



UNIVERSIDAD DE MURCIA
FACULTAD DE DERECHO

**El Régimen de Garantías en los Productos de
Consumo**

D. Fernando López Alonso

2015

ABREVIATURAS MÁS UTILIZADAS

AAP	Auto de la Audiencia Provincial
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ADC	Anuario de Derecho Civil
art.	Artículo
CC	Código Civil
CCo	Código de Comercio de 1885
CE	Constitución Española
Directiva 1999/44/CE	Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo
Directiva 2011/83/UE	Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores
DOCE	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
ed.	Edición
INC	Instituto Nacional de Consumo
JPI	Juzgado de 1ª Instancia
LCCC	Ley sobre Contratos de Crédito al Consumo
LCD	Ley de Competencia Desleal
LCS	Ley del Contrato de Seguro
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000
Ley 3/2014	Ley por la que se modifica el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
LGDCU	Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios
LGPu	Ley General de Publicidad
LGVBC	Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo
LH	Ley Hipotecaria
LHMPSD	Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento
LMPS	Ley de Garantías y uso racional de los medicamentos y productos sanitarios
LOCM	Ley de Ordenación del Comercio Minorista
LOE	Ley de Ordenación de la Edificación
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LVPBM/1998	Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos de 1998
Op. cit.	"Ópere citato"
pg.	Página

pgs.	Páginas
pr.	Párrafo
RDAC	Real Decreto por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo
RDL	Real Decreto-Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
RH	Reglamento Hipotecario
SA	Sociedad Anónima
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
SJCA	Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo
SL	Sociedad Limitada
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
Título IV	Título IV del Libro II del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
TJCE	Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRLGDCU	Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias
Vol.	Volumen
UE	Unión Europea

ÍNDICE

	Página
JUSTIFICACIÓN DEL TEMA.....	15
CAPÍTULO I. REGULACIÓN DEL CC SOBRE LA FALTA DE CONFORMIDAD.....	19
1. ORÍGENES DE LAS DIFERENTES REGULACIONES.....	20
A. Saneamiento por vicios ocultos.....	20
a) Derecho Romano.....	20
b) Derecho Histórico Español.....	28
c) Codificación.....	30
d) Código Civil.....	32
B. Régimen general del incumplimiento de las obligaciones recíprocas (artículos 1101, 1124 y concordantes del CC).....	34
a) Derecho Romano.....	34
b) Derecho Histórico Español.....	38
c) Codificación.....	41
d) Código Civil.....	44
C. Error que invalida el consentimiento previsto en el artículo 1266 del CC.....	45
a) Derecho Romano.....	45
b) Derecho Histórico Español.....	53
c) Codificación.....	55
d) Código Civil.....	60
2. NATURALEZA DEL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS.....	62
A. Diferentes teorías sobre la naturaleza del saneamiento por vicios ocultos.....	62
a) Error en el consentimiento.....	62
b) Incumplimiento o cumplimiento defectuoso.....	64
c) Otras teorías.....	68
B. Análisis de las principales teorías sobre la naturaleza del saneamiento por vicios ocultos.....	73
a) Saneamiento por vicios ocultos e incumplimiento del vendedor.....	73
b) Saneamiento por vicios ocultos y error en el consentimiento dado.....	79
C. Coordinación de las acciones edilicias con otros regímenes.....	83
a) Incidencia de la jurisprudencia actual sobre el “aliud pro alio”.....	92

CAPÍTULO II. CONFORMIDAD DE LOS BIENES MUEBLES EN LA COMPRAVENTA DE CONSUMO. RÉGIMEN DEL TÍTULO IV DEL TRLGDCU.....	109
1. PRINCIPIO DE CONFORMIDAD DEL TÍTULO IV. INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	109
A. Doctrina.....	114
B. Jurisprudencia.....	118
C. Toma de posición.....	119
2. COMPATIBILIDAD DE LAS ACCIONES DEL TÍTULO IV.....	120
A. Incompatibilidad de las acciones del Título IV y el régimen de saneamiento por vicios ocultos del CC.....	120
a) Forma de colmar las lagunas legales del Título IV.....	123
(i) Doctrina.....	125
(ii) Jurisprudencia.....	126
(iii) Toma de posición.....	127
B. Incompatibilidad de las acciones del Título IV y el régimen general del incumplimiento.....	128
a) Doctrina.....	128
b) Jurisprudencia.....	128
c) Toma de posición.....	129
d) Defectos manifestados transcurridos dos años desde la entrega.....	130
(i) Doctrina.....	132
(ii) Jurisprudencia.....	132
(iii) Toma de posición.....	133
C. Indemnización por daños y perjuicios.....	134
a) Daño emergente y lucro cesante.....	140
(i) Daño emergente.....	140
(ii) Lucro cesante.....	141
(a) Doctrina.....	142
(b) Jurisprudencia.....	143
(c) Toma de posición.....	143
b) Daños morales.....	144
(i) Doctrina.....	144
(ii) Jurisprudencia.....	145
(iii) Toma de posición.....	147
D. Incompatibilidad de las acciones del Título IV y el régimen de vicios del consentimiento.....	149
(i) Doctrina.....	149
(ii) Jurisprudencia.....	151
(iii) Toma de posición.....	152
3. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO.....	155
A. Contratos a los que aplicar el régimen.....	156

a)	Contrato de compraventa y supuestos excluidos por el artículo 115.2 del TRLGDCU.....	156
(i)	Venta judicial, administrativa, notarial y realizada por administrador concursal.....	156
(a)	Doctrina.....	157
(b)	Toma de posición.....	160
b)	Contrato de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse.....	164
(i)	Doctrina.....	165
(ii)	Jurisprudencia.....	165
(iii)	Toma de posición.....	167
c)	Otros contratos.....	167
(i)	Doctrina.....	168
(ii)	Toma de posición.....	170
d)	Bienes obsequio en contratos de compraventa.....	172
(i)	Segunda unidad rebajada.....	173
(a)	Doctrina.....	173
(b)	Toma de posición.....	173
(ii)	2 x 1 ó 3 x 2.....	174
(a)	Doctrina.....	174
(b)	Jurisprudencia.....	175
(c)	Toma de posición.....	176
(iii)	Adquisiciones vinculadas a períodos de permanencia.....	177
(a)	Doctrina.....	177
(b)	Toma de posición.....	177
(iv)	Adquisiciones por acumulación de puntos o por remisión de pruebas de compra.....	178
(a)	Doctrina.....	178
(b)	Toma de posición.....	178
B.	BIENES A LOS QUE APLICAR EL RÉGIMEN.....	180
a)	Medicamentos.....	182
(i)	Doctrina.....	183
(ii)	Toma de posición.....	183
b)	Animales.....	184
(i)	Doctrina.....	185
(ii)	Jurisprudencia.....	185
(iii)	Toma de posición.....	187
c)	Obras de arte.....	189
(i)	Doctrina.....	189
(ii)	Toma de posición.....	191
d)	Software informático y similares.....	193
(i)	Doctrina.....	193
(ii)	Toma de posición.....	194
e)	Bienes incorporados a bienes inmuebles.....	195
(i)	Doctrina.....	197
(ii)	Jurisprudencia.....	198

(iii) Toma de posición.....	199
4. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO.....	199
A. Consumidor y usuario.....	200
a) Incidencia del ánimo de lucro en el concepto de consumidor y usuario.....	203
(i) Doctrina.....	210
(ii) Toma de posición.....	211
b) Persona jurídica como consumidor y usuario.....	216
(i) Bien usado por la propia persona jurídica.....	216
(a) Doctrina.....	216
(b) Toma de posición.....	219
(ii) Bien adquirido por persona jurídica usado por su administrador o socio.....	221
(a) Doctrina.....	222
(b) Jurisprudencia.....	222
(c) Toma de posición.....	222
c) Entidad sin personalidad jurídica como consumidor y usuario.....	224
(i) Doctrina.....	224
(ii) Jurisprudencia.....	225
(iii) Toma de posición.....	226
d) Sujetos que dan un uso mixto al bien de consumo.....	227
(i) Doctrina.....	228
(ii) Jurisprudencia.....	228
(iii) Toma de posición.....	230
e) Condición de consumidor y usuario del subadquirente.. ..	230
(i) Doctrina.....	231
(ii) Jurisprudencia.....	234
(iii) Toma de posición.....	235
f) Actuación del comprador a través de intermediario.....	237
(i) Actuación del intermediario por cuenta y en nombre del comprador.....	240
(ii) Actuación del intermediario por cuenta del comprador y en nombre propio.....	240
B. Vendedor.....	243
a) Ámbito de actuación empresarial o profesional del vendedor.....	244
(i) Doctrina.....	245
(ii) Jurisprudencia.....	245
(iii) Toma de posición.....	246
b) Actuación del vendedor a través de intermediario.....	246
(i) Actuación del intermediario por cuenta y nombre del vendedor.....	247
(a) Doctrina.....	247
(b) Toma de posición.....	249
(ii) Actuación del intermediario por cuenta del vendedor y	

en nombre propio.....	251
c) Administración Pública como vendedora.....	252
(i) Doctrina.....	252
(ii) Toma de posición.....	253
5. REQUISITOS DE LA CONFORMIDAD.....	253
A. Diferentes supuestos.....	253
a) Adaptación del producto a la descripción realizada y a las cualidades de la muestra o modelo.....	253
(i) Doctrina.....	254
(ii) Toma de posición.....	254
b) Adaptación del producto al uso especial del bien.....	255
(i) Aprobación del uso especial.....	255
(a) Jurisprudencia.....	256
(b) Toma de posición.....	257
(ii) Forma y prueba de que se ha acordado el uso especial.....	261
(a) Doctrina.....	262
(b) Toma de posición.....	263
c) Adaptación del producto a la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo y a las declaraciones públicas sobre dicho bien.....	263
(i) Calidad y prestaciones habituales en productos del mismo tipo.....	264
(a) Doctrina.....	265
(b) Jurisprudencia.....	265
(c) Toma de posición.....	266
(ii) Declaraciones públicas sobre características concretas del bien.....	271
(a) Doctrina.....	272
(b) Toma de posición.	272
d) Incorrecta instalación y/o uso.....	278
(i) Incorrecta instalación.	278
(a) Jurisprudencia.....	278
(b) Toma de posición.	279
(ii) Incorrecto uso.....	280
(a) Doctrina.....	280
(b) Jurisprudencia.....	281
(c) Toma de posición.	281
B. Acumulabilidad de los criterios de conformidad.....	282
a) Doctrina.....	283
b) Toma de posición.	283
C. Causas de exoneración.....	284
a) Doctrina.....	287
b) Toma de posición.....	289
D. Concurrencia de culpas.....	290
a) Doctrina.....	290

b) Toma de posición.....	291
E. Entrega del bien.....	292
a) Doctrina.....	294
b) Toma de posición.....	297
F. Transmisión del riesgo.....	298
a) Doctrina.....	301
b) Toma de posición.....	302
6. FORMAS DE SANEAMIENTO.....	305
A. Jerarquización de las formas de saneamiento y congruencia.....	306
a) Jurisprudencia.....	310
b) Toma de posición.....	315
B. Reparación y sustitución del bien de consumo.....	318
a) Plazo razonable en el que realizar la reparación o sustitución.....	320
(i) Doctrina.....	320
(ii) Jurisprudencia.....	321
(iii) Toma de posición.....	323
b) Reparación en caso de falta de conformidad por no presentar las condiciones declaradas públicamente.....	324
(i) Doctrina.....	324
(ii) Toma de posición.....	324
c) Prohibición legal de sustituir de productos no fungibles ni de segunda mano.....	326
(i) Bienes no fungibles.....	326
(a) Doctrina.....	326
(b) Toma de posición.....	327
(ii) Bienes de segunda mano.....	329
(a) Doctrina.....	329
(b) Jurisprudencia.....	330
(c) Toma de posición.....	331
d) Aplicación del plazo de garantía de dos años al producto sustituto.....	331
(i) Doctrina.....	332
(ii) Toma de posición.....	333
e) Reparación o sustitución del bien de consumo a costa del vendedor.....	334
(i) Doctrina.....	334
(ii) Jurisprudencia.....	335
(iii) Toma de posición.....	338
f) Suspensión del pago de las cantidades pendientes ante una falta de conformidad.....	340
(i) Doctrina.....	342
(ii) Jurisprudencia.....	344
(iii) Toma de posición.....	346
C. Rebaja del precio y resolución del contrato.....	347

a)	Solicitud directa de la rebaja del precio o de la resolución del contrato ante la imposibilidad de localización del vendedor..	348
(i)	Jurisprudencia.	348
(ii)	Toma de posición.	349
b)	Enriquecimiento injusto de quien resuelve y ha aprovechado del bien no conforme.	349
(i)	Doctrina.	353
(ii)	Jurisprudencia.	355
(iii)	Toma de posición.	357
c)	Obligación de devolver el bien de consumo con sus frutos e intereses.	358
d)	Nivel de gravedad en la falta de conformidad requerido para resolver el contrato.	359
(i)	Doctrina.	360
(ii)	Jurisprudencia.	361
(iii)	Toma de posición.	361
D.	Otros remedios como forma de saneamiento diferentes a la reparación, sustitución, rebaja o resolución.	362
a)	Doctrina.....	362
b)	Jurisprudencia.	363
c)	Toma de posición.	365
7.	RENUNCIA DE DERECHOS.	366
A.	Por el comprador.	366
a)	Doctrina.	367
b)	Jurisprudencia.	371
c)	Toma de posición.	374
B.	Por el vendedor.	376
a)	Doctrina.	376
b)	Toma de posición.	376
8.	PLAZOS.	377
A.	Existencia de la falta de conformidad y momento en que se manifiesta.	381
a)	Doctrina.....	381
b)	Jurisprudencia.....	382
c)	Toma de posición.	382
B.	Defectos que se manifiestan a los seis meses de la entrega.....	383
a)	Doctrina.....	385
b)	Jurisprudencia.	387
c)	Toma de posición.	391
9.	EXIGENCIA DE FORMA ESCRITA.	393
A.	Doctrina.	394
B.	Jurisprudencia.....	395
C.	Toma de posición.	396

10. ACCIÓN CONTRA EL PRODUCTOR.	398
A. Condiciones necesarias para ejercitar la reclamación contra el productor.	398
a) Doctrina.	400
b) Jurisprudencia.	401
c) Toma de posición.	406
B. Caracteres de la responsabilidad del productor.	408
a) Doctrina.	408
b) Jurisprudencia.	409
c) Toma de posición.	410
C. Imposibilidad o carga excesiva para el consumidor de dirigirse contra el vendedor.	411
a) Situaciones en las que considerar que al consumidor le resulta imposible o muy difícil dirigirse contra el vendedor.....	411
(i) Doctrina.	411
(ii) Jurisprudencia.....	412
(iii) Toma de posición.	413
b) Carga de la prueba sobre la imposibilidad o dificultad del consumidor para dirigirse contra el vendedor.	415
(i) Jurisprudencia.	416
(ii) Toma de posición.	416
D. Conceptos que se pueden reclamar al productor.	417
a) Imposibilidad de reclamar al productor la resolución del contrato o la rebaja en el precio.	417
(i) Doctrina.....	417
(ii) Jurisprudencia.	418
(iii) Toma de posición.	419
b) La reclamación al productor de los daños y perjuicios irrogados.....	421
(i) Doctrina.	421
(ii) Jurisprudencia.....	421
(iii) Toma de posición.	422
E. Intervención sobrevenida de vendedor o productor en un procedimiento en el que no es inicialmente parte.	422
(i) Doctrina.	425
(ii) Jurisprudencia.	426
(iii) Toma de posición.	427
11. REPARACIÓN Y SERVICIOS POSVENTA.	428
A. Existencia de consumibles para los bienes de naturaleza duradera.	430
CONCLUSIONES.....	435
ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA CITADA.....	443

BIBLIOGRAFÍA..... 457

JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

El presente trabajo versa sobre el régimen de garantías en la venta de productos de consumo y el principio de conformidad establecido en Título IV del TRLGDCU¹, el cual obliga al vendedor a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto.

Este régimen legal presenta la importancia suficiente como para merecer ser el objeto de estudio de este trabajo; tal y como se refirió en la descripción del Proyecto de la presente tesis, esta normativa tiene un eminente contenido práctico dado que se aplica diariamente en infinidad de ocasiones (basta recordar el dato facilitado entonces de que en el año 2010 el número de total de lavadoras, lavavajillas y frigoríficos de línea blanca vendidos ascendió a 3.609.000 unidades²). Desde la incorporación de este régimen a la legislación española en 2003 por la LGVBC, ha transcurrido más de una década, tiempo más que suficiente para que el Título IV haya sido estudiado en profundidad y modificado, posibilitando mostrar sus virtudes y sus defectos.

El citado principio de conformidad introducido por la LGVBC vino a alterar cómo se afrontaba el problema concerniente a la aparición de defectos en

¹ Este régimen sobre la venta de bienes de consumo será también referido en el presente trabajo como el *Título IV*, por recogerse en el Título IV del Libro II del TRLGDCU.

² Asociación Nacional de Fabricantes e Importadores de Electrodomésticos de Línea Blanca <<http://www.anfel.org/index.php/estadisticas-de-anfel/comparativa-anual>>, consultado a 29 diciembre, 2014.

el bien objeto de una compraventa. Por ello, como paso previo al análisis de este principio de conformidad y del régimen de garantías en los productos de consumo, resulta necesario analizar los diferentes remedios tradicionales que se han arbitrado para afrontar el problema referido a tales defectos: el saneamiento por vicios ocultos, el régimen general del incumplimiento de las obligaciones recíprocas (previsto en los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC) y el del error que invalida el consentimiento (recogido en el artículo 1266 del CC); para ello, será preciso analizar la evolución de cada uno de dichos regímenes desde sus orígenes hasta hoy en día.

Una vez realizado el estudio de estos tres regímenes, resultará posible examinar qué se entiende por el principio de conformidad regulado en el Título IV considerando cada uno de los artículos que se integran en tal título, debiendo de analizarse asimismo cuestiones directamente relacionadas con dicho Título IV cuya aplicación, sin embargo, no se agota en el mismo (por ejemplo, se estudiará el concepto del consumidor del art. 3 del TRLGDCU, aplicable no solo al Título IV, sino a todo el TRLGDCU). Si bien se analizarán tales cuestiones no incluidas en el Título IV pero relacionadas con el mismo, en esta tesis no se pretende realizar un estudio profundo de cada una de dichas cuestiones ya que ello excedería el objeto del presente trabajo.

Se estudiará la compatibilidad de las acciones del Título IV con los regímenes anteriormente mencionados (las acciones edilicias, el régimen general del incumplimiento y el de los vicios del consentimiento, en el cual se

incluye el error), determinando cómo se deben colmar las lagunas legales que puedan darse en dicho régimen del Título IV, considerando igualmente la posibilidad de que se produzcan daños y perjuicios por la falta de conformidad, los cuales puedan ser objeto de indemnización.

Se continuará exponiendo los supuestos en los que se aplica el Título IV, clarificando los contratos, bienes y sujetos afectados por dicho régimen, para después determinar qué circunstancias deben concurrir para que un bien de consumo se entienda no conforme.

Ante una falta de conformidad, el consumidor puede actuar solicitando la reparación del producto, su sustitución, la rebaja del precio o la resolución del contrato, de acuerdo con los artículos recogidos en el Título IV, previsiones que deben ser analizadas dado que, dependiendo de las circunstancias del caso concreto, harán que resulte aplicable una determinada forma de saneamiento u otra.

La renuncia de derechos del consumidor y/o del vendedor que han convenido la compraventa del producto no conforme, la posible exigencia de forma escrita del contrato concertado entre ambos y los servicios postventa son cuestiones a ser también analizadas sin dejar de lado dos circunstancias que pueden influir en la responsabilidad a afrontar por el vendedor: los plazos incluidos en el Título IV y la responsabilidad a la que pudiera hacer frente el productor por el bien defectuoso.

La garantía comercial adicional no es objeto de análisis pormenorizado dado que despierta menor interés que el resto de cuestiones planteadas en el presente trabajo.

Tras haberse analizado los aspectos expuestos en este apartado, resultará posible finalizar realizando unas conclusiones suficientemente fundamentadas sobre el objeto de estudio de la tesis.

CAPÍTULO I. REGULACIÓN DEL CC SOBRE LA FALTA DE CONFORMIDAD

Cuando se adquiere un bien en una compraventa, una vez entregado el producto puede ocurrir que dicho bien presente unos defectos que hagan que el producto adquirido no se corresponda con lo que fue determinado como objeto del contrato. Ante tal supuesto, cabe plantear la aplicación de tres regímenes³:

i) El saneamiento por vicios ocultos regulado en los artículos 1484 y siguientes del CC⁴.

ii) El régimen general del incumplimiento de las obligaciones recíprocas (artículos 1101, 1124 y concordantes del CC⁵).

³ En este apartado *CAPÍTULO I. REGULACIÓN DEL CC SOBRE LA FALTA DE CONFORMIDAD* se determinará qué régimen considerar aplicable al supuesto planteado sobre los defectos acaecidos en el bien objeto de compraventa. Entre los posibles sistemas aplicables, no se ha incluido el régimen sobre la venta en bienes de consumo determinado por los artículos 114 y siguientes del TRLGDCU, el cual será confrontado más adelante con aquel sistema que haya sido escogido en este CAPÍTULO I como aplicable al supuesto planteado.

