendentemente, *a través de los sucesivos anteproyectos y proyecto*, ha cristalizado en la nueva y vigente DA 1.ª 9.ª II LGDCU.

14. Manejando asimismo el *Anteproyecto de 1988*, SUSANA QUICIOS llega a distinta solución interpretativa sobre la relación que media entre la DA 1.ª 9.ª II, segunda parte, y el artículo 11.2 y 3 LGDCU.

La anterior autora destaca *la contradicción* que media entre ambas normas, y para evitarlo *considera que las mismas tienen un diferente campo de aplicación*. *La garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU se aplica a los bienes de naturaleza duradera, y la DA 1.ª 9.ª II LGDCU a los bienes que no son de naturaleza duradera*. Reconoce que cuesta imaginar la reparación como remedio idóneo para los bienes de naturaleza *no duradera* —en palabras nuestras, para los bienes *consumibles*—. Pero textualmente dice: «[I]os antecedentes de esta cláusula son elocuentes: recuérdese que en la Exposición de Motivos de la propuesta de Anteproyecto de 1988, se explicaba el espíritu de la regla allí prevista sobre vicios ocultos, diciendo que "no se ha limitado a reflejar el Derecho vigente sobre la materia, sino que, además, ha recogido, como lo ha hecho también la Ley de Consumidores y Usuarios, el Derecho vivo del tráfico, preocupado especialmente por las cuestiones que plantea el problema de la reparación de la cosa objeto del contrato". *Lo que se pretende es, pues, extender esos remedios novedosos que introdujo la LGDCU a cualquier bien que presente vicios ocultos. Pero en realidad, respecto de estos otros bienes, no se obliga ni a su reparación ni a su sustitución, y únicamente se declara que no será abusiva la cláusula que así lo establezca. Ya que queda al arbitrio del profesional ofrecerse a cumplir esta obligación de reparación o sustitución, la única trascendencia del largo párrafo dedicado a la cuestión es que se configura imperativamente el contenido de dicha obliga-*

(40) JESÚS ALFARO AGUILA-REAL («El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», en *RDBB*, núm. 67, julio-septiembre de 1997, pág. 861 y nota núm. 8) nos informa de que «el proyecto elaborado en la propia Dirección General de Registros y del Notariado en 1992 (...)» no se publicó oficialmente, aunque sí de forma privada por Carlos Lasarte, *Principios de Derecho Civil, Contratos*, tomo 3, 4.ª ed., Madrid, 1996. Nosotros hemos utilizado la 3.ª ed. de dicho manual (septiembre de 1995).

ción, en el caso de que se establezca en cláusula no negociada individualmente» (la cursiva es nuestra) (41).

(41) SUSANA QUICIOS MOLINA, DA 1.^a 9.^a LGDCU, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 1999, pág. 1004, núm. 27. Con anterioridad a las afirmaciones reproducidas en texto, esta autora, tras señalar que la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, permite la sustitución de las tradicionales acciones edilicias por la obligación de la reparación o la sustitución, se cuestiona, pero ¿no contaba el consumidor, desde la LGDCU, con esos derechos de reparación y sustitución para los bienes de naturaleza duradera, derechos mínimos inderogables? Habría una *crasa contradicción* en la LGDCU si el artículo 11.3 impone *imperativamente* tal obligación y la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, *permite su establecimiento convencional*. A su entender, no puede interpretarse que, en relación con los bienes de naturaleza duradera, pueda reemplazarse el saneamiento por la reparación o sustitución, pues esto último es en todo caso obligación del garante. De ahí que intente buscar una *interpretación respetuosa con el tenor literal de la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU*, la cual sólo es posible, afirma, si la obligación contractual de reparar o sustituir *no es la que se regula en el artículo 11.3 LGDCU*, y ello porque, dada la imperatividad de esta última garantía, su relación con el saneamiento por vicios ocultos no puede ser nunca en términos alternativos, sino *complementarios* (el saneamiento añade acciones a la garantía, pero no puede sustituirla, limitando las acciones de la última), lo cual se apoya en el artículo 7 LGDCU (*Op. cit.*, págs. 1003-1004, núms. 25 y 26).

Por otro lado, la afirmación de SUSANA QUICIOS MOLINA, expuesta en el texto, de que «[l]o que se pretende es, pues, extender esos remedios novedosos que introdujo la LGDCU a cualquier bien que presente vicios ocultos», nos recuerda el siguiente debate doctrinal. Como sabemos, la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU, se refiere a los bienes de naturaleza duradera, ahora bien, el artículo 11.1 LGDCU *alude asimismo a la garantía y no limita su ámbito objetivo a los bienes de naturaleza duradera* (no especifica nada). Según el artículo 11.1 LGDCU, «[e]l régimen de comprobación, reclamación, *garantía* y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio; [...] pueda hacer efectivas las *garantías de calidad* o nivel de prestación [...]» (la cursiva es nuestra). Esta mención de la garantía hecha por el apartado 1 del artículo 11 LGDCU, ha permitido afirmar a JUSTINO DUQUE (EC, núm. 3, 1984, pág. 77), que no debe hacerse una radical distinción entre bienes de naturaleza duradera y bienes que *no* son de naturaleza duradera, a la hora de establecer el régimen de la garantía de unos y otros. Ello porque el régimen de garantía del artículo 11 LGDCU se concibe de modo *unitario*, dado que el apartado 1 de dicho precepto ha de aplicarse a todos los bienes en general (advierte el presente autor que dicho apto. 1 es el único que *no* se refiere expresamente a los bienes de naturaleza duradera; no obstante, cfr., art. 11.4 LGDCU). A lo que añade, argumentativamente, que, por otro lado, aunque el resto de los apartados del artículo 11 LGDCU se refiere *formalmente* a los bienes de naturaleza duradera, *podría aplicarse, con las oportunas adaptaciones, a todos los bienes que carecieran de dicha naturaleza*. O, TOMÁS RUBIO GARRIDO, quien, tras exponer el estado de la cuestión sobre el ámbito objetivo de aplicación de la garantía del artículo 11 LGDCU (ADC, 1990, págs. 892-893), concluye señalando, que es de escasa importancia dilucidar sobre lo que ha de entenderse por bienes de naturaleza duradera, pues el artículo 11.1 LGDCU contiene un mandato ambicioso, que no sólo dota de un contenido mínimo inderogable a la garantía que el propio artículo 11 regula después, *sino que se aplicará a todas las relaciones contractuales que entren en el ámbito de aplicación de la LGDCU* (*op. cit.*, págs. 893-894). (Por otro lado, sobre los bienes de naturaleza duradera, v. *supra*, nota núm. 11).

En resumen, SUSANA QUICIOS entiende el alcance de la norma en el sentido de que, *si el profesional decide desplazar el saneamiento por vicios ocultos en los bienes de naturaleza no duradera, el contenido que lo sustituya ha de ser necesariamente el de la DA 1.ª 9.ª II, segunda parte LGDCU, tratándose de cláusula no negociada individualmente.*

En cambio, M.ª EULALIA AMAT, quien también ha comentado esta DA 1.ª 9.ª II LGDCU, nada dice sobre una posible contradicción entre la misma y el artículo 11.2 y 3 LGDCU. Tan sólo afirma que no ha de confundirse el saneamiento por vicios ocultos con la garantía, los cuales tienen funciones y regulaciones distintas, y apunta que se ha dicho, que el saneamiento por vicios ocultos se aplica cuando el defecto hace impropia a la cosa para el uso a que se destina, o disminuye éste de forma que el comprador no la habría comprado de haberlo conocido, y que, por el contrario, si los vicios son de menor entidad se aplicará el artículo 11 LGDCU (42).

15. Continuando con la comparación entre la DA 1.ª 9.ª II, segunda parte LGDCU, y los remedios del consumidor por la garantía del artículo 11.3 LGDCU, hemos de decir:

- a) La DA 1.ª 9.ª II, segunda parte LGDCU, establece *la gratuidad* de la reparación o de la sustitución del bien. El artículo 11.3.a) LGDCU afirma dicho carácter *a propósito de la reparación del bien* (43). Nada dice en la mención del remedio de la sustitución del bien por otro de idénticas características. No obstante el silencio del artículo

(42) M.ª EULALIA AMAT LLARI, DA 1.ª 9.ª, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, Modificaciones de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y de la Ley Hipotecaria*, coord. Ignacio Arroyo Martínez/Jorge Miquel Rodríguez, 1999, pág. 375. La tesis que esta autora expone es la que Alberto Bercovitz Rodríguez-Cano expuso en «La protección...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 157, que expone Gabriel García Cantero en su comentario al artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992. M.ª Eulalia Amat Llari remite al lector a las citas de Gabriel García Cantero, *op. cit.*, págs. 374 y sigs.

(43) La gratuidad incluye *todo posible gasto que la reparación pueda generar*, en particular se destaca que abarca los gastos por la sustitución de nuevas piezas, los de mano de obra, y los de desplazamiento del bien o del personal técnico especializado: JUSTINO DUQUE, *EC*, núm. 3, 1984, pág. 78; ALBERTO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La protección...», *Estudios jurídicos...*, 1987, págs. 157-158; RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La defensa...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 220; M.ª ANGELES PARRA LUCÁN, *ADC*, 1988, pág. 535; GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, pág. 384; JAVIER AVILÉS GARCÍA, *RCDI*, núm. 661, 2000, pág. 2758.

Los tres últimos autores son partidarios de interpretar la gratuidad de los gastos de traslado, de conformidad con la buena fe. Según M.ª Angeles Parra Lucán (*op. cit.*, págs. 535-536), no siempre han de recaer sobre el garante los gastos de desplazamiento, *sin que ello sea obstáculo para que la reparación continúe siendo gratuita*. Considera que ha de tenerse presente la buena fe del artículo 1.258 del Código Civil, la cual no sólo opera en la interpretación del contrato, sino que la misma genera deberes, como el de *cooperación*

lo 11.3.b) LGDCU, entendemos que el ejercicio de la acción de sustitución no ha de implicar coste alguno al consumidor (44).

- b) La DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, señala que la cláusula *no ha de excluir la indemnización de los daños* que haya podido sufrir el consumidor. El artículo 11.3.a) LGDCU reconoce esta acción junto con la de reparación del bien. Tampoco dice nada sobre dicha acción cuando alude a la sustitución del bien por otro de idénticas características o a la desvinculación del contrato [art. 11.3.b) LGDCU]. Sin embargo se entiende que el consumidor puede asimismo exigir la reparación de los daños sufridos, junto con su decisión de elegir alguna de esas dos acciones (45).

En conclusión, en estos dos aspectos —gratuidad e indemnización— hay coordinación entre la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte, y el artículo 11.2 y 3 LGDCU.