⁴ Artículo 1484.

El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos.

Artículo 1486.

En los casos de los dos artículos anteriores, el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándose le los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos.

Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión.

⁵ Artículo 1101.

Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas.

Artículo 1124.

La facultad de resolver las obligaciones se entiende implícita en las recíprocas, para el caso de que uno de los obligados no cumpliere lo que le incumbe.

iii) El error que invalida el consentimiento previsto en el artículo 1266 del CC⁶.

Para un correcto entendimiento de la presente situación, parece adecuado exponer los antecedentes históricos de cada uno de estos regímenes⁷ para determinar cómo debe solventarse el supuesto planteado sobre los defectos acaecidos en el bien. Una vez expuestos los antecedentes históricos de cada régimen y determinada la naturaleza de dichos sistemas, podrá concluirse con mayor facilidad que régimen debe aplicarse a la situación expuesta.

1. ORÍGENES DE LAS DIFERENTES REGULACIONES.

A. Saneamiento por vicios ocultos.

a) Derecho Romano.

De acuerdo con GARCÍA GARRIDO⁸, el régimen de la compraventa en el Derecho Romano⁹ obligaba al vendedor ante el comprador:

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento o la resolución de la obligación, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. También podrá pedir la resolución, aun después de haber optado por el cumplimiento, cuando éste resultare imposible.

El Tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Esto se entiende sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1.295 y 1.298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria.

⁶ Artículo 1266.

Para que el error invalide el consentimiento, deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato, o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo.

El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiere sido la causa principal del mismo.

El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección.

⁷ Se ha realizado el examen de los antecedentes históricos conforme a los periodos considerados por MORALES MORENO, A. M.: Derecho Romano, Derecho Histórico Español y Codificación. "El alcance protector de las acciones edilicias", en ADC, tomo XXXIII, 1980, pgs. 594 a 623.

⁸ *Derecho Romano Privado*, 9ª ed., Dykinson, Madrid, 2000, pgs. 680 y ss.

- i) A la entrega de la cosa vendida.
- ii) A responder en caso de:
 - a. Dolo en el cumplimiento de su obligación; se plantea igualmente como posible que en el Derecho Clásico el vendedor estuviera asimismo obligado a responder en caso de culpa.
 - b. Evicción cuando el comprador fuera vencido en juicio por el verdadero propietario.
 - c. Vicios ocultos en la cosa.

Tomando como referencia la descripción del régimen de la compraventa en el Derecho Romano realizada por GARCÍA GARRIDO, para el ejercicio de estas obligaciones se establecían determinadas acciones¹⁰, las cuales posibilitaban al comprador exigir del vendedor el cumplimiento de las mismas:

- i) La “actio empti”¹¹:

⁹ Conforme a D’ORS Y PÉREZ-PEIX, A., tres son las etapas históricas en las que dividir el Derecho Romano: la época arcaica, la clásica y la post-clásica, siendo la más relevante la época clásica que versa del año 130 a. C. al 230 d. C. y coincide con el apogeo del imperio romano. Este periodo clásico se divide a su vez en la primera etapa clásica (del 130 al 30 a. C.), en la etapa clásica alta o central (del 30 a. C. al 130 d. C) y en la etapa clásica tardía (del 130 al 230 d. C.). *Derecho Privado Romano*, 8ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1991, pgs. 34 a 36.

¹⁰ A los efectos de dar una correcta exposición del desarrollo del régimen de los vicios ocultos hasta nuestros días, se debe hacer ahora referencia a la figura de la “actio doli”, acción que posteriormente será referida con ocasión del análisis de las acciones edilicias en el Derecho Histórico Español. En el Derecho Romano, aquella persona que hubiera sido víctima en un negocio jurídico del dolo ejercido por su contraparte, podía recurrir a la “actio de dolo”, de carácter penal y subsidiaria, para el recobro del valor del perjuicio sufrido, conforme a D’ORS Y PÉREZ-PEIX, A., *op. cit.*, pgs. 436 y 437.

¹¹ GARCÍA GARRIDO, M., *op. cit.*, pg. 679.

Por el consentimiento dado por comprador y vendedor, el primero venía habilitado para ejercitar la “actio empti” (acción de compra) y el segundo para el uso de la “actio venditi”¹² (acción de venta).

Con la “actio empti” el comprador podía reclamar tanto la cosa vendida como que se le mantuviese en el disfrute pacífico de lo adquirido (“habere licere”) cuando ocurría que el vendedor de la cosa no ostentaba la propiedad de lo vendido y el comprador era reclamado por el verdadero propietario de tal bien. En caso de que después de convenido el contrato, la cosa produjera frutos o diera acrecimientos, el vendedor venía obligado a su entrega al comprador.

Si bien ésta fue la configuración inicial de la “actio empti”, la última jurisprudencia clásica admitió que por tal acción adicionalmente también se pudiera exigir la garantía por evicción, que anteriormente tan solo se podía ejercer a través de la “actio ex stipulatio” cuando se hubiera previsto tal garantía en una estipulación; esta jurisprudencia entendió que la garantía por evicción formaba parte natural de la compraventa y por dicha causa se entendió procedente que tal garantía pudiera exigirse a través de la “actio empti”¹³.

ii) Las acciones edilicias sobre vicios ocultos¹⁴:

¹² ULPIANO, Digesto 19.1.13.19º pr.

§ 19.- *La acción de venta compete al vendedor para conseguir aquello que por el comprador debe dársele.* Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo I, 1ª ed., Editor Jaime Molinas, Barcelona, 1889, pg. 938. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/600/44.pdf>>, consultado a 19 marzo, 2013.

¹³ GARCÍA GARRIDO, M., *op. cit.*, pg. 697. En mismo sentido D’ORS Y PÉREZ-PEIX, A., *op. cit.*, pg. 547.

¹⁴ GARCÍA GARRIDO, M., *op. cit.*, pgs. 698 a 700.

Las siguientes situaciones se han presentado por D'ORS Y PÉREZ-PEIX¹⁵ como antecedentes de este régimen de las acciones edilicias:

- a. Se señala que, con anterioridad a que los Ediles Curules desarrollaran el régimen de las acciones edilicias, junto con la estipulación por la que se establecía la garantía por evicción se procedía a declarar por otra estipulación que el bien vendido carecía de defectos o a manifestar expresamente que dicho bien tenía determinadas cualidades, de modo que, en caso de incumplirse esta última estipulación, a través de la "actio incerti" el comprador podía exigir una indemnización al vendedor por el interés frustrado.
- b. Igualmente, en la venta con mancipación, cuando el vendedor realizaba una determinada declaración sobre la medida del fundo, en caso de que quedara defraudado el comprador éste podía utilizar la "actio de modo agri"¹⁶ por el valor del interés mermado; adicionalmente se señala que por la "actio empti" se podría exigir la disminución del precio o la resolución del contrato cuando i) se incumplieran los "dicta" o reconocimientos expresamente realizados por el vendedor sobre las cualidades del objeto

¹⁵ *Op. cit.*, pg. 549.

¹⁶ En este sentido GARCÍA GARRIDO, M., entiende que ante la declaración realizada sobre las medidas del fundo, las cualidades de lo vendido o la ausencia de defectos, en caso de quedar defraudado el comprador, éste podría acudir a la "actio de modo agri" y a la "actio auctoritatis". *Op. cit.*, pg. 698.

vendido o la ausencia de defectos o ii) se produjera en el comprador un engaño intencionadamente causado por el vendedor; la posibilidad de la resolución se limitaba a los casos en que el comprador probaba que, de haber conocido el defecto, no hubiera adquirido el producto.

Con estos antecedentes, los Ediles Curules desarrollaron el régimen del saneamiento por vicios ocultos para regular en los mercados la compraventa de esclavos y animales¹⁷; el comprador que acudía al mercado a adquirir uno de estos bienes se encontraba en posición de inferioridad frente al vendedor, de ahí que se desarrollara este régimen de especial protección para el comprador. Los

¹⁷ ULPIANO, Digesto 21.1.1.1^o y 2^o pr.

1. ULPIANO; *Comentarios al Edicto de los Ediles Curules*, libro I.—Escribe Labeón, que el Edicto de los Ediles Curules sobre las ventas de bienes se refiere tanto a las de los que son inmuebles, como a las de los que son muebles ó semovientes.

§ 1.- *Dicen los Ediles.*- “Los que venden esclavos, hagan sabedores a los compradores de la enfermedad o vicio que cada uno tenga, si alguno es fugitivo ó vagabundo, ó si no esta exento de noxa; y expresen todas estas cosas claramente y con verdad, cuando se vendieren estos esclavos. Mas si contraviniendo esto hubiese sido vendido un esclavo, o lo hubiese sido contra lo que se hubiere dicho ó prometido, cuando se vendiese, por lo que se dijere que debe responderse daremos acción al comprador, y a todos a quienes corresponde el negocio, para que sea devuelto el esclavo. Mas si en algo hubiere sido deteriorado después de la venta y de la entrega por culpa del comprador, de su familia, ó de su procurador, o si de él hubiere nacido, ó se hubiere adquirido algo después de la venta, y si alguna otra cosa se la hubiere agregado en el acto de la venta, ó si por esta hubieren ido algunos frutos a poder del comprador, para que restituya todas estas cosas. Asimismo para que si él hubiere prestado algunas accesiones, las reciba. De igual modo, si algún esclavo hubiere cometido fraude capital, o hecho alguna cosa para procurarse la muerte, ó hubiere sido echado á la arena para luchar con las fieras, exprésese todo esto en la venta; porque por estas causas daremos acción. Además de esto, daremos acción, si se dijere que contra esto vendió alguien á sabiendas con dolo malo”.

§ 2.- *La causa de proponer este Edicto es poner coto á las falacias de los vendedores, y amparar a los compradores, cualesquiera que hubieren sido engañados por los vendedores; pero sepamos que el vendedor, aunque haya ignorado lo que mandan los Ediles que se haga, debe no obstante quedar obligado. Y esto no es injusto, porque pudo saberlo el vendedor, y porque nada importa al comprador por qué sea engañado, si por ignorancia, ó por astucia del vendedor.*

Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo II, 1^a ed., Editor Jaime Molinas, Barcelona, 1892, pgs. 35 y 36. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/601/3.pdf>>, consultado a 19 marzo, 2013.

Ediles Curules, que tenían jurisdicción para dirimir las controversias surgidas con razón del comercio en los mercados públicos, exigieron en su Edicto que el vendedor realizara una “stipulatio duplae” conforme a un formulario que adoptaron declarando las enfermedades o defectos morales y/o físicos que presentaba el elemento vendido, debiendo pronunciarse asimismo sobre la posible comisión del esclavo vendido de actos que podían dar lugar a la responsabilidad noxal¹⁸; al vendedor se le hacía responder por el defecto grave¹⁹

¹⁸ Conforme a D'ORS Y PÉREZ-PEIX, A., por la “actio noxalis”, cuando un sujeto causaba daño a otro, la persona de quien dependiera el esclavo o hijo causante del daño podía optar por pagar la pena correspondiente o por la entrega de aquel causante del daño a quien resultó dañado. *Op. cit.*, pg 293.

¹⁹ ULPIANO, Digesto 21.1.1.7º - 9º pr.

§ 7.- *Pero se ha de saber, que en Sabino se halla definida así la «enfermedad»: habito de algún cuerpo contra lo natural, el cual hace su uso menos apto para aquello para lo que la naturaleza nos dio la sanidad de aquel cuerpo. Mas esto puede acontecer unas veces en todo el cuerpo, otras en parte de él -porque es enfermedad de todo el cuerpo, por ejemplo, la tisis, la fiebre, y de una parte, como la ceguera, aunque el esclavo haya nacido así-, y el vicio difiere mucho de la enfermedad, como si alguno fuera tartamudo, porque este más bien es defectuoso, que no está enfermo. Yo opino que los Ediles para quitar dudas dijeron dos veces lo mismo respecto de la misma cosa, para que no quedase duda alguna.*

§ 8.- *Por consiguiente, si hubiere habido algún vicio ó enfermedad tal, que impida el uso y el servicio del hombre, dará lugar á la redhibición, con tal que hayamos tenido presente, que cualquier cosa sumamente leve no hace ciertamente que sea considerado enfermo o defectuoso. Por lo tanto, una ligera calenturilla, o una quartana antigua, pero que sin embargo puede ya despreciarse, o una pequeña herida, no contiene en si ninguna culpa, porque no se haya declarado, porque estas cosas pudieron despreciarse, y así por ejemplo expresamos quiénes se dicen enfermos o defectuosos.*

§ 9.- *Pregúntase Viviano, si un esclavo que está entre los fanáticos, no perdiera siempre la cabeza, y hubiese profetizado algunas cosas, se considerará no obstante sano; y dice Viviano, que sin embargo este está sano; porque dice, que nosotros no debemos entender que algunos están menos sanos por defectos del espíritu; de otra manera, dice, sucedería que por esta razón negaríamos que muchos hasta lo infinito estaban sanos, por ejemplo, el ligero, el supersticioso, el iracundo, el contumaz, y los que tienen algunos otros defectos semejantes del espíritu, porque más bien se promete respecto a la sanidad del cuerpo, que respecto a los defectos del ánimo. Pero a veces, dice, el defecto corporal llega hasta el espíritu y lo vicia, como acontecería en el loco, porque aquel le hubiere provenido de calenturas. ¿Luego que se dirá, si el defecto del espíritu fuera tal, que debiera ser exceptuado por el vendedor, y sabiéndolo el vendedor no lo hubiese manifestado? Que queda él obligado por la acción de venta.*

Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo II, *op. cit.*, pgs. 36 y 37.

que disminuía el valor o la utilidad del esclavo o animal vendido, siempre que fuese oculto²⁰, anterior a la venta e ignorado por el comprador²¹.

En caso de presentarse dicho vicio oculto el comprador podía optar alternativamente por el uso de:

- a. La “actio redhibitoria” para la resolución del contrato, restituyéndose la cosa y el precio pagado, acción a ejercitarse en el plazo de dos meses (para el caso en que el vendedor se hubiera negado a realizar la estipulación) o en el de seis meses (para el caso en que el vicio se hubiera excluido en la declaración realizada por el vendedor o resultara que el bien no tenía las cualidades declaradas)²².
- b. La “actio aestimatoria” o “quanti minoris” por la que se procedía a la rebaja o a la reducción del precio correspondiente al menor

²⁰ ULPIANO, Digesto 21.1.1.6.

§ 6. *Si se conociera el vicio ó la enfermedad del esclavo, como muchas veces suelen manifestarse los defectos por algunas señales, puede decirse que no tiene aplicación el Edicto; porque solamente se ha de atender á esto, á que no sea engañado el comprador.*

Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo II, *op. cit.*, pg. 36.

²¹ PAPIANO, Digesto 21.1.54.

54. *PAPIANO; Respuestas, libro IV.- No há lugar á la acción redhibitorio, si hubiese huido el esclavo comprado con buenas condiciones, que antes había huido.*

Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo II, *op. cit.*, pg. 59.

²² GAYO, Digesto 21.1.28.

28. *GAYO; Comentarios al Edicto de los Ediles Curules, libro I. Si el vendedor no diera caución de las cosas que se contienen en el Edicto de los Ediles, prometen contra él la acción redhibitoria dentro de dos meses, ó la de cuanto importe al comprador, dentro de seis meses.*

Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo II, *op. cit.*, pg. 48.

valor del objeto vendido²³; esta acción debía ejercitarse en el plazo de un año o de seis meses dependiendo si el vendedor hubiera prestado o no la caución estipulatoria.

Debe referirse la diversidad de jurisdicciones existentes en el Derecho Romano: mientras que los Ediles Curules podían juzgar en su jurisdicción exclusivamente las acciones por ellos creadas, entre las cuales cabe incluir a estas acciones edilicias, al Pretor únicamente se posibilitaba conocer en su jurisdicción de las acciones civiles (la “actio empti”, por ejemplo) y de las pretorias de su propia creación; de esta manera, la “actio empti” no podía ejercitarse ante los Ediles ni las acciones edilicias ante el Pretor²⁴.

Dicha limitación del ejercicio de acciones en una determinada jurisdicción es la posible razón de que se expandieran ambos regímenes, la “actio empti” y las acciones edilicias: de una parte se señala²⁵ que la jurisprudencia del siglo I d.C. admitió que por la “actio empti” se pudiera reclamar la resolución del contrato o la reducción del precio correspondiente, teniendo como ventaja la “actio empti” la no sujeción a plazo alguno al ser una acción perpetua; de otra parte,

²³ ULPIANO, Digesto 19.1.13.1^a pr.

§ 1.-Asimismo, el que vendió un esclavo ladrón ó fugitivo, si verdaderamente á sabiendas, deberá responder de cuanto le importó al comprador no ser engañado; pero si lo hubiere vendido ignorándolo, se obliga ciertamente respecto al fugitivo á cuanto por menos lo hubiese de haber comprado, si hubiese sabido que era fugitivo, y en Cuanto al ladrón no se obliga. La razón de la diferencia es, que ciertamente no es lícito tener al fugitivo, y el vendedor se obliga por razón de cuasi evicción, pero podemos tener al ladrón. Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo I, op. cit., pgs. 935 y 936.

²⁴ MORALES MORENO, A. M., op. cit., pg. 596.

²⁵ GARCÍA GARRIDO, M., op. cit., pgs. 700 y 701.

se afirma²⁶ que Justiniano amplió el régimen por vicios ocultos a los bienes inmuebles, al igual que se amplió la “actio empti” ya que a través de dicha acción se pasó a poder solicitar la indemnización por vicios ocultos.

b) Derecho Histórico Español.

El eje fundamental sobre el que gira el Derecho Histórico Español, periodo que versa entre la redacción de los textos del Derecho Romano y la Codificación dada en España en el siglo XIX, se centra en Las Partidas, texto el cual se ha considerado cómo la norma básica para el análisis de la legislación española en tal periodo. Tres han sido los caracteres que se han destacado en la regulación de Las Partidas sobre los defectos del bien adquirido en una compraventa²⁷:

i) El comprador que arrendaba o adquiría un bien podía ejercitar determinadas acciones en su defensa cuando concurrían en el objeto del contrato gravámenes o vicios ocultos, acciones las cuales, en ocasiones, eran enumeradas de forma concreta.

ii) No existía un régimen jurídico único de vicios ocultos dada la presencia de un régimen diferente para la compraventa de animales (Partida 5.5.63²⁸) y otro para la venta de siervos (Partida 5.5.64²⁹); no se estableció un régimen específico para la venta de bienes muebles.

²⁶ D'ORS Y PÉREZ-PEIX, A., *op. cit.*, pg. 551.

²⁷ MORALES MORENO, A. M., *op. cit.*, pgs. 601 y 602.

²⁸ Partida 5.5.63.

Cómo se puede desfacer la vendida si el vendedor encubre la servidumbre, óp el cienso o la maldat que habie en la cosa que vendió.

Casa ó torre que debe servidumbre á otra ó que fuese tributaria vendiendo un home á otro, callando el vendedor et non aperciendo dello á aquel que la compraba, por tal razon como esta puede desfacer el

iii) No se calificaban ni denominaban las acciones a ejercitar por el comprador; simplemente se describían sus efectos.

En este periodo se continuaba diferenciando el régimen de las acciones edilicias de los sistemas de la “actio doli” y de la “actio empti”:

i) A la “actio doli” se le atribuye un carácter independiente y distinto que a las acciones edilicias³⁰.

ii) Al igual que se ha señalado en el Derecho Romano, se manifiesta³¹ que en el Derecho Histórico Español (a pesar de la diferenciación de acciones) se reconoce una superposición de regímenes entre la “actio empti” y las acciones edilicias ya que el campo de aplicación de cada acción se amplió hasta abarcar el mismo supuesto de hecho pudiendo ejercitarse las mismas acciones con el objeto de resolver la compraventa u obtener la devolución del exceso de precio pagado; se trata de encontrar una diferencia entre ambas figuras en el plazo de

comprador la vëndida, et es tenuto el vendedor de tornarle el prescio con todos los daños et los menoscabos quel vinieron por esta razon. Otrosi decimos que si vendiese un home á otro algunt campo ó prado que sopiese que criaba malas yerbas et dañosas para las bestias que las paciesen, et quando lo vendiese se callase que lo non quisieese decir al comprador, que es tenuto el vendedor por ende de tornar el prescio al comprador con todos los daños quel vinieron ende; mas si esto non sopiese el vendedor quando lo vendió non serie tenuto de tonar mas del prescio tan solamente.

Extraído de *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, tomo III, Real Academia de la Historia, Madrid, 1807, pg. 207. <<http://fama2.us.es/fde/lasSietePartidasEd1807T3.pdf>>, consultado a 19 marzo, 2013.

²⁹ Partida 5.5.64.

Cómo se puede desfacer la vëndida del siervo, si el vendedor encubre la tacha ó maldat dél.

Tacha ó maldat habiendo el siervo que un home vendiese á otro, asi como si fuese ladrón, ó hobiese por costumbre de foir a su señor o otra maldat semejante, destas, si el vendedor sabie esto et non lo dixo al comprador, tenuto es de rescebir el siervo, et tornarle el prescio con los daños et los menoscabos quel vinieron ende: et si non lo sabie, debe fincar el siervo al comprador. Pero tenuto es el vendedor de tornarle tanta parte del prescio quanto fuere fallado en verdad que valie menos por razon de aquella tacha. Eso mesmo decimos que serie si el siervo hobiese alguna enfermedat mala encubierta.