16. *Sobre el inicio del cómputo de las acciones edilicias*, entendemos que la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, establece *implícitamente* una norma distinta a la del Código Civil. En éste, como sabemos (v. *supra*, núm. 8), dichas acciones se computan desde la entrega del bien (art. 1.490 del Código Civil). En cambio, en la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, el inicio del cómputo de tales acciones *sería desde que la reparación o la sustitución resultaren imposibles o insatisfactorias*. Es cierto que la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, habla del «saneamiento conforme a las normas legales», y la norma legal del 1.490 del Código Civil lo que establece es el momento de la entrega del bien, pero la anterior interpretación nos parece razonable si tenemos presente que lo que pretende la LGDCU es que el consumidor pueda, en último extremo, disponer de unas acciones con las que

entre las partes. Y así señala que no es lo mismo la reparación de un reloj o de un molinillo de café, que la de una lavadora, respecto a la cual sí que habría pérdida de la gratuidad si es que el consumidor tuviera que trasladarla al taller de reparación. Y Gabriel García Cantero (*op. cit.*, pág. 384) también indica que la gratuidad de la garantía ha de interpretarse a la luz de la buena fe objetiva, lo cual implica afirmar que sería contrario a la misma, si el consumidor no llevase personalmente al establecimiento un bien mueble *fácilmente* transportable; en cambio, no habría gratuidad si el consumidor hubiere de asumir el transporte del coche averiado al taller. Comparte estas ideas Javier Avilés García (*op. cit.*, pág. 2758).

(44) De la misma opinión, M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, *ADC*, 1988, págs. 540-541.

(45) JUSTINO DUQUE, *EC*, núm. 3, 1984, págs. 77 y 79-80; RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La defensa...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 221; JOSÉ ANGEL TORRES LANA, «La garantía...», *Homenaje Lacruz*, vol. I, 1992, págs. 803 y 804; M.^a ANGELES PARRA LUCÁN, *ADC*, 1988, pág. 545; TOMÁS RUBIO GARRIDO, *ADC*, 1990, págs. 908-913, en particular págs. 910-911; GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, págs. 384, 387 y 388; y MANUEL PANIAGUA ZURERA, *CDC*, núm. 9, septiembre de 1991, pág. 142.

reaccionar ante la entrega de una cosa con vicios (entrega de cosa inútil). Sin embargo, se ha señalado que la posibilidad prevista por la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, de acudir en última instancia al saneamiento por vicios ocultos «puede quedar en agua de borraja si se entiende aplicable en estos casos el artículo 1.490 del Código Civil, pues en muchas ocasiones habrá transcurrido, desde la entrega de la cosa, el plazo de seis meses fijado para el ejercicio de la acción» (46).

Y sobre la indicación de la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, de que *la reparación o sustitución no fueren posibles o resultasen insatisfactorias*, la clave interpretativa está en la insatisfacción del consumidor —esto es, que el bien sigue sin ser apto en relación con sus legítimas expectativas—. El resultado insatisfactorio incluye, desde luego, la imposibilidad material de la reparación o la sustitución. No obstante, tampoco está de más la alusión a dicha imposibilidad física.

17. Recientemente las Instituciones Europeas han aprobado la *Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de las ventas y de las garantías de los bienes de consumo*. El plazo máximo dado a los Estados miembros para su incorporación es hasta el 1 de enero de 2002 (art. 11.1.I Direct.). Al igual que con la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU, no es en este comentario en donde ha de hacerse el estudio pormenorizado de la Directiva 1999/44/CE (47). Pero sí es procedente hacer unos breves e interesados apuntes.

(46) SUSANA QUICIOS MOLINA, DA 1.^a 9.^a LGDCU, *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, 1999, pág. 1005, núm. 28.

(47) Sobre los antecedentes de esta Directiva 1999/44/CE pueden consultarse: el *Libro verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa*, COM (93) 509 final; *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo* (presentada por la Comisión el 23 de agosto de 1996), DOCE, de 16 de octubre de 1996, C 307; *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo*, DOCE, de 14 de mayo de 1998, C 148, y *Posición Común (CE) núm. 51/98, aprobada por el Consejo el 24 de septiembre de 1998 con vistas a la adopción de la Directiva 98/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, DOCE de 30 de octubre de 1998, C 333.

Una visión general sobre la *Propuesta de Directiva de 1996*, M.^a CANDELAS SÁNCHEZ MIGUEL, «Las garantías de los consumidores en las compraventas transfronterizas», en *Estudios de Derecho Mercantil, Homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. II, 1998, págs. 1125 y sigs. A propósito de la *Posición Común de septiembre de 1998*, ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», en *ADC*, 1999, págs. 265 y sigs. Y sobre la *Directiva 1999/44/CE*, EVA JORDÁ CAPITÁN, «La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Consideraciones respecto de su repercusión en los regímenes de garantía legal y garantía

La Directiva 1999/44/CE contempla una relación de consumo estricto [art. 1.2.a) y b), Direct.]. El aspecto que de la compraventa regula, tiene que ver, en términos genéricos, con la *utilidad del bien, aspecto enfocado desde la perspectiva de obligación del vendedor, cuyo incumplimiento permite al comprador-consumidor ejercitar unos derechos*. Según la Directiva 1999/44/CE, el vendedor ha de entregar una cosa que sea conforme con el contrato (art. 2.1 Direct.). Tal conformidad se presume: si el bien de consumo [art. 1.2.b) Direct.] se ajusta a la *descripción* hecha por el vendedor y *posee las cualidades* del bien que el vendedor hubiere presentado al consumidor como muestra o modelo [art. 2.2.a) Direct.]; si el bien de consumo es apto para *un uso especial* que el consumidor haya requerido y puesto en conocimiento del vendedor en el momento de celebración del contrato, uso especial admitido por el vendedor [art. 2.2.b) Direct.]; si el bien de consumo es apto para *el uso a que ordinariamente se destinan los bienes del mismo tipo* [art. 2.2.c) Direct.]; y si el bien de consumo presenta *la calidad y las prestaciones habituales* de un bien del mismo tipo, las cuales el consumidor pueda fundadamente esperar, teniendo en cuenta la naturaleza del bien y, si las hubo, las declaraciones públicas hechas por el vendedor, productor o su representante sobre las concretas características del bien, en particular las hechas en la publicidad o en el etiquetado [art. 2.2.d) Direct.]; el art. 2.4 Direct. establece tres excepciones a la regla del art. 2.2.d)]. Ahora bien, el vendedor no responde de la falta de conformidad del bien de consumo —se entiende que ésta no existe— si, cuando la celebración de la compraventa, el consumidor *conocía* del defecto o *no podía fundadamente ignorarlo*, o la falta de conformidad se debe *a los materiales que dicho consumidor suministró* (art. 2.3 Direct.). Por otro lado, en ciertos casos la falta de conformidad derivada de una incorrecta instalación del bien de consumo *se equipara a la falta de conformidad* (art. 2.5 Direct.). [Es clara la influencia que la figura de la *no (o falta) de conformidad* del art. 35 de la *Convención de las Naciones Unidas sobre contratos de compraventa internacional de mercade-*

comercial en el ordenamiento jurídico español», en *CDC*, núm. 31, abril de 2000, págs. 127 y sigs.; JAVIER LETE ACHIRICA, «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*, 1999-4, págs. 1365 y sigs.; LUIS ANTONIO SANZ VALENTÍN, «La Directiva 1999/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, 1999-3, págs. 1073 y sigs.; JAVIER AVILÉS GARCÍA, *RCDI*, núm. 661, 2000, págs. 2780 y sigs., en particular a partir de la pág. 2786; PATRICIA CILLERO DE CABO, «Consideraciones en torno a la armonización europea en materia de venta y garantías de bienes de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español», en *EC*, núm. 57, 2000, págs. 147 y sigs.; v. asimismo, ANGEL CARRASCO PERERA/ENCARNA CORDERO LOBATO/PASCUAL MARTÍNEZ ESPÍN, «Transposición de la directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo. Propuestas de regulación, textos articulados y bibliografía», en *EC*, núm. 52, 2000, págs. 125 y sigs.

rías, de 11 de abril de 1980, ha tenido sobre la *no conformidad* del art. 2 de la Directiva 1999/44/CE] (48).

Si el bien de consumo resultó no conforme —lo cual ha de apreciarse en el momento de la entrega (art. 3.1 Direct.)— el consumidor puede exigir del vendedor, en primer lugar, *la reparación del bien o su sustitución*, ello sin gasto alguno y a salvo de que tales remedios resulten imposibles o desproporcionados (art. 3.3 Direct.). Ahora bien, si la reparación y la sustitución no pueden ser exigidas por el consumidor, o el vendedor no las hiciere en un plazo razonable, o no las llevare a cabo sin mayores inconvenientes al consumidor, éste podrá exigir, *o la reducción adecuada del precio, o la resolución del contrato* (art. 3.5 Direct.). No obstante, si la falta de conformidad es de escasa importancia, el consumidor no podrá resolver el contrato (art. 3.6 Direct.). Adviértase que la Directiva 1999/44/CE nada dice sobre la acción de indemnización de daños y perjuicios (no la regula).

La incorporación de esta Directiva 1999/44/CE *exige que nos planteemos cuál ha de ser su incidencia en la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU, así como en otras figuras que también ofrecen una solución al problema de la entrega de una cosa inútil, o no todo lo útil, de acuerdo con las legítimas expectativas incorporadas al contrato*. Entre estas figuras están, como mínimo, *el cumplimiento defectuoso (o incumplimiento) del vendedor por la entrega de cosa inhábil (inútil)*, lo que desencadena la aplicación de las acciones generales derivadas del incumplimiento —*cumplimiento* (arts. 1.096 y sigs. del Código Civil), *resolución* (art. 1.124 del Código Civil), *indemnización de daños y perjuicios* (arts. 1.101 y sigs. del Código Civil) (49)— y *el saneamiento por*

(48) Artículo 35 CV 1980: «1. El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada en el contrato./ 2. Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos:/ a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo./ b) Que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no sea razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor./ c) Que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador./ d) Que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas./ 3. El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) y d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato».

V. ANTONIO MANUEL MORALES MORENO, artículo 35 CV, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, 1998, págs. 286 y sigs.

(49) Es conocida la asentada línea jurisprudencial en la que el Tribunal Supremo afirma que hay *cumplimiento defectuoso (o incumplimiento) del vendedor*, cuando éste entrega una *cosa inhábil (inútil) con la consiguiente insatisfacción del comprador*, lo que permite acudir a la protección dispensada por los artículos 1.101 y 1.124 del Código

vicios ocultos —redhibitoria, *quanti minoris*, indemnización de daños y perjuicios (arts. 1.484 y sigs. del Código Civil)— (v. *supra*, núm. 8).

Pues bien, la implementación de la Directiva 1999/44/CE puede, en hipótesis y como mínimo, hacerse de las dos siguientes maneras:

a) Una consistiría en introducirla *sin más* en nuestro ordenamiento. Se haría mediante una ley (especial) que prácticamente se limitase a reproducir la Directiva 1999/44/CE, intentando por supuesto una mejora en la redacción y en la sistemática interna. Dicha ley preceptuaría *que los derechos conferidos al consumidor por la presente ley, lo son sin perjuicio de otros que pueda invocar por normas de responsabilidad contractual o extracontractual*. Por tal opción puede inclinarse el legislador español porque el apartado 1, del artículo 8 de la Directiva 1999/44/CE, preceptúa la norma que acabamos de indicar, y porque el apartado 2 del mismo artículo nos indica que la Directiva 1999/44/CE es directiva de mínimos (50). Esto significa que los Estados miembros pueden mantener o adoptar un mayor nivel de protección del consumidor que el exigido por la Directiva 1999/44/CE, siempre que las disposiciones que establezcan sean compatibles con el Tratado.