Extraído de *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, op. cit., pg. 207.

³⁰ MORALES MORENO, A. M., op. cit., pg. 615.

³¹ MORALES MORENO, A. M., op. cit., pgs. 610 a 612.

ejercicio de cada régimen: mientras las acciones edilicias se consideraban temporales, la “actio empti” se entendía que tenía carácter permanente pudiendo ser ejercitada en cualquier momento.

El hecho de que se pasara a entender que el plazo para ejercitar las acciones de saneamiento por vicios ocultos comenzaba a computarse en el momento en el que por el comprador se descubría el vicio (y no en el momento de la venta), junto a la ampliación del ámbito objetivo de dichas acciones edilicias (se entendió que se podían ejercer dichas acciones en la compraventa de bienes inmuebles y muebles, y en toda clase de animales y esclavos), provocó que se generalizara el ejercicio de las acciones edilicias en detrimento de la “actio empti”, acción que dadas estas circunstancias comenzó a perder interés para el estudio de la doctrina.

c) Codificación.

Del Derecho Histórico a través de la Codificación³² se llegó a la regulación que a día de hoy se encuentra vigente en materia de vicios ocultos, esto es, a los artículos 1484 y concordantes del CC.

³² Se adopta la acepción del término *Codificación* expuesta por ROCA GUILLAMÓN, J., quien describe como tal al fenómeno surgido a partir del siglo XIX el cual supone una renovación del orden jurídico y de la forma de manifestación de tal orden por la que el Derecho pasa a concretarse principalmente en los códigos. “Codificación y crisis del derecho civil”, en *Anales de derecho*, N^o 8, 1985, pg. 9. <<http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=53030&orden=352928&info=link>>, consultado a 3 de octubre, 2014.

Se destacan³³ como principales rasgos de la regulación de los vicios ocultos en la Codificación (que luego tendrán su reflejo en el Código Civil) los siguientes:

i) Desaparece el doble sistema de acciones de la “actio empti” y de las acciones edilicias, determinándose exclusivamente la posibilidad de ejercitar las acciones edilicias.

ii) Se crea un sistema especial para los vicios ocultos en la venta de animales que acabará configurando el régimen determinado por los artículos 1491 y siguientes del CC.

iii) Se produce una reducción en los plazos de ejercicio de las acciones edilicias. Así el plazo de ejercicio determinado por la Partida 5.5.65³⁴ para los vicios ocultos en las ventas de animales (que se generalizó según la doctrina a otros objetos³⁵) de seis meses para la acción redhibitoria y de un año para la estimatoria, se redujo hasta el plazo común determinado por la actual

³³ MORALES MORENO, A. M., *op. cit.*, pgs. 621 a 623.

³⁴ Partida 5.5.65.

Cómo se puede desfacer la vëndida del caballo ó de otra bestia, si el vendedor non dice ó encubre la tacha ó maldat dél.

Caballo, ó mulo ó otra bestia vendiendo un home á otro que hobiese alguna mala enfermedad ó tacha por que valiese menos, si lo sabe el vendedor quando la vende, débelo decir; et si lo non dice, luego quel comprador entendiere aquella enfermedat ó tacha fasta seis meses quel comprador entendiere aquella enfermedat ó tacha fasta seis meses puédela tornar al vendedor et cobrar el prescio que dio por ella, et el vendedor es tenuto de la rescebir, et tornarle el prescio maguer non quiera. Et si fasta los seis meses non demandase el prescio, después non lo podrie demandar, et fincarie la vëndida valedera, como quier que fasta un año pueda el comprador facer demanda á aquel quel vendió la bestia quel peche ó le torne tanta parte del prescio quanto fallasen en verdat que valie menos por razon de la tacha ó de la enfermedat que era en ella; et destos plazos adelante non podrie el comprador facer ninguna destas demandas. Et este tiempo de los meses et del año sobredicho se debe començar á contar desde el dia que fue fecha la vëndida.

Extraído de *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, *op. cit.*, pg. 208.

³⁵ MORALES MORENO, A. M., *op. cit.*, pg. 607.

regulación del CC (artículo 1490) de seis meses, el cual comienza a discurrir desde la entrega de la cosa vendida.

iv) Se considera el comportamiento doloso del vendedor a través de las previsiones del art. 1486.II del CC³⁶ (se había afirmado que en el Derecho Histórico Español el dolo del vendedor debía considerarse como una figura independiente y distinta de las acciones edilicias).

GARCÍA CANTERO³⁷, resumiendo la evolución del régimen de saneamiento por vicios ocultos desde su origen hasta las previsiones actuales del Código Civil, refiere que *la normativa romana, a través de Las Leyes 64, 65 y 66 del Título 5.º de la Partida 5.ª, llega al Proyecto de 1851 y sufriendo el influjo del Código Civil francés y de otros Códigos modernos, se plasma en el Anteproyecto de 1882-1888, antecedente inmediato de la legislación vigente, la cual, sin olvidar sus lejanos orígenes, posee originalidad propia en el ámbito comparativo de nuestro entorno cultural.*

d) Código Civil.

Para una correcta comprensión del presente trabajo resulta adecuado exponer brevemente qué requisitos hoy en día deben concurrir para la aplicación de tal sistema de vicios ocultos. Ya se ha manifestado que el citado régimen se recoge en los artículos 1484 y siguientes del CC; partiendo de dicho

³⁶ Artículo 1486.II.

Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción (optar por la acción redhibitoria o estimatoria) y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión.

³⁷ "Comentario al artículo 1483 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pg. 350.

artículo 1484 del CC, la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha delimitado qué circunstancias deben darse para aplicar tal régimen (STSS de 8 de julio de 2010 -RJ 2010\6027- y de 29 de junio de 2005 -RJ 2005\5921-): *Sistematizando la doctrina de los preceptos del Código Civil y la jurisprudencia relativos al saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida se pueden establecer estos principios:*

a) *que el vicio consiste en una anomalía por la cual se distingue la cosa que lo padece de las de su misma especie y calidad;*

b) *que es preciso que el vicio sea anterior a la venta aunque su desarrollo sea posterior;*

c) *que es preciso que el vicio no fuera conocido por el adquirente, ni cognoscible por la simple contemplación de la cosa teniendo en cuenta la preparación técnica del sujeto al efecto;*

d) *que ha de ser de tal naturaleza que haga la cosa impropia para el uso a la que la destina o disminuya de tal modo ese uso, que de haberlo conocido el comprador no lo hubiera adquirido o habría dado menos precio, es decir, que no se trata de que sea inútil para todo uso, sino para aquél que motivo la adquisición, si nada se hubiere pactado sobre el destino, debiendo entenderse que la cosa fue comprada para aplicarla al uso mas conforme con su naturaleza y mas en armonía con la actividad a que se dedicaba el adquirente (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1970).*

De acuerdo con el artículo 1486 del CC, la concurrencia de un vicio oculto en las condiciones señaladas da lugar a que el comprador pueda optar entre desistir del contrato (acción redhibitoria), abonándosele los gastos que pagó, o

rebajar una cantidad proporcional del precio (acción estimatoria o “*quanti minoris*”), todo ello en el plazo de seis meses, contados desde la entrega de la cosa vendida (artículo 1490 del CC)³⁸.

B. Régimen general del incumplimiento de las obligaciones recíprocas (1101, 1124 y concordantes del CC).

a) Derecho Romano.

Se afirma que en el Derecho Romano no existía un régimen general del incumplimiento de las obligaciones recíprocas en el sentido del sistema previsto por los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC (tampoco se reconoce existente tal régimen en el Derecho Histórico Español³⁹). En este periodo se reconocen ciertos antecedentes de la facultad resolutoria tácita en los contratos

³⁸ Considero necesario destacar las previsiones del artículo 1506 del CC el cual señala que *La venta se resuelve por las mismas causas que todas las obligaciones, y además por las expresadas en los capítulos anteriores, y por el retracto convencional o por el legal. Resultan significativas las previsiones de este precepto dado que se refiere que carece de todo contenido normativo y se limita a proporcionar un punto de apoyo sistemático para justificar la inclusión de las normas dedicadas al retracto convencional y al retracto legal dentro del Título dedicado al contrato de compraventa.* DÍEZ SOTO, C. M., “Comentario al artículo 1506 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), tomo VIII, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pg. 10662. En parecido sentido, GARCÍA CANTERO, G., refiere que la formulación de este precepto no resulta necesaria dado que ni el recordar que la compraventa se resuelve por las causas de extinción propias de los contratos ni la remisión general realizada a las causas de extinción tiene utilidad alguna; *no sirve para extraer ninguna consecuencia jurídica.* “Comentario al artículo 1506 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1999, VLEX-257136.

³⁹ MORALES MORENO, A. M., *op. cit.*, pgs. 609 y 610. FENOY PICÓN, N., asimismo entiende que no es hasta el siglo XIX cuando en nuestro Derecho se reconoce con carácter general la facultad resolutoria tácita en las obligaciones recíprocas. *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa*, 1ª ed., Centro de Estudios Regístrales, Madrid, 1996, pg. 154.

con prestaciones sinalagmáticas (se citan⁴⁰ como tales los siguientes pasajes del Digesto: 19.2.33⁴¹; 18.6.12⁴²; 18.6.14.1^o pr.⁴³).

Existe un común parecer⁴⁴ a la hora de considerar que en los contratos innominados, a través de la “conditio causa data causa non secuta”, se posibilitaba la resolución del contrato a quien había cumplido con sus obligaciones, aunque se matiza que en la legislación justiniana se limitó el uso

⁴⁰ MONTÉS PENADÉS, V., “Comentario al artículo 1124 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.), tomo XV, Vol. 1^o, 1^a ed., Edersa, Madrid, 1989, pg. 1177.

⁴¹ AFRICANO, Digesto 19.2.33.

33. [36.] AFRICANO; *Cuestiones, libro VIII.*- Si hubiera sido confiscado el fundo que me hubieres dado en arrendamiento, estás obligado por la acción de conducción á que me sea lícito disfrutarlo, aunque en ti no consista que no me cumplas esto. A la manera que, dice, si hubiese dado en arrendamiento la edificación de una casa, y se hubiese hundido el solar, estarás, sin embargo, obligado; porque también si me hubieres vendido un fundo, y antes que se me entregase libre hubiere sido confiscado, te obligarías por la acción de compra. Lo cual será verdad solamente para que restituyas el precio, no también para que me cumplas esto, si me importara más, que aquel se me entregara libre. Así, pues, opino, que se ha de observar lo mismo también respecto a la conducción, para que me restituyas el alquiler que yo hubiere pagado, por supuesto, de aquel tiempo en que yo no hubiere disfrutado; y no serás obligado á responder de más por la acción de conducción. Porque también si a tu lado colono se le prohíbe disfrutar el fundo por ti, ó por uno a quien tu puedas impedirle que lo haga, le responderás de tanto cuanto a él le hubiere importado disfrutarlo, en lo que se comprenderá también su lucro; pero si se le impidiere por uno á quien tú no pudieras prohibírselo por su mayor fuerza ó poder, no estarás obligado a nada más que a condonarle pensión, ó a devolvérsela.

Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo I, *op. cit.*, pgs. 963 y 964.

⁴² PAULO, Digesto 18.6.12.

12. PAULO; *Epítome del Digesto de Alfeno, libro III.*- Hallándose puesto en la vía pública, el Edil rompió unos lechos comprados; si hubiesen sido entregados al comprador, o en el hubiese consistido que no se entregaran, parece bien que el riesgo sea del comprador.

Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo I, *op. cit.*, pg. 925.

⁴³ PAULO, Digesto 18.6.14.1^o pr.

§ 1.- Si por huerto hubiesen desaparecido materiales comprados, después que hubiesen sido entregados, respondió que el riesgo era del comprador, y si no, del vendedor, pero que se consideran entregadas las vigas, que el comprador hubiese señalado.

Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo I, *op. cit.*, pg. 926.

⁴⁴ MONTÉS PENADÉS, V., *op. cit.*, pg. 1177. CASTÁN TOBEÑAS, J., caracteriza dicha facultad como excepcional. *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo III, 17^a ed., Reus SA, Madrid, 2008, pg. 147. MORALES MORENO, A. M., igualmente entiende que dicha atribución debe entenderse como una excepción. “El alcance protector de las acciones edilicias”, *op. cit.*, pg. 609.

de dicha “conditio causa data causa non secuta” al incumplimiento culposo de la parte contraria por aplicación de ciertos principios romanos.

Por el contrario, en los contratos nominados, se entiende que se podía establecer la posibilidad de resolver el contrato expresamente a través de la “lex commissoria”⁴⁵; sobre esta cuestión MONTES PENADÉS⁴⁶ señala que, ante la ausencia de una figura equivalente a esta acción de resolución tácita, debía acudir al pacto comisorio, si bien existían instituciones análogas:

i) En el contrato de enfiteusis se procedía a la resolución del mismo si el enfiteuta incumplía con su obligación de pago del canon durante tres años consecutivos o dos cuando el dueño directo se encontraba representado por la “Sanctissima magna Ecclesia vel alia venerabilis domus” (Novela 120, Capítulo 8⁴⁷).

⁴⁵ MORALES MORENO, A. M., “El alcance protector de las acciones edilicias”, *op. cit.*, pg. 609.

⁴⁶ *Op. cit.*, pg. 1177.

⁴⁷ Novela 120, Capítulo 8:

Mas si algún arrendatario ó enfiteuta de alguna cosa perteneciente ya á la santísima iglesia mayor, ya a otra venerable casa sita en cualquier lugar de nuestra república, deteriorase la cosa que ya ciertamente recibió, ó que después de ahora recibiere, o no hubiese pagado durante un bienio la pensión enfiteútica, que por el se prometió, o el canon de locacion, le damos licencia a la venerable casa, por la que se hizo la locación o la enfiteusis, para que exija lo que se debe por el tiempo anterior, y el antiguo estado de la cosa arrendado o dada en enfiteusis, y para que lo eche de la enfiteusis o del arrendamiento, sin que pueda promover contra las venerables casas acción alguna por las mejoras. Mas si no hubieren querido expulsarlo los susodichos administradores, mandamos que ciertamente se le exija lo que se conozca que debe por el arrendamiento o la enfiteusis, y que tenga el hasta el completo del tiempo prefijado la cosa que se le dio, y dé lo que se pactó. Mas si lo rehusara, les damos licencia a los preósitos de los venerables lugares para que con los bienes del mismo procuren la indemnidad de las venerables casas, no pudiendo tampoco en este caso pretender cosa alguna respecto a las mejoras.

Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo VI, 1ª ed., Editor Jaime Molinas, Barcelona, 1889, pgs. 415 y 416. <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/605/16.pdf>>, consultado a 19 marzo, 2013.

ii) En el contrato de arrendamiento procedía igualmente la resolución cuando el arrendatario no había satisfecho durante dos años la renta (Digesto 19.2.54.1º pr.⁴⁸, y Digesto 19.2.56⁴⁹).

iii) En el contrato de sociedad la insolvencia de uno de los socios podía dar lugar a su resolución (Digesto 17.2.14⁵⁰).

⁴⁸ PAULO, Digesto 19.2.54.1º pr.

§ 1.- *Se convino entre el arrendador y el arrendatario de un fundo, que durante el tiempo del arrendamiento, el arrendatario Seyo no fuera echado del fundo contra su voluntad; y si hubiese sido echado, que el arrendador Ticio pagase die de pena al arrendatario Seyo, o respecto de Ticio, que el arrendatario Seyo, si dentro del tiempo del arrendamiento quisiera dejarlo, estuviera pronto á pagar igualmente diez al arrendador Ticio y así lo estipularon recíprocamente; pregunto, ¿no pagando el arrendatario Seyo la pensión de dos años continuos, podrá ser lanzado sin miedo a la pena? Paulo respondió, que aunque nada se haya expresado en la estipulación penal respecto al pago de las pensiones, es, sin embargo, verosímil, que convinieron de este modo respecto á que no fuese expulsado el colono dentro del tiempo prefijado, si hubiere pagado las pensiones, y cultivase como corresponde; y que por esto, si el que no satisfizo las pensiones hubiere comenzado á pedir la pena, habrá de aprovecharle al arrendador la excepción de dolo.*

Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo I, *op. cit.*, pg. 968.

⁴⁹PAULO, Digesto 19.2.56.

56. [59.] *EL MISMO; Del Cargo de Prefecto de los Vigilantes, libro único.-*

Cuando, por no hallarse presentes durante largo tiempo los arrendadores, y por no pagar las pensiones de este tiempo, pretenden los dueños de almacenes y de casas abrirlos, e inventariar lo que en ellos hay, han de ser oídos por los funcionarios públicos á quienes incumbe; mas en estos casos debe guardarse el término de dos años.

Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo I, *op. cit.*, pg. 968.

⁵⁰ ULPIANO, Digesto 17.2.14.

14. *ULPIANO; Comentarios á Sabino, libro XXX.- Si se hubiere convenido entre los socios, que la cosa común no se divida dentro de cierto tiempo, no se entiende haberse convenido no separarse de la sociedad. Pero ¿qué, si se convino esto, no separarse, será válido? Discretamente escribió Pomponio, que en vano se conviene esto, porque aunque no se haya convenido, si no obstante se renunciara fuera del tiempo á la sociedad, hay acción de sociedad; pero aunque se haya convenido no separarse de la sociedad dentro de cierto tiempo, y se renunciara antes del tiempo, puede tener razón la renuncia, y no estará obligado con la acción de sociedad el que renunció por esto, porque no se le prestara cierta condición, bajo la cual se había constituido la sociedad. ¿O qué diremos, si de tal modo fuere injurioso y perjudicial el socio que no convenga tolerarlo,*

Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo I, *op. cit.*, pg. 870.

b) Derecho Histórico Español.

En este periodo sigue sin reconocerse la existencia de una facultad tácita para resolver un contrato con prestaciones sinalagmáticas cuando la contraparte incumplía con sus obligaciones tal y como hoy prevé el artículo 1124 del CC; sin embargo se muestran ciertas posibilidades de que una parte pueda resolver el contrato convenido en caso de incumplimiento de la parte contraria, aludiendo para ello a determinados pasajes de Las Partidas:

i) Partida 5.5.38⁵¹; en este pasaje se entiende regulado el pacto de “lex comisorio”⁵² (en este sentido se afirma⁵³ que en Las Partidas se vino a continuar con las posiciones seguidas en el Derecho Romano destacándose el uso del pacto comisorio para la resolución de los contratos).

⁵¹ Partida 5.5.38.

Quáles posturas o pleytos que facen el vendedor et el comprador entre son valederas.

Postura o pleyto que ponen entre sí el vendedor et aquel que compra la cosa dél, solo que non era contra las leyes desde nuestro libro nin contra buenas costumbres, debe seer guardado. Otrosi decimos que si el vendedor et el comprador ponen pleyto entre si, quel comprador pague el prescio á dia señalado, et si non lo pagare aquel dia que se desfecha por ende a véndida, que atal pleyto como este es valedero, et gana por ende el vendedor la señal o la parte del prescio quel fue dada, si al plazo nol fue fecha la paga toda o la mayor partida Della, et desfasese la véndida. Pero con todo eso en un escogencia es del vendedor de demandar todo el prescio, et facer que vala la véndida ó de revocarla teniendo para si la señal o la parte del prescio, segunt que desuso es dicho, et después que hobiese escogido una destas cosas sobredichas, non se puede después repentir de manera que dexe aquella por haber la otra. Otrosi decimos que si el comprador hobiese rescebido algunos frutos de aquella cosa que asi hobiese comprada, que lo debe tornar al vendedor, fueras ende si el que la vendió quisiera tornar la señal ó la parte del prescio que hobiese recibido, ca entonce non debe haber los frutos; pero si el vendedor quisiere los frutos, tenuto es de dar al comprador las despensas que hobiese fechas en cogerlos. Otrosi decimos que si la véndida se desfeciese, et la cosa fuese empeorada por culpa del comprador mientras que la él tovo, que es tenuto de mejorar al vendedor el empeoramiento.

Extraído de *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, op. cit., pg. 194.

⁵² FENOY PICÓN, N., op. cit., pg. 153.

⁵³ CASTÁN TOBEÑAS, J., op. cit., pg. 147.

ii) Partida 5.5.58⁵⁴; hay quien considera regulado en esta norma el contrato sometido por las partes a condición⁵⁵; algún otro autor⁵⁶ deduce de este precepto que en el contrato de compraventa solo cabía la resolución en caso de pacto.

iii) Partida 5.6.3⁵⁷; en esta Partida se entiende⁵⁸ reconocida la facultad para resolver una permuta en caso de incumplimiento de una de las partes.

iv) Partida 5.6.5⁵⁹; se deduce⁶⁰ de tal precepto que en el contrato innominado quien hubiera cumplido con sus obligaciones podía resolverlo

⁵⁴ Partida 5.5.58.