El admitir que en nuestro ordenamiento pueda haber una pluralidad de figuras que den solución a la entrega de cosa inútil o no todo lo útil, de conformidad con las legítimas expectativas incorporadas al contrato, pluralidad de figuras cuyas relaciones se rigen por la regla de la compatibilidad, a elección del comprador, puede ampararse en que el legislador español opta por superar el límite de la Directiva 1999/44/CE, dando además cumplimiento a la regla de la compatibilidad que dicha Directiva recoge con otros derechos del consumidor. Esas otras figuras que dan solución a la entrega de cosa inútil serían los ya mencionados del cumplimiento defectuoso (o incumplimiento) del

Civil; esto es, hay incumplimiento cuando el vendedor entrega una cosa distinta, o diversa, o un *aliud pro alio*, supuesto de hecho del incumplimiento que no puede confundirse con el del saneamiento por vicios ocultos de los artículos 1.484 y sigs. del Código Civil. No obstante, el Alto Tribunal reconoce la dificultad práctica, ante un caso dado, de calificarlo como cumplimiento defectuoso (incumplimiento) o como vicios ocultos. En otras ocasiones, el Tribunal Supremo señala que hay cumplimiento defectuoso (incumplimiento) del deudor, porque éste entregó cosa inhábil, inútil, *frustrándose el fin del contrato*. V. NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, 1996, págs. 183 y sigs., en particular a partir de la pág. 187, y comentario a la STS de 18 de abril de 1995, CCJC, núm. 39, 1995, págs. 977 y sigs., en particular a partir de la pág. 990.

(50) Artículo 8 de la Directiva 1999/44/CE: «Derecho interno y protección mínima./ 1. Los derechos conferidos por la presente Directiva se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual./ 2. Los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente Directiva, disposiciones más exigentes, compatibles con el Tratado, para garantizar al consumidor un nivel de protección más elevado».

vendedor por la entrega de cosa inhábil, del saneamiento por vicios ocultos y de la garantía del artículo 11.2 y 3, LGDCU, a las cuales se añadiría ahora la de la *no conformidad*, y ello, olvidándonos, además, de que el error y el dolo, vicios del consentimiento, también han dado solución a dicho problema (51).

No debe extrañarnos que esta opción pueda finalmente ser una realidad legislativa. Muchas de las leyes españolas de protección de los consumidores, que han respondido a la obligatoria incorporación de una directiva comunitaria, así han operado. Además, incluso podría llegar a afirmarse que en nuestro ordenamiento es típico y tradicional en las cuestiones en las cuales está implicada la utilidad del bien, *el aplicar la regla de la compatibilidad*. Por supuesto, esta última afirmación la hacemos en términos muy genéricos (luego es matizable).

b) La otra posible incorporación de la Directiva 1999/44/CE encierra una concepción de las cuestiones en que está presente la utilidad del bien, *totalmente distinta*.

Aunque pueda hallarse la causa —que es fundamentalmente histórica— no es razonable, o al menos a nosotros no nos lo parece, el que haya una pluralidad *no articulada o coordinada, entre sí*, de figuras que se pueden emplear en la solución de los casos en los que el vendedor entrega una cosa inútil, o no todo lo útil, de conformidad con las legítimas expectativas del comprador-consumidor. Dichas figuras —el cumplimiento defectuoso (o incumplimiento) por la entrega de cosa inhábil, el saneamiento por vicios ocultos, la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU, aparte del error y el dolo, vicios del consentimiento— aunque comparten que ofrecen una solución a un mismo caso, *son muy distintas en aspectos tales como los remedios que desencadenan, la carga de la prueba y los plazos de ejercicio de acciones*. Lo que ha sucedido es que nuestro legislador *ha procedido a diseñar las concretas piezas de protección, pero no se ha detenido a realizar el engarce que entre las mismas ha de mediar (la visión de conjunto del sistema)*. La afirmación de que no ha hecho el engarce se basa en que no se puede desde luego hablar del mismo, si nada se dice, o si se admite, sin más, la compatibilidad de todas las figuras, dejando que sean los autores y la jurisprudencia quienes se encarguen de hacer la coordinación (cfr. v.gr. el art. 7 LGDCU a coordinar con la DD de la LGDCU; v. *supra*, notas núms. 2 y 3).

Es cierto que la Directiva 1999/44/CE se limita a regular una figura, *la de la conformidad (o no conformidad)*. Pero comparando esta figura con las ya existentes en nuestro ordenamiento —cumplimiento defectuoso (o incumplimiento) por entrega de cosa inhábil, saneamiento por vicios ocultos y garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU— puede afirmarse *que la primera*

(51) NIEVES FENOY PICÓN, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa*. (Evolución del ordenamiento español), 1996, págs. 183-184 y 229 y sigs.

recoge el supuesto de hecho que las segundas comparten —la entrega de cosa inútil, o no todo lo útil, de acuerdo con las legítimas expectativas del comprador-consumidor— y que aquella contiene una ordenación de conjunto de la mayoría de las acciones que de forma desperdigada encontramos en las segundas —la reparación o sustitución como modalidades de la acción de cumplimiento, la reducción del precio y la resolución del contrato; no contempla en cambio la acción de indemnización de daños y perjuicios—.

Pues bien, podemos aprovechar la necesaria incorporación de la Directiva 1999/44/CE a nuestro ordenamiento para repensar, desde la perspectiva de conjunto del sistema, cómo diseñar la solución al problema de la entrega de cosa inútil. Quizá una válida propuesta sería derogar, para la relación de consumo contemplada por la Directiva 1999/44/CE, el cumplimiento defectuoso (o incumplimiento) por la entrega de cosa inhábil, el saneamiento por vicios ocultos, ambos del Código Civil, y la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU, y solucionarlo a través de la figura de la no conformidad. Tengamos presente, por otro lado, que la Directiva 1999/44/CE establece, además, una *razonable regulación* para uno de los aspectos que de modo relevante ha estado implicado, cuando, en el derecho interno, se ha ido a la búsqueda de figuras que den solución a la entrega de una cosa inútil. Nos referimos a los *plazos*, sea para que el defecto del bien se manifieste, sea para una posible denuncia, sea para el ejercicio de acciones.

La Directiva 1999/44/CE establece que la falta de conformidad ha de manifestarse en los *dos años* siguientes a la entrega del bien de consumo (art. 5.1, regla primera, Direct.); deja a los Estados miembros decidir cuál es el plazo de ejercicio de las acciones, aunque éste nunca podrá ser inferior a los *dos años* contados a partir de la entrega del bien de consumo [art. 5.1, regla segunda, Direct.; con la salvedad de que para los *bienes de segunda mano* los Estados miembros pueden admitir que el vendedor y el consumidor establezcan un acuerdo contractual por el que fijen un plazo menor de los contemplados en el art. 5.1 Direct., *plazo que nunca podrá ser inferior a un año* (art. 7.1.II Direct.)]; permite a los Estados miembros decidir si el consumidor ha de denunciar al vendedor la falta de conformidad, y si por ello optan, el plazo para su comunicación son *dos meses* desde su descubrimiento por el consumidor (art. 5.2.I Direct.); y se presume *iuris tantum* que toda falta de conformidad manifestada en los *seis meses* siguientes a la entrega del bien de consumo ya existía en dicha fecha, salvo que ello sea incompatible con la naturaleza del bien o la índole de la falta de conformidad (art. 5.3 Direct.) (52). *Estos plazos*

(52) La Directiva 1999/44/CE contempla, en otro aspecto, un plazo más. En relación a los remedios de la reparación o sustitución, por causa de la entrega de un bien de consumo no conforme, el artículo 3.3.III dice que «deberá llevarse a cabo en un *plazo razonable* y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor».

*nos parecen mucho más adecuados y razonables que el escueto de seis meses del saneamiento por vicios ocultos (art. 1.490 del Código Civil) y de la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU (art. 12.2 LOCM), y del desorbitado, por exceso, de quince años del cumplimiento defectuoso (o incumplimiento) por inutilidad de la cosa, o de la garantía del artículo 11.2 y 3 LGDCU [aquí depende de la postura que se defienda; v. *supra*, núm. 11, letra f)] —y en cuanto al error y dolo, vicios del consentimiento, habría otro plazo, el de cuatro años (art. 1.301 del Código Civil)—.*

Por descontado, lo anterior es una simple propuesta, propuesta que, al igual que la que expusimos en primer lugar [v. *supra*, núm. 17, letra a)], también respeta el artículo 8 de la Directiva 1999/44/CE. Respeto la regla de la compatibilidad de la no conformidad con otros derechos del consumidor (art. 8.1 Direct.), porque dicho precepto *no impone una petrificación del derecho interno. Podemos crear una única y específica figura para la entrega de cosa inútil al comprador-consumidor, cumpliendo el mandato de la Directiva 1999/44/CE, y la regla de la compatibilidad de derechos no operaría porque no habría lugar a su supuesto de hecho, el de la pluralidad de figuras que traten de un mismo caso. Por otro lado, ha de reconocerse que la compatibilidad siempre podrá operar, pues la Directiva 1999/44/CE no regula la acción de indemnización de daños y perjuicios y el consumidor puede sufrir daños en su persona (muerte, lesiones) o en sus otros bienes (hay compatibilidad como mínimo con este otro derecho).* Y, evidentemente, también se respetaría la regla de que la Directiva 1999/44/CE contiene la regulación mínima e imperativa —esto último en el sentido de que es de obligado cumplimiento por los Estados miembros— de la no conformidad, siendo opción de los Estados miembros el superarla o no (art. 8.2 Direct.). El legislador español optaría por incorporar el mínimo, y no por su superación, o esto último lo haría en otros aspectos.

Pero en esta propuesta no olvidamos que el campo aplicativo de la Directiva 1999/44/CE es *más reducido* que el del artículo 11.2 y 3 LGDCU. Ejemplo de lo que decimos, *entre otros*, es que suele entenderse que el artículo 11.2 y 3 LGDCU no se limita a la compraventa, sino que, con las oportunas adaptaciones, se aplica a otros contratos en los que se cede la propiedad o el uso del bien (53); o, y la presente sí que es una diferencia importante, la garantía del

(53) RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, «La defensa...», *Estudios jurídicos...*, 1987, pág. 219; GABRIEL GARCÍA CANTERO, artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992, pág. 378; JAVIER AVILÉS GARCÍA, *RCDI*, núm. 661, 2000, pág. 2740.

CARLOS MARTÍNEZ DE AGUIRRE afirma que la aplicación del artículo 11 LGDCU al *arrendamiento de bienes muebles* plantea problemas. Primero porque dicho artículo piensa en la compraventa, y no en el arrendamiento, además de que el artículo 11.3 LGDCU *no proporciona una respuesta eficaz a las necesidades del arrendatario* (por ejemplo, si se alquila un coche para un fin de semana y resulta que el entregado no funciona, al

artículo 11.2 y 3 LGDCU afecta no sólo al vendedor, sino también al productor con quien el consumidor puede no haber celebrado el contrato de adquisición del bien [v. *supra*, núm. 11, letra a)], etc.