Cómo se puede desfacer la vëndida si el comprador non guarda el pleyto que puso sobrella. Muévense los homes a las vegadas á vender sus cosas por pleytos que les facen enante en las vëndidas, ó por cosas que les prometen, de manera que si esto non les prometiesen, dotra guisa non las querrien vender: et por ende decimos que quando alguno vendiese su cosa sobre tal pleyto, que conviene en todas guisas quel pleyto sea guardado; ca si lo non guardasen en la manera que fuese puesto, deshacerse hie por ende la vëndida. Mas si la vëndida fuese fecha dotra guisa que la non ficiesen señaladamente por razon de los pleytos, mas aveniéndose el comprador et el vendedor en la vëndida, meciesen después pleytos en razon Della, entonce valdre, et non se puede desatar maguer los pleytos non fuesen guardados; pero aquel que fizo la postura tenuto es de complir et de emendar al otro los daños et los menoscabos que vinieron por razon que non guardó el pleyto que fue puesto en la vëndida.

Extraído de *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, op. cit., pg. 205.

⁵⁵ FENOY PICÓN, N., op. cit., pg. 153.

⁵⁶ MORALES MORENO, A. M., “El alcance protector de las acciones edilicias”, op. cit., pg. 609.

⁵⁷ Partida 5.6.3.

Qué fuerza ha el camio.

Tal fueza ha el camio que es fecho por palabras et con prometimiento de lo complir, que si después alguna de las partes se quisiere repentir, la otra parte que lo quiere acabar et haber por firme, puede pedir al juez que mande a la otra parte que cumpla el camio, o quel peche los daños et los menoscabos quel vinieron porque lo non quiere acabar: er á estos menoscabos atales llaman en latin interesse. Mas si el camio fuese fecho tan solamente por palabras diciendo asi la una de las partes: quiero camiar tal cosa mia con vusco, et la otra parte dixiese simplemente que placie sin otro prometimiento, asi como sobredicho es, entonce bien se podrie arrepentir cualquier de las partes, et non serie tenundo de complir el camio ya comenzado que desta manera fuese fecho. Et si por aventura el camio fuese ya comenzado á complir por fecha de alguna de las partes, dando ó entregando la cosa que prometiera de camiar, et la otra después deso non quisiere dar lo que prometiera, entonce decimos que es en escogencia de aquel que lo complio de cobrar lo que dio ó de demandar al otro los daños et los menoscabos que vinieron por esta razon. Et estos menoscabos se deben judgar et pechar por jura de aquel que los debe rescebir, estimándolos primeramente el judgador.

Extraído de *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, op. cit., pgs. 210 y 211.

⁵⁸ FENOY PICÓN, N., op. cit., pg. 153.

⁵⁹ Partida 5.6.5.

cuando la contraparte no hubiera cumplido aquello a lo que se obligó; se ha defendido igualmente⁶¹ que resultaba procedente resolver en tal caso el contrato innominado, no solo de acuerdo con tal Partida 5.6.5, sino también con la Partida 5.14.41⁶² y la 5.14.43⁶³.

De los pleytos que son llamados en latin contractus innominati, que han semejanza con el camio. Contractus innominati en latin tanto quiere decir en romance como pleytos et posturas que los homes ponen entre si que non han nombres señalados, et son quatro maneras dellos: la primera es quando alguno da su cosa por otra, et este es el camio de que fablamos en las leyes ante desta; la segunda es quando alguna da su cosa á otro que non sean dineros contados porquel faga otra por ella: ca entonce decimos que si aquel no compliese lo que prometió, en su escogencia es del otro de demandarle la cosa quel dio por esta razon, ó quel peche los daños et los menoscabos que por ende rescebió, los quales deben seer creidos por su jura con estimación del judgador. La tercera es quando un home face á otro alguna cosa señalada porquel dé otra; ca si después de la hobiese fecha nol diese aquello quel habie prometido, puédelo demandar como por razon de engaño, et debel seer pechado con los daños et los menoscabos, asi como desuso deximos. La quarta es quando algunt home face alguna cosa á otro porquel faga aquel que la face otra por ella: et en esta decimos que quando alguna de la partes fizo o que debie, que puede demandar á la otra que cumpla lo que debie facer, o aquel peche los daños et los menoscabos que rescebió por esta razon, los quales deben seer estimados segunt sobredicho es. Mercadores son aquellos homes que señaladamente mas usan entre sí vender, et comprar et camiar una cosa por otra, porque las riquezas et las ganancias que facen comprando et vendiendo las allegan, et señaladamente en las ferias et en los mercados á menudo que los otros logares. Onde pues que en los titulos ante deste fablemos de las véndidas et de las compras et de los camios, queremos decir en este titutlo de los merca.

Extraído de *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, op. cit., pgs. 211 y 212.

⁶⁰ FENOY PICÓN, N., op. cit., pg. 153.

⁶¹ MORALES MORENO, A. M., “El alcance protector de las acciones edilicias”, op. cit., pg. 609.

⁶² Partida 5.14.41.

Quitando un home á otro alguna cosa quel debiese por otra, si non gela diese el otro, cuál dellas puede demandar.

Quitando un home á otro el pleyto que hobiese puesto con él por razon de alguna cosa quel debiese dar o facer, en tal manera que por el quitamiento se obligase el otro de nuevo á darle ó á facerle alguna cosa, si este á quien quito el primero pleyto nol cumple aquello quel prometió en el segundo, en su escogencia es del otro de facerle cumplir lo que prometio á postremas, ó de demandarle que cumpla el primero pleyto en la manera que era tenuto de lo cumplir ante que gelo quitase. Et non se puede excusar el otro que lo non cumpla asi por decir que del primero pleyto fuera ya quito, pues que él fizo contra aquello que debiera dar ó facer por el segundo pleyto por razon del quitamiento.

Extraído de *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, op. cit., pg. 343.

⁶³ Partida 5.14.43.

Como aquel que rescebió alguna cosa por facer otra, la debe tornar si non face lo que prometió.

Dan á las vegadas los homes unos á otros algunos cosas en razon de pagas sobre tal pleyto que les fagan por aquello que reciben dellos alguna cosa: et esto serie como si un homre diese á otro maravedies ó otra cosa cualquier porquel aforrase algunt siervo suyo que hobiese en su poder. Et por ende decimos que pues que la paga ha rescebida sobre tal pleyto, que es tenuto en todas guisas de facer lo que prometió ó de vinieron porque nol cumplió aquello quel prometió. Et lo que decimos en este caso ha logar en todos los otros en que los homes reciben alguna cosa en paga por otra que prometen de facer.

Extraído de *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, op. cit., pg. 344.

Debe mencionarse que en esta época, algunos autores⁶⁴ han situado el origen de las actuales previsiones del artículo 1124 del CC, concretamente en la doctrina desarrollada por BARTOLO en su análisis del Derecho Canónico⁶⁵ y de la infracción de la “fides prometida” al entender que no se debe observar lealtad a quien lealtad quebranta (“frangenti fidem non est fides servanda”); se alega que quien prometía solo quedaba obligado bajo juramento cuando la parte contraria cumplía con aquello a lo que se había comprometido.

c) Codificación.

Se reconoce⁶⁶ la Codificación como el momento en que se incorporó a nuestro Derecho este régimen del incumplimiento en las relaciones sinalagmáticas con apoyo en la doctrina francesa de DOMAT y POTHIER (hay quien estima como predecesor de ambos autores a DUMOULIN quien en el siglo

⁶⁴ MONTÉS PENADÉS, V., *op. cit.*, pg. 1178. MAGNO, D., *Studi sul negozio condizionato*, 1ª ed., Athenaeum, Roma, 1930, pgs. 223 a 225.

⁶⁵ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., sin nombrar a BARTOLO, sitúa la máxima “frangenti fidem non est fides servanda” como antecedente de la facultad de resolver las obligaciones recíprocas, si bien declara que expresamente que *el sistema de la resolución judicial de la Codificación no deriva directamente del Derecho Canónico, sino del antiguo Derecho Consuetudinario francés. Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2008, pgs. 810 y 811.

LÉVY, J. P., y CASTALDO, A., explican que la resolución por incumplimiento en los contratos con obligaciones recíprocas se considera implícita en la jurisprudencia del Parlamento Francés en el s. XIV; sin embargo sigue siendo confusa dicha figura dado que la delimitación de la nulidad no es clara. Estos autores defienden que desde finales del s. XII, se ha venido repitiendo el principio “frangenti fidem fides non est servanda” de forma que el consentimiento se produce en los contratos bajo la condición tácita “si fides servetur”. Señalan a DUMOULIN, C., como la persona que acomodó la jurisprudencia referida y la doctrina al mantener que cualquier contrato, típico o atípico, contiene tácitamente un pacto resolutorio. *Histoire du Droit Civil*, Dalloz, Paris, 2002, pg. 833.

⁶⁶ MORALES MORENO, A. M., “El alcance protector de las acciones edilicias”, *op. cit.*, pg. 609.

XVI habría ya reconocido tal facultad tácita para resolver los contratos innominados⁶⁷).

En nuestro Derecho se defiende⁶⁸ que, partiendo del Ordenamiento de Alcalá, en el Código de Comercio de 1829⁶⁹ ya se previó en una norma la facultad resolutoria tácita para el contrato de compraventa (el artículo 363 de dicho Código señalaba que *Cuando el vendedor no entregare los efectos vendidos al plazo que convino con el comprador, podrá ése pedir la rescisión del contrato, ó exigir la reparación de los perjuicios que le sigan por la tardanza, aun cuando ésta proceda de acciones imprevistos*), generalizándose posteriormente la facultad resolutoria para cualquier contrato con obligaciones sinalagmáticas (muestra de ello es que estableció tal facultad en 1889 en las previsiones del artículo 1124 del vigente Código Civil).

Por determinados autores⁷⁰ se defiende que la jurisprudencia anterior al Código Civil ya consideró la posibilidad de resolver los contratos en caso de incumplimiento de una de las partes en un contrato bilateral (se ha llegado a

⁶⁷ SALVADOR CODERCH, P., "Constitución española, compilación catalana y derecho supletorio: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1985", en *ADC*, tomo XXXIII, 1985, pg. 748.

⁶⁸ MORALES MORENO, A. M., "El alcance protector de las acciones edilicias", *op. cit.*, pgs. 609 y 610.

⁶⁹ Extraído de *Código de Comercio*, Oficina de L. Amarita, Madrid, 1829, pg. 164. <http://books.google.es/books?id=hZVmLthiZocC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>, consultado a 19 marzo, 2013.

⁷⁰ CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, pg. 147. SALVADOR CODERCH, P., *op. cit.*, pgs. 749 y 750. FENOY PICÓN, N., *op. cit.*, pg. 154. GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBAN, J. M., defienden tal posición aludiendo a una Sentencia de 29 de Enero de 1867 (no se especifica que tribunal emite tal resolución) la cual indica que *Todo contrato del que nacen obligaciones recíprocas, cuando por uno de los contratantes se falta á su cumplimiento, no es obligatorio respecto del otro. Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, tomo II, 14^a ed., Librería de Gabriel Sánchez, Madrid, 1886, pg. 220.

plantear el que la jurisprudencia antigua francesa entendiera procedente resolver tácitamente los contratos con obligaciones recíprocas, facultad derivada de la aplicación de la “lex commisorio” romana, aún en el caso de que no se hubiera establecido tal pacto comisorio, si bien tal planteamiento se ha descartado⁷¹).

En cualquier caso, la doctrina de la Codificación ya reconoce el posible ejercicio de tal facultad tácita resolutoria; sirvan como ejemplos de tal postura las posiciones mostradas por dos autores:

- i) De un lado, así se manifiesta GARCÍA GOYENA⁷² a propósito del artículo 1042 del Proyecto de Código Civil de 1851⁷³: *Nuestro artículo 1042 ilustra y fija este pago vago y oscuro en Derecho Romano y Patrio: la condición resolutoria va implícita, y se sobreentiende en todos los contratos bilaterales, porque se presume que ninguno quiere quedar obligado sino en el caso de que la otra parte cumpla su obligación.*

⁷¹ MAGNO, D., *op. cit.*, pgs. 223 y 224.

⁷² *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, Maxtor, Valladolid, 2010, pg. 80.

<http://books.google.es/books?id=ZzOtiyfC3zQC&pg=PA80&dq=se+sobreentiende+que+todos+los+contratos+bilaterales&hl=es&sa=X&ei=F48wUZjzCYW5hAeqx4G4Dw&redir_esc=y#v=onepage&q=se%20sobreentiende%20que%20todos%20los%20contratos%20bilaterales&f=false>, consultado a 19 marzo, 2013.

⁷³ Artículo 1042.

La condición resolutoria va siempre implícita en los contratos bilaterales, para el caso de que una de los contratantes cumpliera su obligación.

El perjudicado podrá escoger entre exigir el cumplimiento de la obligación o la resolución del contrato, con el resarcimiento de daños y abono de intereses, pudiendo adoptar este segundo medio aun en el caso de que, habiendo elegido el primero, no fuera posible el cumplimiento de la obligación.

El tribunal decretará la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que le autoricen para señalar plazo.

Extraído de GARCÍA GOYENA, F., *op. cit.*, pg. 79.

ii) De otro, GÓMEZ DE LA SERNA y MONTALBÁN⁷⁴ establecen que dentro de las condiciones resolutorias (aquellas donde *la intención de los contratantes que la ponen, no es de suspender la ejecución de lo convenido sino sólo obligar al acreedor á devolver lo que recibió, cuando se verifique la condición*) se encuentra la condición resolutoria tácita, que se debe considerar sobreentendida dado que resulta inherente a la naturaleza de los contratos, reconociendo expresamente la existencia de una *regla general en los contratos bilaterales, según la cual, cada parte se reputa obligada bajo la condición resolutoria de que la otra cumpla lo pactado.*

d) Código Civil.

Al igual que se hizo con el régimen de las acciones edilicias, resulta necesario exponer brevemente el régimen aplicable del artículo 1124 del CC en lo que respecta a la facultad resolutoria tácita en los contratos con prestaciones sinalagmáticas: ante el incumplimiento de una de las partes que convinieron un contrato con obligaciones recíprocas, aquel que cumplió con sus obligaciones puede solicitar de la contraparte que faltó a las suyas el cumplimiento del contrato o la resolución del mismo, junto con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos, siempre que se den los requisitos determinados por la jurisprudencia (por todas, la STS de 28 de junio de 2012 -RJ 2012\8603-); se exige *para la viabilidad de la acción resolutoria, según reiterada doctrina jurisprudencial, conforme a lo dispuesto en el artículo 1124 del Código Civil, de la concurrencia de los siguientes requisitos:*

⁷⁴ *Op. cit.*, pg. 220.

- 1) *La existencia de un vínculo contractual vigente entre quienes lo concertaron;*
- 2) *La reciprocidad en las prestaciones estipuladas en el mismo, así como su exigibilidad;*
- 3) *Que la parte demandada haya incumplido de forma grave las obligaciones que le incumbían, estando encomendada la apreciación de este comportamiento incumplidor al libre arbitrio judicial;*
- 4) *Que semejante resultado se haya producido como consecuencia de una conducta de este que de modo indubitado, definitivo e irreparable lo origine, conducta que tradicionalmente se definía como deliberadamente rebelde;*
- 5) *Que no se trate de obligaciones que, estando incorporadas a un contrato, tenga puro carácter accesorio o complementario, con relación a las prestaciones y contraprestaciones que constituyan el objeto principal del contrato, y*
- 6) *Que el accionante no haya incumplido las obligaciones que le concernían contractualmente, salvo si ello ocurriera como consecuencia del incumplimiento anterior de su contratante, pues la conducta de este es lo que motiva el derecho resolutorio de su adversario y lo libera de su compromiso.*

C. Error que invalida el consentimiento previsto en el artículo 1266 del CC.

a) Derecho Romano.

En el Derecho Romano se dio un tratamiento diferenciado al error en el consentimiento y a los vicios ocultos; dentro de este error, se distinguía entre el error en la sustancia y el que afectaba a las cualidades en la cosa, ofreciéndose

un régimen diverso a ambas figuras: el error en la sustancia daba lugar a la nulidad del contrato mientras que el error en las cualidades no producía tal efecto⁷⁵.

Atendiendo a los postulados planteados por MORALES MORENO⁷⁶, las previsiones del artículo 1266 del CC que regulan actualmente el error en el consentimiento se inspiran en el pasaje del Digesto sobre el “error in substantia” (18.1.9.2º pr.). Se mantiene que ULPiano reconocía en tal precepto que el “error in substantia” podía provocar la nulidad de la compraventa⁷⁷.

MORALES MORENO en su análisis recurre a los trabajos realizados por MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA mostrando su conformidad con lo afirmado por este último sobre el error en la sustancia: partiendo del entendimiento de que para ULPiano los términos “materia” y “substantia” resultaban sinónimos afirma que *los romanos no enfocaron el problema del error in substantia como un error en los motivos, sino como un error que determina la falta de identidad del objeto*⁷⁸; en este sentido, MORALES MORENO entiende que dicho error en la sustancia, como extensión del “error in corpore”, implicaba un “aliud pro alio” de carácter

⁷⁵ MORALES MORENO, A. M., señala expresamente que *Hay errores sobre el objeto que determinan la nulidad; así, el error sobre la existencia del objeto, el error in corpore y, en opinión de algún jurista, el error in substantia. El error en las cualidades de la cosa no produce, en cambio, la nulidad, aunque puede provocar otros efectos.* “Comentario al artículo 1266 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XVII, Vol. 1º B, 1ª ed., Edersa, Madrid, 1993, pg. 224.

⁷⁶ MORALES MORENO, A. M., “Comentario al artículo 1266 del Código Civil”, *op. cit.*, pg. 225.

⁷⁷ MORALES MORENO, A. M., afirma que el concepto del error en la sustancia de la cosa ofrecido por ULPiano dista de lo que actualmente se puede considerar como error en la sustancia conforme al artículo 1266 del CC, situación que más adelante se expondrá. “Comentario al artículo 1266 del Código Civil”, *op. cit.*, pg. 225.

⁷⁸ “Una aportación al estudio del «error in substantia» en la compraventa” en *ADC*, tomo XVI, 1963, pg. 93.

natural, esto es, referido a la composición química del objeto, no a la funcional⁷⁹.

El “error in substantia” sería algo más que un error acerca de ciertas cualidades del objeto, representaría en Roma una extensión de “error in corpore”; existiría, por tanto, un error sobre la identidad misma del objeto, manifestada en su composición química. El “error in substantia” romano por afectar de modo esencial a un elemento constitutivo del contrato determinaba, como el “error in corpore”, la nulidad del mismo.

En parecido sentido D’ORS Y PÉREZ-PEIX⁸⁰ analiza el pasaje de ULPIANO del Digesto 18.1.9⁸¹. A partir de este precepto que señala que *si yo creyera que compraba el fundo Cornellano y tu creíste que me vendías el Semproniano, puesto que disintimos en el objeto, es nula la compra*, este autor concluye que en la compraventa *no solo tiene relevancia el error en el objeto del negocio (“error in corpore*

⁷⁹ MORALES MORENO, A. M., “Comentario al artículo 1266 del Código Civil”, *op. cit.*, pg. 225.

⁸⁰ *Op. cit.*, pg. 488.

⁸¹ ULPIANO, Digesto 18.1.9.

9. ULPIANO: *Comentarios á Sabino, libro XXVIII.- Es sabido que en las ventas y compras debe mediar consentimiento, pero si disintieran, ó en la misma compra, ó en el precio, ó en alguna otra cosa, la compra queda imperfecta. Así, pues, si yo creyera que compraba el fundo Corneliano y tú creíste que me vendías el Semproniano, puesto que disintimos en el objeto, es nula la compra. Lo mismo es, si yo creí que te vendía a Stico y tú que a Pánfilo, que esta ausente; porque cuando se disienta sobre el objeto, es evidente que es nula la compra.*

§ 1.- *Si disintiéramos en el nombre, pero constase respecto el objeto, no hay duda alguna de que sean válidas la compra y la venta; porque en nada hace el error en el nombre, cuando consta respecto al objeto.*

§ 2.- *Por lo cual se pregunta, si no se errase sobre el objeto mismo, sino que el error estuviera en la sustancia, como si se vendiera vinagre por vino, bronce por oro, ó por plata plomo, ó alguna otra cosa semejante a plata, si habrá compra y venta, porque se consintió respecto al objeto, aunque se haya errado en la materia; yo ciertamente consiente en cuanto al vino, porque es casi la misma sustancia, si el vino se agrió; pero si el vino no se agrió, sino que desde el principio fue vinagre, como el adobo, se considera que se vendió una cosa por otra, más respecto a las demás opino que es nula venta, siempre que se yerra en la materia.*

Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo I, *op. cit.*, pgs. 890 y 891.

o in pretio”), sino en la cualidad esencial del mismo (“error in substantia”), que, en realidad es una manifestación del anterior.

GARCÍA GARRIDO⁸² a su vez describe dos posturas sobre el “error in substantia” en la cualidad de las cosas:

i) De una parte afirma que el “error in substantia” sobre la cualidad de las cosas no anulaba el consentimiento: el contrato se consideraba válido, aunque correspondiera al vendedor indemnizar al comprador por los vicios y defectos ignorados por este último. Este autor realiza tal conclusión a partir del pasaje del Digesto 18.1.9.2º pr. anteriormente citado y del expuesto por PAULO en el Digesto 19.1.21.2º pr.⁸³.

ii) De otra parte, apoyado en el pasaje del Digesto 18.1.41.1º pr.⁸⁴, manifiesta que el contrato debía reputarse nulo si ambas partes concurrían en un error sobre la cualidad esencial de la cosa, posición que afirma extendida por los juristas postclásicos quienes negaron que el contrato debiera considerarse válido cuando existiera un error en la sustancia en alguno de los contratantes.

⁸² *Op. cit.*, pg. 676.

⁸³ PAULO, 19.1.21.2º pr.

§ 2.- *Aunque antes hemos dicho, que cuando convenimos respecto á la cosa, pero disentimos sobre su calidad, hay compra, sin embargo, debe obligarse el vendedor a cuanto importa que no se haya causado engaño, aunque también lo ignore el vendedor, como si cual de cidra uno comprara mesas, que no lo son.* Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo I, *op. cit.*, pg. 891.

⁸⁴ JULIANO, 18.1.41.1º pr.

§ 1.- *Ignorándolo tú me vendiste, á mi que lo ignoraba, una mesa chapeada de plata, como de plata maciza; es nula la compra y se reclamará por la condición el dinero dado por tal motivo.* Según traducción de GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo I, *op. cit.*, pg. 898.

Deben examinarse de forma separada las posturas planteadas por estos autores para una adecuada comprensión. Si se analizan las tesis expuestas por D'ORS Y PÉREZ-PEIX y MORALES MORENO puede observarse como resultan compatibles y complementarias:

i) El "error in substantia" que provocaba el error de acuerdo con MORALES MORENO y MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA es una extensión del error "in corpore" que conllevaba "aliud pro alio" ontológico (falta de identidad del objeto) y no funcional.

ii) El ejemplo tomado por D'ORS Y PÉREZ-PEIX a catalogar como "error in substantia" en su cualidad esencial del bien comprado versaba sobre la compra del fundo Corneliano que se adquiere creyendo que se compra el Semproniano.

iii) Este supuesto sobre la adquisición del Fundo Corneliano en vez del Semproniano, bien podría entenderse como un "aliud pro alio" en el puro sentido ontológico (composición química; falta de identidad del objeto) y no funcional (cualidades del objeto), de acuerdo con la interpretación dada por MORALES MORENO.

iv) Ambos autores, D'ORS Y PÉREZ-PEIX y MORALES MORENO, estarían refiriéndose al mismo supuesto, "error in substantia", esto es, un "aliud pro alio" ontológico que afecta a las cualidades esenciales del objeto, error el cual daría lugar a la nulidad del contrato.

Con respecto a la postura expuesta por GARCÍA GARRIDO en el apartado i), aquella que señala que el "error in substantia" sobre la cualidad de las cosas no

anulaba el contrato, parece contraponerse a lo expresado por MORALES MORENO y D'ORS Y PÉREZ-PEIX, especialmente si atendemos a lo señalado por PAULO en el Digesto 19.1.21.2^o pr. [la compra de un objeto de calidad distinta debe considerarse válida; la adquisición de un bien de calidad distinta a la considerada (piénsese en el ejemplo planteado por el Digesto 18.1.41.1^o pr., compra de mesa chapada en plata que se creía de plata maciza) supondría "aliud pro alio" ontológico (falta de identidad del objeto sobre sus cualidades esenciales)] que para D'ORS Y PÉREZ-PEIX y MORALES MORENO conllevaría la nulidad del contrato.

Sin embargo la postura expuesta en el apartado ii) por GARCÍA GARRIDO y que se dice adoptada por los juristas postclásicos, aquella por la que debía declararse nula la compraventa en la que ambas partes creyeran que el objeto del contrato era una mesa chapada en plata que se creía de plata maciza, si podría identificarse con la postura sostenida por D'ORS Y PÉREZ-PEIX y MORALES MORENO que consideraba que el "error in substantia" sobre las cualidades de las cosas a identificar como un "aliud pro alio" ontológico conllevaba la nulidad del contrato.

De lo expuesto, parece poder extraerse una postura común en torno al "error in substantia" en las cualidades de las cosas en el Derecho Romano: este error en la sustancia que da lugar a la nulidad del contrato debe entenderse exclusivamente desde el punto de vista natural u ontológico que afecta a las

cualidades esenciales del objeto (composición química), falta de identidad del mismo.

Realizada tal afirmación sobre el “error in substantia” y su configuración como un “aliud pro alio” ontológico (falta de identidad del objeto), en mi opinión resulta fundamental analizar el pasaje del Digesto (18.1.9.2º pr.) en el cual se dice que se inspira el artículo 1266 del CC: se expone que el vino objeto de compraventa que se agria y se convierte en vinagre, no da lugar a la nulidad del contrato. Este caso sobre el vino que se agria y se convierte en vinagre, de acuerdo con lo señalado en el citado pasaje del Digesto (18.1.9.2º pr.), no conformaba un supuesto de error con suficiente entidad como para provocar la nulidad del contrato (“error in substantia” en el sentido que se ha afirmado que la doctrina daba a dicho concepto en el Derecho Romano, “aliud pro alio” ontológico).

Si bien este supuesto (vino agriado) no suponía un error en las cualidades de la cosa merecedor de la nulidad del contrato al no ser un “aliud pro alio” ontológico, si podría considerarse cubierto por el régimen por vicios ocultos:

i) De forma directa se afirma que en el Derecho Romano la nulidad del contrato era provocada por el error en la sustancia, pero no por el error sobre las cualidades de la cosa, llegando a plantear BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO que *las acciones edilicias habrían nacido precisamente para remediar la irrelevancia jurídica*

*del error sobre las cualidades de la cosa en el Derecho romano*⁸⁵; en parecido sentido PUIG BRUTAU⁸⁶ afirma que en el Derecho Romano, el error que afectaba a las cualidades no esenciales no conllevaba que el consentimiento que se había dado no se tuviese por válido; ante un objeto adquirido que se revelaba defectuoso, el comprador se encontraba protegido por las acciones edilicias basadas en los vicios ocultos del bien adquirido⁸⁷.

ii) De forma indirecta MORALES MORENO defiende que el error en las cualidades de la cosa, el cual no producía un “error in substantia” ni provocaba la nulidad del contrato, podía tener efectos de otra índole⁸⁸; entre dichos efectos podría incluirse la aplicación del régimen de los vicios ocultos.

Del análisis del Derecho Romano realizado, puede observarse como el régimen de vicios ocultos se concibió como un sistema nacido para remediar aquellos supuestos en que concurre un error en el consentimiento dado por el comprador sobre las cualidades no esenciales del objeto adquirido, error que no ha de considerarse “in substantia” en el sentido dado por el Derecho Romano (“aliud pro alio” entendido en el puro sentido natural, ontológico o sobre la materia; falta de identidad del objeto); se presentarían dos regímenes distintos (el error que da lugar a la nulidad del contrato y el saneamiento por vicios ocultos) con supuestos de hecho distintos (error en las cualidades esenciales y

⁸⁵ “Naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria”, en *ADC*, tomo XXII, 1969, pg. 781.

⁸⁶ *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, Vol. 1º, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1976, pg. 88.

⁸⁷ Tal protección de las acciones edilicias en el referido supuesto se declara por este autor vigente hoy en día lo que expresamente refiere que *produce cierta interferencia entre los artículos 1.266 y 1.484 de nuestro Código Civil. Op. cit.*, pg. 88.

⁸⁸ MORALES MORENO, A. M., “Comentario al artículo 1266 del Código Civil”, *op. cit.*, pg. 23.

error en las cualidades no esenciales) nacidos ambos de una misma vicisitud (la falsa representación de la realidad por el comprador sobre el objeto adquirido).

b) Derecho Histórico Español.

En lo que se ha denominado Derecho Histórico Español, se expone por FENOY PICÓN⁸⁹ que Las Partidas no regulaban de forma genérica el error en los contratos tal y como realiza hoy en día el artículo 1266 del CC, si bien existía algún supuesto concreto de error como el previsto en la Partida 5. 5. 21⁹⁰ (en esta Partida se establece como nula la venta de latón vendido por oro, de estaño por plata, del siervo presentado como hombre que resulta ser mujer, de mujer que, catalogada como virgen, no lo es...).

Analizando dichos ejemplos, que se consideran errores no accidentales que dan lugar a la nulidad del contrato, podría afirmarse que se continúa con los planteamientos heredados del Derecho Romano donde el “error in substantia” considerado como “aliud pro alio” ontológico era el que daba lugar a la nulidad del contrato.

⁸⁹ *Op. cit.*, pg. 126.

⁹⁰ Partida 5.5.21.

Cómo non vale la vëndida que ficieren engañosamente vendiendo una cosa por otra.

Latón vendiendo un home á otro por oro, ó estaño por plata ó otro metal cualquier uno por otro, non valdrie tal vëndida. Otrosi decimos que si un home vendiese á otro algunt siervo, et fuese fallado que era muger, et el comprador cuidando que era varon lo comprase, que non valdre tal vëndida, maguer aquel que la vendiese sopiese que era muger. Eso mesmo serie que non valdrie la vëndida si alguno vendiese á sabiendas alguna muger por virgen que lo non fuese; pero si él ficiese tal vëndida como esta cuidando que era la muger virgen, valdrie maguer que lo non fuese. Otrosi decimos que habiendo alguno dos siervos, el uno de un meester el otro de otro, si vendiese alguno dellos nombrando el nombre del uno et el meester del otro, si el señor era sabidor de los nombres dellos, aquel será vendido que nombró, maguer errarse en el meester; mas sin non fuese sabidor de los nombres, entonce aquel será vendido que señaló por su meester, maguer errase en el nombre.

Extraído de *Las siete partidas del Rey Don Alfonso el Sabio*, *op. cit.*, pg. 185.

i) En el Derecho Romano se producía la nulidad por el error in substantia (a catalogar como un “aliud pro alio” ontológico que suponía la falta de identidad del objeto)” aludiendo al ejemplo del pasaje del Digesto 18.1.9: *si yo creyera que compraba el fundo Cornellano y tu creíste que me vendías el Semproniano.*

ii) En el Derecho Histórico Español procedía la nulidad si se presentaba un error en la sustancia: se adquirió latón habiéndose manifestado que se vendía oro, se compró estaño y se alegó que lo vendido era plata, etc.

iii) Parecen presentarse supuestos muy similares (comprar el fundo Corneliano creyendo que se compra el Semproniano y adquirir latón pensando se compraba plata; comprar una mesa chapada en plata que se creía de plata maciza y adquirir una mujer catalogada como virgen que no lo es) que de concurrir, en ambos casos daban lugar a la nulidad del contrato por existir un error en las cualidades esenciales del objeto.

Este concepto de error en la sustancia en el Derecho Histórico Español podría conectarse con aquello que se entendía en el Derecho Romano de “error in substantia” que afectaba las cualidades esenciales (los supuestos de hecho previstos por ambas figuras resultan muy similares y comportan ambos la nulidad del contrato).

Parece que en el Derecho Histórico Español se seguían estableciendo dos supuestos diferenciados dentro del error en el consentimiento del comprador sobre el objeto adquirido; cuando se daba un error en la cualidad accidental debía acudir al saneamiento por vicios ocultos, sin embargo cuando el error

afectaba a una cualidad esencial correspondía aplicar el régimen del error que daba lugar a la nulidad del contrato.

c) Codificación.

FENOY PICÓN⁹¹ señala que en esta época se analiza el error desde dos perspectivas diferentes:

i) En la teoría general del contrato, se diferenciaba entre el error en la sustancia, que permite la anulación, y el error en la calidad accidental de la cosa, el cual la doctrina considera que podía ser relevante a través del saneamiento por vicios ocultos siempre que se dieran los requisitos necesarios para aplicar este último régimen.

ii) En el régimen específico del contrato de compraventa, se entiende que el error accidental no daba lugar a la anulación del contrato (como ejemplo de error en una cualidad accidental se citaba la venta de oro de buena calidad que se revelaba o resultaba de peores propiedades), si bien en dicho caso se posibilitaba accionar la reclamación por los daños causados (esta facultad de solicitar la correspondiente indemnización se negaba cuando el error accidental constituía un vicio oculto, caso en el que se debía aplicar dicho régimen).

Sin especificar un régimen determinado para la compraventa como FENOY PICÓN hace, MORALES MORENO⁹² diferencia entre dos tipos de errores a incluir en el error sobre las cualidades del objeto⁹³:

⁹¹ *Op. cit.*, pg. 126.

⁹² *El error en los contratos*, 1ª ed., Ceura, 1988, Madrid, pgs. 60 y 61.

i) El error en la sustancia de la cosa, el cual resultaba relevante.

ii) El error en las cualidades accidentales, que carecía de importancia excepto en los casos de dolo, lesión o existencia de un vicio oculto por tal error.

Tanto FENOY PICÓN como MORALES MORENO aluden a los trabajos realizados por ESCRICHE MARTÍN⁹⁴; este último autor señalaba que el error que recaía sobre cualidades accidentales no podía dar lugar a la anulación del contrato salvo dolo o lesión o si el error envolvía la existencia de un vicio oculto. Alega que *la estabilidad que el interés público reclama para las transacciones de los hombres no permite que bajo un ligero pretexto de error se pueda anular una convención*. Este autor establecía como ejemplo de un error en las cualidades accidentales del objeto la compra de una alhaja de oro que resultaba de calidad inferior a la creída, supuesto que no daba lugar ni a la nulidad del contrato ni a la disminución en el precio salvo en caso de concurrencia de alguna de las excepciones anteriormente expuestas.

GARCÍA GOYENA⁹⁵, a propósito del artículo 989 del Proyecto de Código Civil de 1851⁹⁶, sobre el error en la sustancia aludía a los ejemplos anteriormente

⁹³ Se van a considerar los trabajos de la doctrina del siglo XIX que ha entrado a analizar los preceptos del Digesto y de Las Partidas que se señalan como origen del error que da lugar a la nulidad, trabajos que se centran en el error en las cualidades esenciales y accidentales del objeto, no siendo considerados por tanto otros tipos de error que pueden surgir (error en la causa, otros errores en el objeto...).

⁹⁴ *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 3ª ed., Librería de la señora Viuda e Hijos de D. Antonio Calleja, Madrid, 1847, pg. 717. <http://books.google.es/books?id=YKtJW3amGeEC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>, consultado a 19 marzo, 2013.

⁹⁵ *Op. cit.*, pg. 21.

⁹⁶ Artículo 989.

expuestos del Digesto 18.1.9 y Partida 5.5.21, para exponer que el error en las calidades accidentales del objeto no daba lugar a la nulidad del contrato⁹⁷.

Puede apreciarse en la doctrina del siglo XIX una posición unánime sobre el error en las calidades accidentales del objeto, estableciéndose que su concurrencia no daba lugar a la nulidad del contrato, si bien podía provocar la aplicación de otros regímenes, entre los que incluir el de saneamientos por vicios ocultos, ocurriendo que esta concepción (la que defiende que el error en la sustancia que daba lugar a la nulidad del contrato exclusivamente era el que afecta a las calidades esenciales del objeto) parece haberse mantenido en la doctrina más actual.

Tal y como se adelantó en el análisis del error en el Derecho Romano, el concepto del error en la sustancia de la cosa ofrecido por ULPIANO presenta grandes diferencias con el concepto que actualmente se tiene de tal figura, dada la evolución que el “error in substantia” sufrió en la Codificación. El significado que se daba en el Derecho Romano al error en la sustancia se refería a la materia que formaba el objeto en el sentido dado por el Digesto 18.1.9.2º pr. (vinagre

Para que el error invalide el consentimiento ha de ser de hecho y debe recaer sobre la sustancia de la cosa que fuere objeto del contrato y no sobre la persona con quien se contrata, á no ser que la consideración de esta hubiera sido la causa principal del contrato.

El error de derecho no anula el contrato.

El error material de aritmética solo da lugar a su reparación.

Extraído de GARCÍA GOYENA, F., *op. cit.*, pgs. 18 y 19.

⁹⁷ El concepto que GARCÍA GOYENA, F., asignaba al error en la sustancia, se considera por inadecuado por MORALES MORENO, A. M., ya que este último autor interpreta que el primero identificaba el error en la sustancia o “in substantia” en el sentido romano, esto es, limitado al sentido material (error que recae sobre la materia o esencia de las cosas), cuando tal concepción debía ampliarse hacia una perspectiva no objetiva, a la materia de la obligación o al servicio que constituye la obligación. *El error en los contratos, op. cit.*, pg. 60.

por vino, bronce por oro o plata por plomo); por las posiciones mantenidas por POTHIER se amplió dicha concepción material del “error in substantia” dando entrada en tal concepto a las cualidades que movieron a una persona a contratar dado que dichas circunstancias constituyen la sustancia de la cosa, posiciones que se recogieron por nuestra doctrina considerándose que las cualidades debían formar parte del “error in substantia” (se citan como ejemplos de las cualidades que dieron motivo a celebrar el contrato y que deben tenerse en cuenta a la hora de considerar presente el error en la sustancia, las siguientes circunstancias: la autenticidad del bien adquirido en el comercio de obras de arte y la antigüedad del objeto comprado en el mercado anticuario)⁹⁸.

En este sentido, el concepto que GARCÍA GOYENA asignaba al error en la sustancia se considera inadecuado por MORALES MORENO⁹⁹ ya que aquel primer autor identificaba el error en la sustancia o “in substantia” en el sentido romano, esto es, limitado al sentido material (error que recae sobre la materia o esencia de las cosas), cuando, para este último, tal concepción debía ampliarse hacia una perspectiva no objetiva, que tuviese en cuenta las motivaciones que provocaron que un sujeto contratara.

Esta ampliación del significado del error en la sustancia parece haberse acogido hoy en día en el régimen del artículo 1266 del CC; sirve como ejemplo de ello la exposición realizada por CASTÁN TOBEÑAS quien determina que el

⁹⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, pg. 183.

⁹⁹ *El error en los contratos, op. cit.*, pg. 60.

“error in substantia” cabe definirlo como aquel error sobre la esencia o cualidades sustanciales *que afecta no a la identidad de la cosa, sino a la materia de que se compone (caso por ejemplo, de la compra de un objeto de plata sobredorada creyendo que es oro) o a determinados atributos o caracteres de la cosa, ajenos a su materia, pero que hayan podido ser estimados como esenciales de ella para los contratantes (se compra, por ejemplo, un cuadro de Goya y resulta que no lo es)*, descartándose que el error sobre las cualidades secundarias (“error en qualitate”) afecte a la validez del contrato¹⁰⁰. Puede observarse que esta definición dada por CASTÁN TOBEÑAS del concepto “error in substantia” abarca tanto el sentido objetivo como el subjetivo, concepción propugnada por MORALES MORENO.

En este sentido PUIG BRUTAU entiende que el error que da lugar a la nulidad del contrato en el Derecho Romano, que afectaba tan solo a la identidad de la cosa, se ha ampliado; este autor considera merecedor de la nulidad del contrato el error *sobre la materia de que está compuesta la cosa, o sobre aquellos elementos o cualidades de la cosa o del objeto del contrato que se han considerado decisivos*. De otra parte PUIG BRUTAU, al igual que CASTÁN TOBEÑAS, entiende que el error “in qualitate”, que versa sobre cualidades accidentales o no determinantes de la voluntad, no afecta a la validez del contrato¹⁰¹.

¹⁰⁰ *Op. cit.*, pgs. 644 a 646.

¹⁰¹ *Op. cit.*, pg. 87.

d) Código Civil.

Si bien sobre el error en el consentimiento se han adelantado en el apartado referido a la Codificación determinadas cuestiones concernientes a la regulación actual de tal régimen por resultar necesario para una correcta exposición del trabajo, se pasa a advertir sucintamente cuál es la configuración del error en el consentimiento hoy en día, especialmente en lo que al error en la sustancia se refiere, por ser tal error sobre el que se ha tenido que centrar la realización del presente trabajo.

Atendiendo a la clasificación realizada por CASTÁN TOBEÑAS¹⁰², el error (conocimiento falso de una cosa o de un hecho) puede resultar de hecho o de Derecho atendiendo a que recaiga sobre un hecho u objeto (error de hecho) o sobre la existencia, contenido o interpretación de una norma (error de Derecho).

Dentro del error de hecho se incluiría:

- i) El “error in negocio”, sobre la naturaleza o causa del contrato.
- ii) El “error in re”, sobre el objeto del contrato. A su vez, dentro del “error in re”, se comprenderían:
 - a. El “error in corpore” que concurre cuando se confunde la identidad del objeto del contrato.
 - b. El ya citado “error in substantia” que afecta a la materia de que se compone el objeto del contrato o a sus características esenciales desde un punto de vista subjetivo u objetivo. Este error es el

¹⁰² CASTÁN TOBEÑAS, J., *op. cit.*, pgs. 641 a 649.

previsto en el artículo 1266.I del CC y el que ha sido referido hasta ahora en el presente trabajo, el cual da lugar a la anulabilidad del contrato¹⁰³ siempre que concurren una serie de requisitos (STS de 6 de febrero de 1998 -RJ 1998\408- o de 20 de noviembre de 1989 -RJ 1989\7894-)¹⁰⁴.

c. El también referido “error in qualite” que versa sobre las cualidades secundarias.

d. El error “in quantitate” sobre la extensión o dimensión de la cosa.

iii) El error “in persona”, sobre la persona, en cuanto a su nombre, identidad o cualidad de ésta.

iv) El error sobre los motivos del contrato.