En nuestra opinión, si se derogase el artículo 11.2 y 3 LGDCU y se sustituyese por la no conformidad de la Directiva 1999/44/CE, tales cuestiones habrían de ser objeto de regulación. Y por supuesto, no lo olvidamos, puesto que es la cláusula que estamos comentando, si la ley de incorporación de la Directiva 1999/44/CE incide en el artículo 11.2 y 3 LGDCU, derogándolo, habría que derogar subsecuentemente la DA 1.^a 9.^a II LGDCU (y ajustarla, si ello se estimase oportuno). Aunque, cualquiera que sea la forma en la que se incorpore la Directiva 1999/44/CE, entendemos, ya antes de la incorporación, que la solución de la derogación sin más de la DA 1.^a 9.^a II LGDCU, o su sustitución por otra redacción más acorde con el artículo 11.2 y 3 LGDCU, es lo que procede. Se puede, y podemos hacer intentos loables de propuestas interpretativas para coordinar la DA 1.^a 9.^a II, segunda parte LGDCU, con el artículo 11.2 y 3 LGDCU, puesto que si existe una norma habrá de aplicarse, pero también es verdad que hemos de plantearnos hasta dónde hemos de llegar en las interpretaciones subsanadoras de las normas.

BIBLIOGRAFIA

- ALFARO AGUILA-REAL, JESÚS, «El proyecto de ley sobre condiciones generales de la contratación: técnica legislativa, burocracia e intereses corporativos en el Derecho privado», en *RDBB*, julio-septiembre de 1997, núm. 67, págs. 839 y sigs.
- AMAT LLARI, M.^a EULALIA, «DA 1.^a 9.^a LGDCU», *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación. Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Condiciones Generales de la Contratación, Modificaciones de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, y de la Ley Hipotecaria*, coord. Ignacio Arroyo Martínez/Jorge Miquel Rodríguez, Madrid, 1999, págs. 370 y sigs.
- AVILÉS GARCÍA, JAVIER, «Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas», en *RCDI*, núm. 661, 2000, págs. 2727 y sigs. Cit. *RCDI*, núm. 661, 2000.

consumidor lo que le interesa es su *sustitución* lo antes posible, y no el pasar antes por una *reparación* que le supone una pérdida de tiempo). Por ello, el presente autor afirma que la garantía de la LGDCU nada aporta a la protección del consumidor-arrendatario de bienes muebles, salvo la interpretación consumerista de las restantes normas sustantivas aplicables a dicho contrato, entendiendo que con las normas del Código Civil puede ser suficiente (*EC*, núm. 16, 1989, pág. 120).

- BERCOVITZ ALVAREZ, GERMÁN, «DA 2.^a LGDCU», *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 1999, págs. 1331 y sigs.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, ALBERTO, «Ambito de aplicación y derechos de los consumidores en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *EC*, núm. 3, 1984, págs. 11 y sigs.
- «La protección de los legítimos intereses económicos de los consumidores», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, págs. 141 y sigs. Cit. «La protección...», *Estudios jurídicos...*, 1987.
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, RODRIGO, «La defensa contractual del consumidor o usuario en la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, págs. 180 y sigs. Cit. «La defensa...», *Estudios jurídicos...*, 1987.
- «Comentario a la STS de 20 de octubre de 1990», en *CCJC*, núm. 24, septiembre-diciembre, 1990, págs. 1075 y sigs. Cit. *CCJC*, núm. 24, 1990.
- «Comentario a la STS de 23 de mayo de 1991», en *CCJC*, núm. 26, abril-agosto, 1991, págs. 603 y sigs. Cit. *CCJC*, núm. 26, 1991.
- CARLÓN, LUIS, «La cláusula de garantía en la compraventa de maquinaria», en *RDM*, enero-marzo, 1973, págs. 39 y sigs.
- CARRASCO PERERA, ÁNGEL F.; CORDERO LOBATO, ENCARNA, 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 *EC*, núm. 52, 2000, págs. 125 y sigs.
- CASAS VALLÉS, RAMÓN, «La ejecución de obra sobre vehículos (el Real Decreto 1457/86, de 10 de enero, *BOE*, núm. 169, de 16 de julio: un desarrollo sectorial, en el marco de la LGDCU, de la regulación civil del contrato de arrendamiento de obra)», en *EC*, núm. 10, abril de 1987, págs. 69 y sigs.
- CILLERO DE CABO, PATRICIA, «Consideraciones en torno a la armonización europea en materia de venta y garantías de bienes de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español», en *EC*, núm. 57, 2000, págs. 147 y sigs.
- DE LA HAZA, PILAR, «Garantías de los productos», en *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, coord. Juan Ignacio Font Galán/Francisco López Menudo, Madrid, 1990, págs. 171 y sigs. Cit. «La garantía...», *Curso...*, 1990.
- DÍAZ ALABART, SILVIA, «Artículo 12 LOCM», en *Comentarios a la Ley de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica complementaria*, dir. José Luis Piñar Mañas/Emilio Beltrán Sánchez, Madrid, 1997, págs. 112 y sigs. Cit. Artículo 12 LOCM, *Comentarios LOCM y LO*, 1997.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, LUIS, *La prescripción en el Código Civil*, Barcelona, 1964.
- «Artículo 1.935 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, tomo II, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 2090 y sigs. Cit. Artículo 1.935 del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, 1993.