¹⁰³ Tal y como establece la SAP de Madrid de 14 de noviembre de 2012 (JUR 2013\8451), *dispone el artículo 1.265 que “será nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo”. Según el artículo 1.266 “para que el error invalide el consentimiento deberá recaer sobre la sustancia de la cosa que fuera objeto del contrato o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo. El error sobre la persona sólo invalidará el contrato cuando la consideración a ella hubiese sido la causa principal del mismo”. Conforme a ello, el error causante de la posible anulabilidad puede recaer sobre datos objetivos del propio acuerdo contractual cuanto respecto de la otra parte contratante: en el primer caso, suele hablarse de error esencial o sustancial; en el segundo, de error sobre la persona. CASTÁN TOBEÑAS igualmente determina como el acaecimiento del “error in sustantia” da lugar a la anulabilidad del contrato del artículo 1300 del CC. Op. cit., pg. 644.*

¹⁰⁴ Estas resoluciones judiciales refieren que la *Sentencia de esta Sala de 18 abril 1978 señala que «para que el error en el consentimiento invalide el contrato, conforme a lo dispuesto en el art. 1265 del Código Civil es indispensable que recaiga sobre la sustancia de la cosa que constituye su objeto o sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubieren dado lugar a su celebración -art. 1266.1.º y Sentencias de 16 octubre 1923 y 27 octubre 1964- que derive de hechos desconocidos por el obligado voluntariamente a contratar -Sentencias de 1 julio 1915 y 26 diciembre 1944- que no sea imputable a quien lo padece -Sentencias de 21 octubre 1932 y 16 diciembre 1957 - y que exista un nexo causal entre el mismo y la finalidad que se pretendía en el negocio jurídico concertado -Sentencias de 14 junio 1943 y 21 mayo 1963».*

2. NATURALEZA DEL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS.

A. Diferentes teorías sobre la naturaleza del saneamiento por vicios ocultos.

Por la doctrina se han mantenido diferentes posturas sobre la naturaleza de los vicios ocultos, de acuerdo con la exposición realizada por FENOY PICÓN¹⁰⁵. Se ha destacado que la delimitación del ámbito propio del vicio oculto *no es una tarea fácil, ya que depende de la perspectiva desde la cual se afronte y a lo que no ayuda la existencia de vínculos con otros mecanismos de tutela generales (artículos 1.266, 1.269, 1.300, 1.101 y 1.124 CC)*¹⁰⁶.

a) Error en el consentimiento.

Se defiende que los vicios ocultos deben considerarse una variante del error en el consentimiento dado por el comprador conforme a lo previsto por el artículo 1266 del CC. Esta concepción se justifica por FENOY PICÓN por el hecho de que cuando concurren unos vicios ocultos el comprador incurre en el error de considerar que la cosa que adquirió carecía de defectos, error que guardaría una identidad con el supuesto previsto en el artículo 1266 del CC ya que en el momento de celebrarse el contrato se habría configurado en el comprador una falsa representación de la realidad sobre las cualidades del objeto adquirido al considerar erróneamente que éste no tenía defectos¹⁰⁷. Por esta autora se alude a

¹⁰⁵ *Op. cit.*, pgs. 115 a 165.

¹⁰⁶ GARCÍA PÉREZ, C. L., "Comentario al artículo 1484 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), tomo VII, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pg. 10518.

¹⁰⁷ *Op. cit.*, pg. 138.

la STS de 6 de junio de 1953 (RJA 1953/ 1658)¹⁰⁸, que sitúa el fundamento de las acciones edilicias en el error en el consentimiento¹⁰⁹.

Entre los autores incluidos en esta concepción, la cual estima que las acciones edilicias configuran un supuesto de error en el consentimiento dado por el vendedor, se encuentran VICENTE Y GELLA y BADENES GASSET:

i) Para VICENTE Y GELLA¹¹⁰ las previsiones de los artículos 1266 y 1484 del CC guardan gran semejanza. Este autor compara lo manifestado en el primero de dichos preceptos (*error sobre aquellas condiciones de la misma que principalmente hubiesen dado motivo a celebrarlo*) con lo referido en el segundo de los citados artículos (*vicios o defectos que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella*) para concluir que estos dos preceptos contemplan un mismo supuesto de hecho (la no adecuación de la cosa comprada con los motivos que fijaron la voluntad del comprador) determinando la posibilidad de ejercitar distintas acciones con diferentes para plazos para ello (la acción de anulabilidad y la estimatoria o redhibitoria

¹⁰⁸ La STS de 6 de junio de 1953 establece *que el artículo 1.486 del Código Civil, que es de aplicación, del principio de nulidad del error...*

¹⁰⁹ Se ha podido examinar igualmente la SAP de Zaragoza de 27 de abril de 2011 (JUR 2011\240367) la cual hace referencia a dicha STS y establece expresamente que *El art. 1484 c. Civil ha sido explicado en muchas ocasiones desde la perspectiva del error, del que, a veces, ha sido considerado como una aplicación la nulidad por error (S.T.S de 6 de junio de 1953), discutiéndose en la doctrina sobre la compatibilidad entre las acciones edilicias y la acción de anulación por error y que Ciertamente en el art. 1484 C. Civil se contempla un error del comprador pues, por regla general, el vicio oculto comporta la ausencia de una cualidad determinante de la prestación del consentimiento del comprador.*

¹¹⁰ "La doctrina de los vicios y el cumplimiento "aparente" de los contratos", en *Homenaje a la memoria de Don Juan Moneva y Puyol*, 1ª ed., El Noticiero, Zaragoza, 1954, pgs. 571 y 572. <<http://www.derechoaragones.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=600682>>, consultado a 1 abril, 2013.

respectivamente). Se argumenta que la consideración de los vicios ocultos como una manifestación concreta del error se ha defendido por la doctrina alemana. VICENTE Y GELLA, aplicando la máxima de que la norma especial deroga la norma general, procede a declarar que cuando a una situación le es de aplicación tanto las previsiones del artículo 1266 del CC como las de 1484 del CC, deberá aplicarse este último precepto por ser su contenido más específico y concreto que el del artículo 1266 del CC.

ii) Para BADENES GASSET¹¹¹ la comparación de los artículos anteriormente citados (1266 del CC y 1484 del CC) da lugar igualmente a declarar que ambos preceptos expresan con diversas palabras la misma idea: de haber conocido el comprador las condiciones del objeto adquirido no habría convenido tal contrato; este autor cita la STS de 20 de abril de 1965 (RJA 1965/3744) en defensa de su postura. Aludiendo a las posiciones mantenidas por VICENTE Y GELLA en las que declara que el artículo 1484 del CC es complemento del artículo 1266 del CC, BADENES GASSET establece que cuando haya duda sobre qué régimen aplicar entre las previsiones de ambos preceptos, debe optarse por el del artículo 1484 del CC por su especialidad.

b) Incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

Igualmente se plantea que las acciones edilicias tienen su origen en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del vendedor: FENOY PICÓN expone esta postura afirmando que cuando se presenta un bien viciado en cierta

¹¹¹ *El contrato de compraventa*, tomo I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1979, pgs. 696 y 697.

manera se da un incumplimiento por parte del vendedor, postura que se apoya en las previsiones del CC: i) conforme al artículo 1461 del CC, el vendedor está obligado al saneamiento; ii) en aplicación del artículo 1474 del CC, en virtud del saneamiento el vendedor responderá frente al comprador de los vicios o defectos ocultos que tuviere la cosa vendida; iii) de acuerdo con el artículo 1484 del CC, el vendedor está obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida¹¹².

FENOY PICÓN sitúa entre los autores que fundamentan el origen del régimen de saneamiento por vicios ocultos en el incumplimiento o cumplimiento defectuoso del vendedor a BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, a GARCÍA CANTERO y a DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN.

i) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO¹¹³ diferencia la fundamentación de las acciones edilicias atendiendo a si la compraventa ha tenido por objeto una cosa específica o genérica: en el caso de la compraventa de cosa específica, indica que las acciones edilicias responden a la imposibilidad parcial de cumplimiento de la obligación contemplada en el párrafo segundo del artículo 1460 del CC¹¹⁴; en el caso de la compraventa de cosa genérica, señala que el supuesto de vicios ocultos representa un caso de incumplimiento del artículo 1124 del CC. Se

¹¹² *Op. cit.*, pg. 136.

¹¹³ *Op. cit.*, pgs. 833 a 835.

¹¹⁴ Artículo 1460.

Si al tiempo de celebrarse la venta se hubiese perdido en su totalidad la cosa objeto de la misma, quedará sin efecto el contrato.

Pero si se hubiese perdido sólo en parte, el comprador podrá optar entre desistir del contrato o reclamar la parte existente, abonando su precio en proporción al total convenido.

establece que por no resultar evidentes la imposibilidad parcial (compraventa de cosa específica) y el incumplimiento (compraventa de cosa genérica) al comprador en el momento de la entrega y recepción del bien objeto del contrato, se ha creado el régimen del saneamiento por vicios ocultos para evitar la indefensión del comprador.

ii) FENOY PICÓN¹¹⁵ considera que GARCÍA CANTERO sitúa el origen de las acciones edilicias en el incumplimiento del vendedor por las manifestaciones realizadas por este autor que catalogan la responsabilidad del vendedor por saneamiento como una forma de incumplimiento en sentido amplio (GARCÍA CANTERO expresa que el saneamiento por vicios ocultos configura una *obligación de carácter legal, que forma parte del contenido del contrato, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 1.258, deber que resulta diferente a la obligación de entregar el bien objeto de compraventa*¹¹⁶).

Este mismo autor especifica que el régimen de saneamiento por vicios ocultos tiene una naturaleza autónoma, cuyo fundamento se encuentra en la ley; para que dicho sistema sea aplicado indica que deben concurrir todos los presupuestos previstos en el CC, refiriéndose expresamente a la compatibilidad del citado sistema con la acción de impugnación basada en el error o en el dolo

¹¹⁵ *Op. cit.*, pg. 158.

¹¹⁶ "Comentario a la Sección Tercera. Del Saneamiento", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pg. 278.

y con la acción de resolución en los contratos con obligaciones recíprocas del artículo 1124 del CC¹¹⁷.

iii) DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, de acuerdo con FENOY PICÓN, considera a las acciones edilicias como un supuesto amplio de cumplimiento defectuoso¹¹⁸. Este mismo autor (junto a GULLÓN BALLESTEROS)¹¹⁹ sin embargo igualmente plantea¹²⁰ como posible considerar i) que un vicio oculto previsto en el artículo 1484 del CC supone un error sustancial; ii) que en el caso de que el vendedor vendiera el producto viciado conociendo una anomalía (o debiendo conocerla) y no manifestara su existencia, tal defecto conformaría un contrato viciado de dolo, y iii) que la compra de un objeto viciado supone la insatisfacción del interés del comprador que motivo su contratación.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS estiman que en las dos últimas situaciones referidas (tanto en el caso de que el vendedor vendiera el producto viciado conociendo -o debiendo conocer- el defecto no declarando nada al respecto, como cuando el objeto viciado no satisficiera el interés que movió al

¹¹⁷ "Comentario al artículo 1483 del Código Civil", *op. cit.*, pg. 353.

¹¹⁸ DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., a propósito de la STS de 16 de enero de 1930 en la que se aplica el artículo 1124 del CC resolviendo un contrato en el que una sociedad suministradora de maquinaria vendió e instaló al propietario de un molino unas máquinas para moler harina que no lograban poner en movimiento las dos ruedas de piedra de que constaba el molino en las que las correas tampoco cumplían su función dada la humedad del molino, señaló que el *incumplimiento defectuoso* (término que utiliza tal sentencia) es muy dudoso que resulte un supuesto de resolución ex artículo 1124. "El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos", en *ADC*, tomo XXII, 1969, pg. 388.

FENOY PICÓN señala que DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN en la citada obra indica que *las acciones edilicias son un supuesto, tipificado de la categoría más amplia de cumplimiento defectuoso* (*op. cit.*, pg. 159) si bien, quien suscribe, no ha apreciado que en dicha obra de DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN se realice por tal autor dicho razonamiento.

¹¹⁹ *Sistema de Derecho Civil*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pg. 308.

¹²⁰ *Sistema de Derecho Civil*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995, pg. 308.

comprador a adquirir) cabría resolver la compraventa acordada por aplicación del régimen general del incumplimiento; sin embargo, estos autores no determinan cuál es la naturaleza exacta de las acciones edilicias, si bien reconocen la tendencia del Tribunal Supremo a considerar compatible el ejercicio de las acciones edilicias y el de otras de carácter general como el error, dolo, incumplimiento o resarcimiento de daños y perjuicios.

c) Otras teorías.

Se van a describir brevemente otros razonamientos realizados por la doctrina sobre la naturaleza de las acciones edilicias:

i) Saneamiento por vicios como imputación del riesgo del carácter defectuoso de la cosa al vendedor. FENOY PICÓN defiende esta categoría aludiendo a lo manifestado por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, para quien la falta de cualidades en el objeto de la compraventa representa una imposibilidad originaria y parcial de la que debe responder el vendedor por la imputación del riesgo¹²¹, y por MORALES MORENO, quien estima que las acciones edilicias conllevan una atribución del riesgo al vendedor aunque sea de alcance limitado, dado que el vendedor aunque no haya actuado de mala fe, ha obtenido

¹²¹ Este autor declara expresamente que *en estos casos el riesgo lo crea quien pone en circulación la cosa, puesto que ésta tiene ese lastre virtual de ser viciosa. Ha de responder por el daño causado en la sociedad quien introduce en ella la causa de ese daño, en este caso, la mercancía. Esta idea puede aplicar a cualquier tipo de de compraventa, e incluso, de enajenación. Op. cit., pgs. 803 y 804.*

objetivamente un beneficio del defecto que se encontraba oculto, debiendo responder en correspondencia con dicho beneficio¹²².

ii) Saneamiento por vicios ocultos como remedio fundado en la responsabilidad del vendedor. FENOY PICÓN¹²³ expone la postura mostrada por MORALES MORENO quien defiende que las acciones edilicias constituyen una responsabilidad del vendedor cuando éste actúa de mala fe ya que su actuación dolosa altera el significado común del régimen de saneamiento por vicios ocultos dejando de fundamentarse en la atribución del riesgo para convertirse en una medida de responsabilidad.

Merece citar individualmente otros autores que presentan posiciones no totalmente coincidentes con los posibles orígenes de las acciones edilicias expuestos por FENOY PICÓN:

i) Esta misma autora, después de enumerar los posibles fundamentos del régimen de saneamiento por vicios ocultos, termina por concluir que la naturaleza de las acciones edilicias no puede describirse a través del prisma exclusivo de una de las opciones planteadas (error en el consentimiento, incumplimiento del vendedor...) dado que las acciones edilicias son

¹²² MORALES MORENO, A. M., defiende que el vendedor, que según los principios generales del Derecho de Obligaciones no tendría que responder de los defectos de la cosa, si actuó de buena fe y nada afirmó sobre ello, tendrá que hacerlo por virtud del saneamiento. A cambio, la responsabilidad por el riesgo va a ser limitada, en cuanto al tiempo (art. 1490 del CC) y en cuanto al contenido (art. 1486.I del CC); en todo caso inferior a la fundada en las reglas generales de responsabilidad contractual (art. 1107 del CC) "El alcance protector de las acciones edilicias", *op. cit.*, pgs. 681 y 682.

¹²³ *Op. cit.*, pg. 161.

*poliédricas*¹²⁴ al resultar las diferentes perspectivas planteadas parcialmente ciertas; TORRELLES TORREA, siguiendo a lo afirmado por FENOY PICÓN, señala que las acciones edilicias son *poliédricas, en el sentido de que pueden analizarse desde muy distintas perspectivas y se constata que ciertas justificaciones de las acciones edilicias no son incompatibles entre sí*¹²⁵.

ii) Por DE VERDA Y BELMONTE se descarta que las acciones edilicias vengan derivadas de la doctrina del error o que dicho sistema tenga su origen en el incumplimiento del vendedor de la obligación de saneamiento¹²⁶. Para este autor el régimen del saneamiento por vicios ocultos deriva de la opción realizada por el legislador, con origen en la configuración de las acciones en el Derecho Romano, de atribuir el riesgo objetivo de la compraventa al vendedor, dada la mayor facilidad del vendedor para conocer los vicios ocultos de la cosa vendida y la lógica consecuencia de que el vendedor, por haber creado el riesgo de la existencia del vicio oculto poniendo el bien defectuoso en el comercio, debe responder del citado riesgo¹²⁷; descartando su carácter resolutorio o anulatorio, se califica a la acción redhibitoria, como rescisoria (rescisión por lesión) ya que *la concurrencia en la cosa vendida de vicios ocultos y graves provoca la*

¹²⁴ *Op. cit.*, pg. 163.

¹²⁵ “El leve acercamiento de la ley de garantías de los bienes de consumo a la non-performance”, en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, LLAMAS POMBO, E. (coord.), tomo II, 1ª ed., La Ley, Madrid, 2006, pg. 821.

¹²⁶ “Sentido y alcance de la objetivización de la responsabilidad del vendedor por los vicios ocultos de la cosa vendida”, en *Revista Jurisprudencia Española La Ley*, tomo II, 2000, pg. 1678.

¹²⁷ *Op. cit.*, pgs. 1678 y 1679.

*quiebra inicial del sinalagma y la ruptura de la equivalencia de las prestaciones, con el consiguiente perjuicio económico del comprador*¹²⁸.

iii) Por MORALES MORENO¹²⁹ se descarta igualmente que el saneamiento por vicios ocultos venga motivado i) por el incumplimiento del vendedor de su deber de entregar la cosa sin defectos, ii) por el quebrantamiento del principio de equivalencia en las prestaciones (principio por el que el comprador a cambio de satisfacer el precio debe recibir un objeto libre de defectos), iii) por la ausencia en la base del negocio (se destaca la inexistencia del presupuesto tomado por vendedor y comprador para contratar ya que la apariencia comercial de las partes que representaron el objeto a transmitir sin vicio alguno se contraponen a la realidad dada la existencia de defectos en el objeto vendido) o iv) por la doctrina del error.

Para este autor la naturaleza de las acciones edilicias atiende a *una forma especial de responsabilidad del vendedor...fundada en la existencia de una responsabilidad de contenido delimitado*¹³⁰; el vendedor viene vinculado por la obligación de saneamiento a entregar el objeto del contrato sin vicios, razonamiento que sustenta en¹³¹:

- a. El origen y evolución histórica independiente de las acciones edilicias.
- b. La posición que este régimen ocupa en el CC.

¹²⁸ *Op. cit.*, pgs. 1680.

¹²⁹ "El alcance protector de las acciones edilicias", *op. cit.*, pgs. 661 a 679.

¹³⁰ "El alcance protector de las acciones edilicias", *op. cit.*, pg. 679.

¹³¹ "El alcance protector de las acciones edilicias", *op. cit.*, pg. 681.

- c. El supuesto de hecho contemplado por este sistema centrado en la existencia de vicios ocultos y no en el incumplimiento de un deber de prestación que obliga al vendedor ni en el comportamiento culposo del mismo (al menos en la oferta).
- d. Las particularidades de este régimen, en especial, de su plazo (artículo 1490 del CC) frente al de las acciones generales de responsabilidad (artículo 1964 del CC).
- e. Los efectos de su aplicación (artículo 1486 del CC) diferentes a los derivados de las acciones generales de responsabilidad (artículos 1101, 1124 y concordantes del CC).

iv) ALBALADEJO GARCÍA considera que un vicio oculto regido por el artículo 1484 del CC puede configurarse como un vicio en el consentimiento dado por comprador quien mediando error o dolo convino comprar el objeto del contrato, o como un cumplimiento defectuoso del vendedor que no cumplió con su obligación de entregar un objeto sin defectos. Al igual que en el caso anterior, este autor en su análisis no establece cuál es la naturaleza de las acciones edilicias, si bien aclara que la aplicación de dichas acciones desplaza tanto al régimen de los vicios en el consentimiento como al del cumplimiento defectuoso¹³².

¹³² *Derecho civil*, tomo II, Vol. 2º, 10ª ed., Bosch, Barcelona, 1997, pgs. 33 y 34.

B. Análisis de las principales teorías sobre la naturaleza del saneamiento por vicios ocultos.

a) Saneamiento por vicios ocultos e incumplimiento del vendedor.

Tal y como se ha planteado, el saneamiento por vicios ocultos surge en el Derecho Romano en la compraventa de esclavos y animales, compraventas de cosa determinada, cuyo objeto por lo general no era un bien determinado por su clase o especie, sino un producto especificado de forma concreta (se llega a afirmar que el comprador en Roma casi siempre conocía el objeto que adquiriría¹³³). Se reconoce que el régimen de los vicios ocultos en el Derecho Romano se refería a la compraventa de objeto cierto y determinado y no a la de cosa genérica¹³⁴, siendo equiparable en la compraventa de cosa genérica el cumplimiento defectuoso al incumplimiento, circunstancia que daba lugar al ejercicio de la “actio empti”¹³⁵.

Por algunos autores se ha mantenido que el régimen de saneamiento por vicios ocultos debe aplicarse exclusivamente a la venta de objeto de determinado y no a la de cosa genérica:

¹³³ MORALES MORENO, A.M., reconoce expresamente que la venta específica *es precisamente el modelo sobre el que surgen en Roma las reglas del contrato de compraventa, y en el que pensaron los Ediles, al crear las acciones redhibitorio y quanta minoris* (pg. 592) y que *la construcción romana de la responsabilidad del vendedor por los vicios materiales de la cosa responde a las exigencias de la compraventa de cosa específica y al contado, y resulta por tanto inadecuada a las ventas genéricas* (pg. 594). “El alcance protector de las acciones edilicias”, *op. cit.* GARCÍA PÉREZ, C. L., refiere que, desde una perspectiva histórica, el régimen de los vicios ocultos previsto en el CC recoge el modelo romano de compraventa de cosa específica. “Las acciones edilicias y el artículo 1.124 del Código Civil”, en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Y GARCÍA PÉREZ, C. L. (coord.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pg. 429.

¹³⁴ MORALES MORENO, A. M., “El alcance protector de las acciones edilicias”, *op. cit.*, pg. 592.

¹³⁵ PUIG BRUTAU, J., *op. cit.*, pg. 194.

i) TORRELLES TORREA¹³⁶, con respecto al régimen a aplicar, diferencia atendiendo a si las anomalías cualitativas de las cosas aparecen con razón de una compraventa de cosa específica¹³⁷, supuesto en el que aplicar las acciones edilicias, o si concurren en una compraventa de cosa genérica, caso en el que aplicar el régimen del incumplimiento de los art. 1101, 1124 y concordantes del CC¹³⁸, determinándose que el momento en que se especifica el objeto en la compraventa de cosa genérica, se modifica el régimen a aplicar debiendo el comprador acudir al régimen del saneamiento por vicios ocultos aplicable a la compraventa específica; el comprador a partir de dicho momento de la especificación, además de rechazar el bien, podría ejercitar las acciones edilicias del art. 1486 del CC¹³⁹.

ii) Para DE VERDA Y BELMONTE¹⁴⁰ igualmente el saneamiento para vicios ocultos está previsto para la compraventa de cosa específica y no genérica.

Refiere que, por partir el régimen de saneamiento por vicios ocultos de la

¹³⁶ *Op. cit.*, pg. 821.

¹³⁷ Esta autora establece que en la compraventa de objeto determinado, *el vendedor cumple si entrega la concreta cosa que se determina en el contrato (art. 1468.1 CC), e incumple si no entrega la cosa o la entrega en un estado cualitativo distinto al que poseía al celebrar el contrato*. Establece la aplicación de las acciones edilicias de los artículos 1484 y siguientes del CC para el caso en que el vendedor, aún habiendo entregado el objeto pactado, estando el citado bien en posesión del comprador, se observa un defecto o vicio que no satisface sus pretensiones, incluso habiendo actuado de buena fe el vendedor. *Op. cit.*, pg. 815.

¹³⁸ Esta autora señala sobre la compraventa de cosa genérica que *el vendedor debe entregar una cosa que reúna todas y cada una de las cualidades del género delimitado en el contrato y que carezca de defectos o vicios. Para cumplir, es irrelevante qué concreta cosa se entregue, siempre que sea del género debido*. Cuando el vendedor entrega un bien que no presenta las cualidades del género pactado, incumple sus obligaciones al entregar cosa distinta, pudiendo el comprador rechazar el bien ofrecido (artículo 1096.II del CC) y ejercitadas las acciones generales del incumplimiento: cumplimiento (artículo 1096.I del CC), resolutoria (artículo 1124.I del CC) e indemnizatoria (artículo 1101 del CC). *Op. cit.*, pg. 818.

¹³⁹ *Op. cit.*, pg. 818.

¹⁴⁰ *Op. cit.*, pg. 1677.

consideración de que el vendedor cumplió con su obligación de entregar (algo que sólo es posible en la venta de *corpus certum*, donde el vendedor cumple entregando la res vendita en el estado en el que se hallaba al perfeccionarse el contrato) la entrega de un objeto distinto al pactado en un contrato de compraventa de cosa genérica supone un cumplimiento defectuoso de la obligación de entrega correspondiendo aplicar las acciones del régimen general del incumplimiento de los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC, y no el sistema de saneamiento por vicios ocultos. Este autor encuentra la justificación de este diferente trato en los artículos 1166 y 1167 del CC¹⁴¹, que hacen referencia a la facultad de rechazo por parte del acreedor del objeto entregado atendiendo a si el bien a facilitar es cosa específica o genérica; en caso de que sea entregada una cosa específica, no cabrá rechazarla, correspondiéndose tal afirmación con las previsiones del artículo 1468.I del CC por las que el vendedor debe entregar la cosa vendida en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato; por el contrario, cuando sea entregada una cosa genérica y ésta no presente la calidad y circunstancias pactadas en el contrato, podrá el comprador rechazarla, dado que este *desajuste significativo entre las cualidades presupuestas y las presentes en la*

¹⁴¹ Artículo 1166.

El deudor de una cosa no puede obligar a su acreedor a que reciba otra diferente, aun cuando fuere de igual o mayor valor que la debida.

Tampoco en las obligaciones de hacer podrá ser sustituido un hecho por otro contra la voluntad del acreedor.

Artículo 1167.

Cuando la obligación consista en entregar una cosa indeterminada o genérica, cuya calidad y circunstancias no se hubiesen expresado, el acreedor no podrá exigirla de la calidad superior, ni el deudor entregarla de la inferior.

cosa entregada implica un incumplimiento del vendedor y, de ahí, que el comprador pueda rechazar la cosa viciosa.

DE VERDA Y BELMONTE aporta otro argumento para justificar la exclusión de la compraventa de cosa genérica; partiendo de que resulta necesario para aplicar tal régimen del contenido del artículo 1484 del CC que el defecto a considerarse vicio oculto preexista al momento de la venta, este autor entiende que tal preexistencia no puede darse en la compraventa de cosa genérica: *en ella el objeto del contrato aparece determinado, exclusivamente, por su pertenencia a un género y por la referencia cualitativa contenida en las previsiones contractuales, careciendo de existencia en la realidad física, hasta el momento de la especificación, por lo que no tiene sentido hablar de vicios de la cosa, ni ocultos, ni manifiestos, al tiempo de la conclusión del negocio*¹⁴².

iii) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, en su análisis del carácter oculto de los diferentes caracteres de lo comprado y lo recibido, plantea que, en la compraventa de cosa genérica, una primera lectura del artículo 1484 del CC lleva a entender que no puede haber defectos manifiestos cuando se adquiere una cosa no determinada dado que los bienes objeto del contrato están determinados tan solo de forma genérica de manera que *al no estar presente la cosa con la que piensa cumplir el vendedor, precisamente por no estar especificada (frecuentemente ni siquiera el vendedor sabrá con qué cosa piensa atender a su obligación, ya que es muy probable que ni el mismo la tenga todavía) no es posible de*

¹⁴² *Op. cit.*, pg. 1688.

*haber de defectos manifiestos*¹⁴³. Sin embargo, esta argumentación es descartada por dicho autor quien, realizando una interpretación finalista del citado artículo, afirma que, cuando se trata de una compraventa de cosa genérica, el momento en que debe concurrir el requisito consistente en que el defecto sea oculto debe fijarse en el momento de la entrega.

iv) VATTIER FUENZALIDA¹⁴⁴ defiende igualmente que, por influencia de la tradición romana, el sistema de saneamiento por vicios ocultos (pensado para la compraventa de cosa específica en la que el comprador puede tomar conocimiento de los caracteres de lo adquirido) no se compagina bien con la producción en serie y el comercio de cosas genéricas, cuyas características técnicas se desconocen por el comprador y, en muchas ocasiones, también por el vendedor.

v) MARTÍNEZ VELENCOSO señala que el régimen de los Códigos Civiles del siglo XIX sobre el saneamiento por vicios ocultos, se configura sobre la base de la compraventa de cosa cierta y determinada (único tipo compraventa existente en dicha época), si bien tal régimen no lo considera idóneo para el comercio de hoy en día dado que los objetos se fabrican actualmente en masa y la mayoría de compraventas tienen por objeto cosas genéricas¹⁴⁵.

vi) GARCÍA PÉREZ afirma que es casi unánimemente aceptado que las acciones edilicias se aplican exclusivamente a la compraventa de cosa específica

¹⁴³ *Op. cit.*, pgs. 823 y 824.

¹⁴⁴ "Sobre la garantía legal en las ventas de consumo", en *Revista Jurídica Española La Ley*, tomo V, 2008, pgs. 1238 y 1239.

¹⁴⁵ *La falta de conformidad en la compraventa de bienes*, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2007, pg. 35.

siendo aplicable tal régimen a la compraventa de cosa genérica desde el momento en que tenga lugar la concentración¹⁴⁶.

Por el origen histórico de las acciones edilicias en el Derecho Romano y las razones lógicas aportadas entiendo defendible el que el régimen del saneamiento por vicios ocultos no sea aplicable a la compraventa de cosa genérica, dado que no existe un bien determinado el cual pueda presentar un defecto oculto que lo haga impropio para su uso tal y como determina el artículo 1484 del CC. En la compraventa genérica, cuando se especifica el objeto, y se da la concentración, determinándose qué bien en concreto se va a entregar de entre los incluidos en el género o especie convenida, se transforma el régimen aplicable y el comprador podrá aplicar el régimen de la compraventa específica, ejercitando la acción redhibitoria o estimatoria del saneamiento por vicios ocultos.

Si se entiende por régimen del incumplimiento el determinado por el sistema previsto por los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC, puede observarse como el saneamiento por vicios ocultos contempla un supuesto de hecho (la compraventa de cosa específica) diferente al citado régimen del incumplimiento (la compraventa de cosa genérica), todo ello por las alegadas razones históricas (nacimiento del saneamiento por vicios ocultos en el Derecho Romano con razón de la venta de esclavos y animales, ambas compraventas de cosa específica) y lógicas (no podrá haber vicio oculto en la compraventa

¹⁴⁶ “Comentario al artículo 1484 del Código Civil”, *op. cit.*, pg. 10517.

genérica hasta que se haya dado la especificación¹⁴⁷ del bien y se haya transformado la compraventa de cosa genérica en compraventa de cosa específica). Confrontando ambos regímenes, parece que puede descartarse el que tengan la misma naturaleza dado que contemplan diversos supuestos de hecho y el nacimiento de cada sistema ha presentado orígenes diferentes (el saneamiento por vicios ocultos arranca del Derecho Romano en los Ediles Curules y la regulación del régimen general del incumplimiento se establece como sistema normativo en la Codificación).

b) Saneamiento por vicios ocultos y error en el consentimiento dado.

Resulta conveniente recapitular ciertas afirmaciones realizadas hasta ahora para exponer la relación existente entre el saneamiento por vicios ocultos y el error en el consentimiento:

i) Se ha entendido que en el Derecho Romano el error que daba lugar a la nulidad del contrato giraba en torno al “error in substantia” en las cualidades de las cosas, concepto interpretado exclusivamente desde el punto de vista

¹⁴⁷ La especificación, concentración o concreción se define como la acción mediante la cual se individualiza la prestación en las obligaciones genéricas correspondiendo tal cometido al deudor a falta de pacto expreso. DEL ARCO TORRES, M. A., Y DEL ARCO BLANCO, A. I. (coord.), *Diccionario Jurídico Básico*, 7ª ed., Comares, Granada, 2009, pg. 113. Tal y como ABRIL CAMPOY, J. M., afirma, la especificación transforma la obligación genérica en específica y, por virtud del artículo 1252.3 del CC, produce la transferencia del riesgo al comprador de manera que *mientras no tenga lugar la concentración, el género no perece y no puede estimarse que la obligación del vendedor se ha extinguido por imposibilidad sobrevenida*; este autor entiende necesario, dada la trascendencia de la especificación o concentración, que esta operación sea bilateral, a no ser que algo distinto se haya acordado por comprador y vendedor, si bien la intervención de estas dos partes se niega que tenga que ser simultánea. *La atribución del riesgo al comprador*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010, pg. 79.

natural u ontológico que afecta a las cualidades esenciales del objeto (composición química y física-falta de identidad del mismo); sobre el saneamiento por vicios ocultos BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO afirma que las acciones edilicias se crearon en el Derecho Romano para paliar la falta de regulación del error sobre las cualidades de la cosa, determinando PUIG BRUTAU que en Roma el error que afectaba a las cualidades no esenciales se regía por el saneamiento por vicios ocultos. Se señalaba que en el Derecho Romano el error que daba lugar a la nulidad del contrato se refería a las cualidades esenciales del objeto mientras que el saneamiento por vicios ocultos versaba sobre el error en las cualidades no esenciales, si bien ambos sistemas tenían un mismo origen, la falsa representación de la realidad por el comprador sobre el objeto adquirido.

ii) Igualmente se ha afirmado que la doctrina más actual ha ampliado el concepto que se tenía en el Derecho Romano sobre el error en la sustancia ofrecido por ULPIANO referido a la materia que formaba el objeto, hasta un ámbito subjetivo que también considera las motivaciones que movieron a las partes a contratar (ya se mencionaron los ejemplos de la autenticidad en la compra de obras de arte o la antigüedad en la compraventa de antigüedades). En el concepto dado por CASTÁN TOBEÑAS y PUIG BRUTAU del “error in substancia” del artículo 1266 del CC que da lugar a la nulidad del contrato se incluye el error sobre las cualidades esenciales desde el punto de vista tanto objetivo como subjetivo, éste último referido a los atributos del objeto adquirido

que, ajenos a su materia, se consideraron esenciales por el comprador para llevar a cabo su adquisición; por el contrario, el error “in qualitate” sobre cualidades accidentales o no determinantes de la voluntad del comprador, no afecta a la validez del contrato.

Estas afirmaciones nos llevan a poder observar como se superponen el régimen del error en el consentimiento del artículo 1266 del CC y el del saneamiento por vicios ocultos de los artículos 1484 del CC:

i) De una parte se advierte cómo la concepción actual del error “in substantia” (error sobre las cualidades esenciales considerado objetiva y subjetivamente) abarca aquellos supuestos que originaron en el Derecho Romano el nacimiento del régimen del saneamiento por vicios ocultos: se ha apreciado como en Roma el “error in substantia” que provocaba la nulidad del contrato versaba sobre las cualidades esenciales del objeto desde el punto de vista natural u ontológico, esto es, referido a su composición química (*si yo creyera que compraba el fundo Cornellano y tu creíste que me vendías el Semproniano, puesto que disentimos en el objeto, es nula la compra*); otros supuestos distintos de error, como el que configura el hecho de que el vino adquirido se agrie y se convierta en vinagre (Digesto 18.1.9.2º pr.) no conformaban un supuesto de “error in substantia” con suficiente entidad como para provocar la nulidad del contrato, aunque si daba lugar a la aplicación del saneamiento por vicios ocultos. Hoy en día tal supuesto del vino que se agría y transforma en vinagre si configuraría un supuesto de error “in substantia” encuadrable en el artículo

1266 del CC de acuerdo con la concepción ofrecida por CASTÁN TOBEÑAS y PUIG BRUTAU suponiendo tal supuesto un error que daría lugar a la nulidad del contrato. Con ello ocurriría que un mismo supuesto, vino adquirido que se agria y se convierte en vinagre, hoy en día podría regirse tanto por el régimen del error en el consentimiento del artículo 1266 del CC como por el del saneamiento por vicios ocultos de los artículos 1484 y concordantes del CC.

ii) De otra parte, se ha afirmado que el error “in substantia” del artículo 1266 del CC que da lugar a la nulidad del contrato se refiere a las cualidades esenciales (entendido tanto subjetiva como objetivamente) pero no versa sobre cualidades accidentales; igualmente el régimen de los vicios ocultos establece como requisito para su aplicación que el defecto que presente el bien viciado sea grave; normalmente la circunstancia que constituye el error que afecta a las cualidades esenciales del objeto adquirido configurará asimismo un defecto grave en el bien objeto de la compraventa en el sentido del artículo 1484 del CC; si se requiere que sea grave el vicio oculto que da lugar al ejercicio de la acción estimatoria o redhibitoria, normalmente se afectará a las cualidades esenciales del objeto del contrato, hecho del que cabe afirmar la coincidencia en su campo de actuación del error en el consentimiento y del saneamiento por vicios ocultos. De ello cabe concluir que un mismo supuesto podría regirse por ambos regímenes, el del error en el consentimiento y el de las acciones edilicias.

En muchas ocasiones resultará que por acaecer la misma circunstancia, la falsa representación de la realidad por parte del comprador, se podría plantear

tanto la aplicación del régimen del error en el consentimiento como la de las acciones edilicias surgiendo la duda de cuál es el régimen por el que optar, cuestión que va a ser analizada en el siguiente apartado.

C. Coordinación de las acciones edilicias con otros regímenes.

Debe partirse de las conclusiones alcanzadas a la hora de comparar el régimen de las acciones edilicias con otros sistemas normativos: de una parte, el saneamiento por vicios ocultos y el régimen general del incumplimiento se referirían a supuestos de hecho diferentes, no existiendo la posibilidad que tener que optar entre la aplicación de un régimen u otro; de otra parte, si podrían darse casos en que quepa aplicar tanto el régimen del error en el consentimiento como el de las acciones edilicias, viniendo obligados en tales circunstancias a determinar la forma en que debe ser resuelta tal cuestión.

TORRELLES TORREA¹⁴⁸ relata las diferentes posibilidades por las que se puede optar cuando se da un concurso de acciones y varias normas son aplicables a un mismo supuesto¹⁴⁹:

- i) Aplicar el principio de especialidad (“lex specialis derogat generalis”).

Dicho principio general del Derecho defiende *la preferencia aplicativa de la norma*

¹⁴⁸ *Op. cit.*, pg. 823 a 825.

¹⁴⁹ FENOY PICÓN, N., expone como el Tribunal Supremo ante el problema del concurso de acciones ha adoptado en alguna ocasión las mismas soluciones que enumera TORRELLES TORREA, E., no pronunciándose con la claridad que sería deseable sobre cómo debería actuarse ante tal concurso. *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa*, *op. cit.*, pgs. 182 y 183. MORALES MORENO, A. M., de una forma parecida reconoce los problemas de la concurrencia entre acciones, en este caso referido especialmente a las acciones edilicias y a la acción de nulidad por error, exponiendo que dicha cuestión puede solucionarse optando por el principio de especialidad, admitiendo la concurrencia de acciones entre las que debe elegir el comprador o considerando que no existe problema de concurrencia dado el diferente supuesto de hecho de cada régimen. “El alcance protector de las acciones edilicias”, *op. cit.*, pg. 672.

*reguladora de una especie de cierto género sobre la norma reguladora de tal género en su totalidad*¹⁵⁰. Este principio general del Derecho ha sido reconocido en el ámbito civil tanto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (el ATS de 1 de diciembre de 2009 -JUR 2009\495720- señala que *una norma especial tiene prevalencia sobre la norma general*), como por la denominada jurisprudencia menor (la SAP de Burgos de 27 de junio de 2006 -JUR 2006\229934- y la SAP de Barcelona de 28 de enero de 2000 -AC 2002\425- manifiestan *que es cierto que es principio general del derecho el que la norma especial es de aplicación preferente a la general*).

ii) Facilitar la opción al ejercitante: la acción a ser empleada será escogida por el afectado pudiendo optar por cualquiera de los regímenes aplicables al supuesto (el ejercicio de una acción excluye el de otra).

iii) Acumular las acciones pudiendo el actor ejercitarlas simultáneamente. Tal acumulación puede ser entendida de dos formas distintas: i) considerando que la parte puede aplicar completamente los diferentes regímenes aplicables al supuesto de hecho, empleando todas y cada una de las reglas previstas en las acciones; ii) entendiendo que el actor puede escoger libremente las previsiones que considere de cada régimen para construir una acción “ad-hoc”.

¹⁵⁰ TARDÍO PATO, J. A., “El principio de especialidad normativa (Lex Specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales”, en *Revista de Administración Pública*, Nº 162, 2003, pg. 191. <http://umh.es/ficherosAnuncios/98492_LEX-SPECIALIS.pdf>, consultado a 22 mayo, 2013.

La doctrina se ha pronunciado de diferente manera a la hora de establecer cómo resolverían la cuestión del concurso de acciones entre el régimen de las acciones edilicias y el del error en el consentimiento del artículo 1266 del CC¹⁵¹:

i) Ya se adelantó en la exposición de las posiciones de VICENTE Y GELLA y BADENES GASSET, que, según el sistema que estos autores defendían, debía ser escogido el régimen del saneamiento por vicios ocultos dado su carácter especial. En este sentido BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO refiere que la posición de la doctrina que cuenta *actualmente con mayor número de seguidores es la que considera que los supuestos de hecho de los vicios ocultos y del error sobre la cosa objeto de la compraventa coinciden, pero no totalmente, siendo posible que a un supuesto se le aplique exclusivamente el régimen del error del artículo 1266 del CC o que pueda ser regido por ambos sistemas, caso este último en el que se opta por la aplicación de las acciones edilicias en base al principio “lex specialis derogat legi generali”*¹⁵².

ii) Entre aquellos que entienden que resultaría posible optar por una acción u otra se encuentran MORALES MORENO y REGLERO CAMPOS¹⁵³.

¹⁵¹ No se aborda por el momento la cuestión de cómo solucionar el concurso entre el saneamiento por vicios ocultos y el régimen general del incumplimiento dado que será objeto de posterior análisis.

¹⁵² *Op. cit.*, pg. 782.