- DUQUE, JUSTINO, «La protección de los derechos económicos y sociales en la Ley General para la Defensa de los Consumidores», en *EC*, núm. 3, 1984, págs. 51 y sigs. Cit. *EC*, núm. 3, 1984.
- DUQUE DOMÍNGUEZ, JUSTINO F., y RODRÍGUEZ ARTIGAS, FERNANDO (Ponentes), *Anteproyecto de Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación de 1983*, Secretaría General Técnica, Centro de Publicaciones, Ministerio de Justicia, Comisión General de Codificación, Madrid, 1984.
- *Anteproyecto de Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1987 (segunda redacción)*, Boletín de Información, Ministerio de Justicia, año XLII, suplemento a los números 1478-1479, de 15 de enero de 1988.
- FENOY PICÓN, NIEVES, «Comentario a la STS de 18 de abril de 1995», en *CCJC*, núm. 39, 1995, págs. 977 y sigs.
- *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996.
- FONT GALÁN, JUAN IGNACIO, «El Derecho del consumidor entre códigos y Constitución: lugar de encuentro del Derecho Civil y Derecho Mercantil», en *Curso sobre el Nuevo Derecho del Consumidor*, coord. Juan Ignacio Font Galán/Francisco López Menudo, Madrid, 1990, págs. 39 y sigs.
- GARCÍA CANTERO, GABRIEL, «Artículo 11 LGDCU», en *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*, coord. Rodrigo Bercovitz/Javier Salas, Madrid, 1992, págs. 355 y sigs. Cit. Artículo 11 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992.
- GÓMEZ CORRALIZA, BERNARDO, *La caducidad*, Madrid, 1990.
- GONZÁLEZ PACANOWSKA, ISABEL, «Artículo 12 LOCM», en *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista. Comentarios a la Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista y a la Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista*, coord. Francisco José Alonso Espinosa/José Antonio López Pellicer/José Massaguer Fuentes/Antonio Reverte Navarro, Madrid, 1999, págs. 190 y sigs. Cit. Artículo 12 LOCM, *Régimen Jurídico General del Comercio Minorista*, 1999.
- JORDÁ CAPITÁN, EVA, «La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Consideraciones respecto de su repercusión en los regímenes de garantía legal y garantía comercial en el ordenamiento jurídico español», en *CDC*, núm. 31, abril de 2000, págs. 127 y sigs.
- LASARTE ALVAREZ, CARLOS, *Principios de Derecho Civil, Contratos*, tomo 3, 3.^a ed., septiembre de 1995.
- 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*, 1999-4, págs. 1365 y sigs.
- MARÍN LÓPEZ, JUAN JOSÉ, «Artículo 12 LOCM», en *Ordenación del comercio minorista. Comentarios a la Ley 7/1996 y a la Ley Orgánica 2/1996, ambas de fecha 15 de enero*, coord. Arimany/Manubens & Asociados, dir. Joaquín Tornos Mas/Juan José Marín López/Lluis Cases Pallarés/Esteban Arimany Lamoglia/Carlos Manubens Florensa, Barcelona, abril de 1996, págs. 108 y sigs. Cit. Artículo 12 LOCM, *Ordenación del comercio minorista*, 1996.

- MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, CARLOS, «Las condiciones de la protección eficaz de los consumidores en los contratos sobre prestaciones duraderas: conformidad y garantía», en *EC*, núm. 16, 1989, págs. 97 y sigs. Cit. *EC*, núm. 16, 1989.
- «Artículo 7 LGDCU», en *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, coord. Rodrigo Bercovitz/Javier Salas, Madrid, 1992, págs. 119 y sigs. Cit. Artículo 7 LGDCU, *Comentarios LGDCU*, 1992.
- MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, «El alcance protector de las acciones edilicias», en *ADC*, 1980, págs. 585 y sigs.
- «El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa», en *ADC*, 1982, págs. 591 y sigs.
- «Artículos 1.484 y sigs. del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, tomo II, dir. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Diez-Picazo y Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, págs. 953 y sigs. Cit. Artículos 1.484 y sigs. del Código Civil, *Comentario del Código Civil*, tomo II, 2.^a ed., Ministerio de Justicia, 1993.
- «Artículo 35 CV», en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Diez-Picazo y Ponce de León, Madrid, 1998, págs. 286 y sigs.
- «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», en *ADC*, 1999, págs. 265 y sigs.
- PAGADOR LÓPEZ, JAVIER, *La directiva comunitaria sobre cláusulas contractuales abusivas*, Madrid/Barcelona, 1998.
- PANIAGUA ZURERA, MANUEL, «La protección del adquirente no profesional de bienes muebles "defectuosos" en la compraventa mercantil, tras la Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios», en *CDC*, septiembre de 1991, págs. 111 y sigs. Cit. *CDC*, septiembre de 1991.
- PARRA LUCÁN, M.^a ANGELES, «LOS derechos mínimos del titular de la garantía del artículo 11 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *ADC*, 1988, págs. 523 y sigs. Cit. *ADC*, 1988.
- *Daños por productos y protección del consumidor*, Barcelona, 1990.
- «Artículo 12 LOCM», en *Comentarios a las Leyes de Ordenación del Comercio Minorista. Ley Orgánica 2/1996, de 15 de enero, complementaria de la de Ordenación del Comercio Minorista, y Ley 7/1996, de 15 de enero, de Ordenación del Comercio Minorista*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano/Jesús Leguina Villa, Madrid, 1997, págs. 198 y sigs. Cit. Artículo 12 LOCM, *Comentarios LOCM*, 1997.
- QUICIOS MOLINA, SUSANA, «DA 1.^a 9.^a LGDCU», en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 1999, págs. 991 y sigs.
- RUBIO GARRIDO, TOMÁS, «La "garantía" del artículo 11 LCU», en *ADC*, 1990, págs. 867 y sigs. Cit. *ADC*, 1990.
- SÁNCHEZ MIGUEL, M.^a CANDELAS, «Las garantías de los consumidores en las compraventas transfronterizas», en *Estudios de Derecho Mercantil, Homenaje al profesor Justino F. Duque*, vol. II, Valladolid, 1998, págs. 1125 y sigs.

- SANZ VALENTÍN, LUIS ANTONIO, «La Directiva 1999/44 CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», en *Actualidad Civil*, 1999-3, págs. 1073 y sigs.
- TORRES LANA, JOSÉ ÁNGEL, «La garantía en las ventas al consumidor», en *Estudios de Derecho Civil en Homenaje al profesor doctor José Luis Lacruz Berdejo*, vol. I, Barcelona, 1992, págs. 791 y sigs. Cit. «La garantía...», *Homenaje Lacruz*, vol. I, 1992.

NIEVES FENOY PICÓN
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Autónoma de Madrid