¹⁵³ La lectura de lo referido por estos dos autores sobre la facultad de optar del comprador por el régimen que considere no permite concluir inequívocamente si estos autores están proponiendo que dicha facultad suponga el que el comprador simplemente pueda optar por un régimen excluyendo el otro, aplicar de forma conjunta ambos regímenes acumuladamente de forma eventual o establecer un régimen “ad-hoc” seleccionando determinadas previsiones de cada sistema de normas.

El primero de los citados autores, partiendo de la no identificación del error vicio con los vicios redhibitorios, plantea que *la oportunidad de las acciones edilicias no excluye el empleo de la acción de nulidad basada en el error si el comprador la prefiere*, atendiendo i) al nacimiento independiente de cada régimen, ii) a la inexistencia de reglas en el CC que excluyan la aplicación del vicio error en caso de vicios ocultos, iii) a la diferente terminología utilizada por el CC (destaca que el artículo 1474 del citado texto alude a la responsabilidad del vendedor: *en virtud del saneamiento...el vendedor responderá al comprador*), iv) a que el artículo 1494.II del CC¹⁵⁴ permite distinguir claramente el funcionamiento independiente del saneamiento por vicios ocultos y el de la acción de nulidad por error, v) al diferente trato que se le daría al mismo tipo de error atendiendo a que éste lo hubiera sufrido el vendedor o el comprador (el que por error excusable vendiera un objeto de gran valor a un precio vil tendría de acuerdo con el artículo 1301 del CC cuatro años para solicitar la nulidad de la compraventa cuando el comprador, de haber adquirido por un precio vil un objeto viciado padeciendo igualmente un error al celebrar el contrato, tendría seis meses a contar desde la entrega para ejercer las acciones edilicias de acuerdo con el artículo 1490 del CC)¹⁵⁵.

REGLERO CAMPOS, partiendo de que las acciones edilicias no encuentran su origen en un vicio del consentimiento, reconoce la posibilidad de ejercitar la

¹⁵⁴ Artículo 1494.II.

También será nulo el contrato de venta de los ganados y animales, si, expresándose en el mismo contrato el servicio o uso para que se adquieren, resultaren inútiles para prestarlo.

¹⁵⁵ “El alcance protector de las acciones edilicias”, *op. cit.*, pgs. 676 y 677.

acción de nulidad por error en los supuestos en que el vicio oculto existía en la fase de formación de la voluntad negocial (se dice expresamente que la posibilidad de recurrir a dicha acción de nulidad es una *solución mucho más consistente que la tesis de la especialidad de los artículos 1484 y siguientes*¹⁵⁶).

La jurisprudencia ha dado diferentes soluciones cuando se ha planteado a los tribunales el concurso de las acciones edilicias y el error en el consentimiento del artículo 1266 del CC. La doctrina ha señalado que son escasos los pronunciamientos que reconocen la compatibilidad de ambas acciones¹⁵⁷; algún autor también ha manifestado que el principio de especialidad ha tenido un mínimo valor en este sentido¹⁵⁸. Pasan a exponerse una serie de sentencias que abordan el tema de la compatibilidad de las acciones edilicias y la acción de nulidad por error:

i) La STS de 6 de junio de 1953 (RJA 1953/1658) reconoce la compatibilidad de ambas acciones cuando establece *sin que por último pueda ser obstáculo para la*

¹⁵⁶ “Comentario al artículo 1964 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XXV, Vol. 1º, 1ª ed., Edersa, Madrid, 1994, pgs. 231 y 232.

¹⁵⁷ TORRELLES TORREA, E., señala que son pocas las sentencias que reconocen la compatibilidad de ambas acciones. “El leve acercamiento de la ley de garantías de los bienes de consumo a la non-performance”, *op. cit.*, pg. 826.

DE VERDA Y BELMONTE, J. R., sin pronunciarse sobre la escasez o abundancia sobre pronunciamientos que reconocen la compatibilidad de ambos regímenes, como razón para no considerar el régimen del saneamiento por vicios ocultos como una concreta aplicación de la doctrina del error alude a determinadas sentencias (cuatro en concreto) que apuntan a la compatibilidad de las acciones edilicias y de la nulidad por el error en el consentimiento. *Op. cit.*, pgs. 1674 y 1675. Este último autor en otro trabajo establece expresamente que *la jurisprudencia española no sigue la noción concepción de “vicio”, considerando compatibles la acción de anulación por error y la acción redhibitoria, lo que significa que el comprador que padece un error, consecuencia de la existencia en la cosa vendida de un “vicio”, puede elegir entre impugnar la validez del contrato o demandar su rescisión. Saneamiento por vicios ocultos: las acciones edilicias*, 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pg. 64.

¹⁵⁸ MORALES MORENO, A. M., “El alcance protector de las acciones edilicias”, *op. cit.*, pg. 678.

declaración de nulidad la posibilidad del ejercicio de otras acciones por parte del comprador, como la que en su favor reconoce el artículo 1.486 del Código Civil, que es de aplicación, del principio de nulidad del error, pues ningún precepto de nuestro Código excluye la concurrencia de impugnación del error con las que se derivan de otros artículos, cuya elección corresponde aquel a quien asisten.

ii) La STS de 28 de marzo de 1973 (RJA 1973/914) igualmente asume tal compatibilidad: *concurriendo un vicio en el consentimiento, no tiene por que esperar el contratante, víctima del mismo, a la fase de consumación del contrato para esgrimir otras acciones contra el vendedor, como la redhibitoria o la quanti minoris o aestimatoria, originadas por la existencia de defectos ocultos en la cosa entregada, puesto que nada le impide ejercitar antes la de anulabilidad del contrato una vez perfecto y todavía no consumado o consumado sólo en parte...la posibilidad de ejercitar en el futuro las acciones propias del saneamiento en nada obsta al ejercicio actual de la nulidad del contrato por dolo grave.*

iii) La STS de 3 de febrero de 1986 (RJ 1986\409) realiza una serie de conclusiones de gran interés sobre este asunto: se analiza la cuestión de la compatibilidad de las acciones generales y las específicas de la compraventa (las edilicias de los artículos 1484 a 1486 y 1490 del Código Civil) *o lo que es igual si la existencia de aquéllas en el caso cierra el paso a la de otras o si por el contrario existe en favor del comprador la posibilidad de optar y aun la de acumular su ejercicio siempre, claro está, que se den en el caso los respectivos presupuestos de las acciones que se ejerciten exponiendo las diferentes opciones por las que el Tribunal Supremo ha*

optado para determinar qué régimen emplear cuando a un mismo supuesto le resultaba de aplicación tanto una acción de carácter general como otra de carácter especial; se argumenta que cabría acudir al régimen de carácter especial dado el principio “lex specialis derogat legi generali”, declarar la compatibilidad de ambas acciones o facultar al comprador para elegir el régimen a aplicar¹⁵⁹.

iv) La STS de 29 de abril de 1986 (RJ\1986\2067) resuelve en casación sobre un supuesto en que se ejercita la acción principal amparada en el artículo 1494.II del CC (saneamiento por vicios ocultos en la venta de animales) y de forma subsidiaria la acción prevista en los artículos 1265 y 1266 del CC en relación los

¹⁵⁹ La STS de 3 de febrero de 1986 realiza una serie de manifestaciones que resulta necesario destacar:

1. Alude a otra STS de 6 de mayo de 1911 que declaró que las disposiciones del Título I del Libro IV del Código Civil (Título denominado *De las obligaciones* que abarca los arts. 1088 a 1253), y muy especialmente las incluidas en el Capítulo 1.º (denominado *Disposiciones generales* que abarca los arts. 1088 a 1093), *son aplicables a toda la materia contractual a no ser que disposiciones especiales reguladoras del contrato de que se trate estén en oposición con aquéllas, en cuyo caso, a las especiales hay que atenerse exclusivamente.*

2. En el caso particular de la compatibilidad de las acciones edilicias y el artículo 1101 (en relación con el artículo 1103 y el 1104) se establece que no existe incompatibilidad aludiendo a las SSTs de 1 de julio de 1947, de 20 de febrero de 1981, de 3 de abril de 1981, de 23 de marzo de 1982 y de 19 de diciembre de 1984, para establecer que *admitida la aplicación al contrato de compraventa, no estorbándolo el régimen de las acciones edilicias, de los artículos 1.101 y 1.124 en función del 1.461.*

3. Ante la posible concurrencia de las acciones edilicias y las acciones nacidas del error sustancial o dolo, alude a la STS de 19 de abril de 1958 y a la de 6 de junio de 1953 manifestando que la posibilidad de declarar la nulidad de un contrato por un error que anula el consentimiento previsto en los artículos 1265 y 1266 del CC no puede versa negada por *la posibilidad del ejercicio de otras acciones por parte del comprador, como la que en su favor reconoce el artículo 1.486, «pues ningún precepto de nuestro Código excluye la concurrencia de la acción de impugnación por error con las que se derivan de otros artículos, cuya elección corresponde a aquél a quien asisten*

artículos 1300 y 1301 del CC (acción de nulidad por error en el consentimiento) declarándose la compatibilidad de ambas acciones¹⁶⁰.

v) Resulta por último necesario destacar una serie de sentencias de diferentes Audiencias Provinciales (la SAP de Guadalajara de 14 de diciembre de 2006 -JUR\2007\102881-, la SAP de Alicante de 22 de enero de 2008 -JUR\2008\156158-, la SAP de La Rioja de 18 de julio de 2008 -JUR\2008\344255- y la SAP de Vizcaya de 9 de marzo de 2010 -JUR\2010\400101-), que adoptan la misma posición ante la cuestión de la compatibilidad de diferentes regímenes legales; ante la existencia de una compraventa de una cosa defectuosa, cabe plantear la aplicación de tres acciones diferentes (la de nulidad, la del incumplimiento contractual y las edilicias), señalándose que *parecería obligado acudir al principio de especialidad, lo que determinaría en nuestro derecho la aplicación exclusiva de la normativa representada por los artículos 1484 y siguientes del Código Civil*. Dicha aplicación preferente del régimen de saneamiento por vicios ocultos por su especialidad se pone en cuestión dado *el breve plazo de caducidad dispuesto en el artículo 1490 para el ejercicio de estas acciones*, razón por la que se manifiesta que doctrina y jurisprudencia han tratado de encontrar *razones jurídicas que*

¹⁶⁰ Dice esta sentencia que *debe mantenerse el fallo por cuanto se dé a la compatibilidad entre las diversas acciones que asisten al comprador y en el caso concurre y así lo declara la Audiencia, error sustancial padecido por el comprador, acción la basada en el mismo expresamente ejercitada por éste quién había adquirido el caballo litigioso con la sola finalidad de ser montado, para lo cual resulta inútil siendo la aptitud para ello la que principalmente daba motivo para su adquisición y la finalidad más que principal única de la misma, por lo que concurre el error relevante por recaer sobre la idoneidad misma del animal para el fin mismo a que había de ser dedicado.*

*permitan superar la insatisfactoria solución que proporciona el citado principio de especialidad*¹⁶¹.

De las diferentes opciones planteadas, el optar por el principio de especialidad es el remedio que parecería más lógico desde el punto de vista de la seguridad jurídica y la coherencia. El artículo 9.3 de la CE establece que *La Constitución garantiza...la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos*. Dejar al arbitrio de la parte la elección de qué régimen emplear, posibilitar la acumulación de acciones dando lugar a que en unos supuestos el tribunal aplique un régimen u otro o permitir al actor que cree un sistema “ad-hoc” escogiendo libremente las previsiones que considere de cada régimen aplicable al supuesto, son soluciones que no aportan seguridad jurídica. El ciudadano debe saber qué norma se va a aplicar a una determinada situación dada la importante decisión de recurrir a los tribunales (gastos de abogado y procurador, tasas judiciales, etc.).

¹⁶¹ Entre dichas razones se aportan las siguientes:

1. Se señala que existen pronunciamientos del Tribunal Supremo que declaran la compatibilidad de las tres acciones antes indicadas (SSTS de 3 de febrero 1986, de 6 de mayo de 1911, de 1 de julio de 1947, de 20 de febrero y de 3 de abril de 1981, de 20 de marzo y de 1 de junio de 1982, de 19 de diciembre de 1984, de 19 de abril de 1928, de 6 de junio de 1953 y de 4 de enero de 1982).
2. Se manifiesta que gran parte de la doctrina, distingue entre i) los defectos que implican una calidad distinta o un “aliud pro alio” a los que aplicar el régimen general del incumplimiento contractual y ii) los demás defectos, como deterioros, imperfecciones y adulteraciones, que pasarían a ser los vicios estrictamente redhibitorios a los que aplicar las acciones edilicias. Se citan determinadas sentencias del Tribunal Supremo que recogen este parecer (SSTS de 1 de julio de 1947, de 30 de noviembre de 1972, de 25 de abril de 1973, de 21 de abril de 1976, de 20 de diciembre de 1977, de 12 de marzo de 1982, de 23 de marzo de 1982, de 20 de octubre y de 19 de diciembre de 1984, etc.)

Retomando las consideraciones realizadas, en aquellos casos en que fuera aplicable tanto el régimen del error del artículo 1266 del CC como las acciones edilicias, por el citado principio de especialidad debería atenderse a éstas últimas acciones por ser su contenido más específico, aún cuando la decisión de aplicar el régimen del saneamiento pudiera resultar materialmente injusta. Esta posición, que, tal y como se ha expuesto, es compartida por parte de la doctrina (VICENTE Y GELLA y BADENES GASSET, entre otros) y ha sido mantenida por algún pronunciamiento judicial (STS de 6 de mayo de 1911, SAP de Guadalajara de 14 de diciembre de 2006 -JUR\2007\102881- o SAP de Alicante de 22 de enero de 2008 -JUR 2008\156158-), es defendida por quien suscribe con independencia de los autores y la jurisprudencia que la participan, dado que la aplicación del principio de especialidad frente al resto de opciones planteadas (acumulación de acciones, facultad del comprador de crear un sistema “ad-hoc”, etc.) es la única fórmula que asegura el respeto al principio de seguridad jurídica entendido como la *Expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho* (STC de 19 de marzo de 2012 -RTC 2012\37-) el cual *protege la confianza de los ciudadanos, que ajustan su conducta económica a la legislación vigente, frente a cambios normativos que no sean razonablemente previsibles* (STC de 15 de noviembre de 2000 -RTC 2000\273-).

a) Incidencia de la jurisprudencia actual sobre el “aliud pro alio”.

Con respecto a la compraventa de cosa defectuosa se había afirmado que el régimen general del incumplimiento no debiera entenderse aplicable a tal

situación dado que este último régimen solo correspondería aplicarlo a la compraventa de cosa genérica; en este tipo de venta se señalaba que hasta que no se daba la especificación, concentración o concreción del objeto del contrato (momento en el que la compraventa de cosa genérica pasaba a considerarse de cosa determinada) el bien objeto del contrato no podía presentar propiamente defectos o vicios. Ésta es la situación que quien suscribe entiende que debería darse en la realidad; sin embargo, las decisiones que adoptan los tribunales hoy en día distan mucho de la posición que aquí se propugna: de una parte, la jurisprudencia en muchos casos aplica el régimen del incumplimiento a supuestos que debían regirse por las acciones edilicias; de otra, no se atiende al carácter específico o genérico del bien objeto de la compraventa para determinar la aplicación del régimen de las acciones edilicias u otro sistema.

Se debe retomar la cuestión de cómo la jurisprudencia ha tratado la compatibilidad entre las acciones edilicias y el régimen del incumplimiento: FENOY PICÓN¹⁶² expone como la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tendido a tener en cuenta la inutilidad de la cosa como circunstancia que daría lugar al incumplimiento del contrato por parte del vendedor que entrega un bien con anomalías cualitativas; esta autora señala como desde principios del siglo XX se han dado pronunciamientos que defienden que la inutilidad o inhabilidad de la cosa representa un incumplimiento del vendedor, posición que en las últimas décadas se ha generalizado, dando lugar a la jurisprudencia

¹⁶² *Op. cit.*, pgs. 184 a 188.

del “aliud pro alio”, figura que más adelante será referida. TORRELLES TORREA¹⁶³ establece dos etapas diferentes sobre la aplicación del régimen del incumplimiento ante la entrega del bien objeto de compraventa con anomalías cualitativas: una primera que abarca desde comienzos del siglo XX hasta el año 1982, en la que se aplica el régimen del incumplimiento a supuestos de defectos en la cosa vendida; y una segunda etapa que discurre desde 1982 hasta nuestros días, en que se califica como incumplimiento el supuesto del “aliud pro alio”.

Resulta necesario plantear cómo resuelve hoy en día la jurisprudencia el supuesto en el que se revelan unas anomalías cualitativas en el bien adquirido analizando si tal supuesto se decide aplicando las acciones edilicias o el régimen del incumplimiento:

Ya se señalaba como el Código Civil, entre las obligaciones del vendedor nacidas del contrato de compraventa, incluye la obligación de saneamiento por los defectos o gravámenes ocultos de la cosa vendida, la cual viene a desarrollarse a través de los artículos 1484 y siguientes; de acuerdo con los artículos 1484 y 1486, el comprador, ante unos defectos ocultos en el objeto de la compraventa que lo hacen impropio para el uso a que se destina o disminuyen su uso de tal forma que de haberlos conocido no lo habría adquirido o habría dado menos precio, se ve amparado para optar entre resolver el contrato, abonándosele los gastos que pagó (acción redhibitoria), o rebajar una cantidad proporcional del precio (acción estimatoria o “*quanti minoris*”), siempre que el

¹⁶³ *Op. cit.*, pg. 827.

vendedor no conociera los defectos de la cosa vendida; si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador a las opciones anteriormente señaladas, éste añadirá la posibilidad de solicitar la indemnización por los daños y perjuicios causados, siempre que optare por la primera de la dos opciones planteadas (desistimiento del contrato con abono de los gastos incurridos).

Establece el artículo 1490 del CC un plazo para el ejercicio de la acción redhibitoria o “*quanti minoris*” de seis meses contados desde la entrega de la cosa vendida, periodo a considerar como plazo de caducidad y no de prescripción, tal y como señala la STS de 14 de octubre de 2003 (RJ 2003\7033)¹⁶⁴.

Tal plazo de caducidad de seis meses para el ejercicio de las acciones redhibitoria o “*quanti minoris*” se presenta realmente corto, provocando en principio que, una vez transcurridos dichos seis meses, aquel comprador que sufra un defecto o vicio en el bien que ha adquirido se vea imposibilitado de ejercitar acción judicial alguna en reclamación de tal defecto o vicio.

Cuando un vendedor entrega un bien defectuoso (en una compraventa de cosa específica) cabría plantearse si sería posible aplicar, amén del citado

¹⁶⁴ Esta sentencia afirma que...*el invocado artículo 1490 establece el plazo preciso de seis meses, dentro del cual puede ejercitarse, entre otras, las acciones por vicios ocultos, plazo que tiene carácter de «disposición especial», conforme a lo que señala el artículo 1969 del Código civil, con la advertencia, además, de que, según pacífica opinión doctrinal y reiterada jurisprudencia de la Sala, el tal plazo es de caducidad y no prescripción. El «dies a quo» para el inicio del cómputo del plazo se cuenta «desde la entrega de la cosa vendida». La simplicidad del precepto no se presta a complicadas interpretaciones, más allá de la literalidad del mismo en lo que concierne al plazo, su extinción y cómputo.*

régimen de saneamiento determinado por los artículos 1484 y siguientes del CC, el recogido por los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC. El régimen sancionado por dichos artículos 1101, 1124 y concordantes del CC determina que, ante un incumplimiento grave de un deudor, la contraparte que ha cumplido pueda exigir el cumplimiento o la resolución del contrato que los vincula, con el resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos. Tal y como se ha señalado anteriormente, debería negarse la posibilidad de aplicar el régimen del incumplimiento a una compraventa de cosa específica, de ahí que únicamente se entendiera que ante la entrega de un bien defectuoso (cosa específica) exclusivamente podía acudir al ejercicio de las acciones edilicias.

En este supuesto donde la aplicación de los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC no debiera resultar posible, tendría que aplicarse el régimen de los vicios ocultos.

Los supuestos a los que en teoría se les debería aplicar las previsiones del régimen de saneamiento por vicios ocultos, se han venido a resolver aplicando el régimen general del incumplimiento contractual determinado por los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC, a través de la doctrina del “*aliud pro alio*”, incumplimiento del vendedor *que comprende los supuestos de la entrega de una cosa distinta a la pactada, y la de imposibilidad de cumplimiento por inhabilidad*

*del objeto, bien por no ser servible para el uso a que se destinó o porque el adquirente ha quedado objetivamente insatisfecho*¹⁶⁵.

Tomando como referencia lo señalado por la STS de 27 de febrero de 2004 (RJ 2004\1753), la jurisprudencia ha venido a reconocer la posibilidad de resolver contratos de compraventa o suministro *por total incumplimiento de lo pactado, al venderse cosas distintas a las convenidas (“aliud pro alio”), e ineficaces para el fin que presidió su adquisición, conforme a la normativa general contenida, sustancialmente, en los artículos 1124 y 1101 de la Ley Civil sustantiva, y según reiterada doctrina jurisprudencial, de la que, entre otras, constituyen concretos ejemplos, las SSTS de 30 de octubre de 1998, 12 de mayo de 1990 y 10 de mayo de 1995;* esta sentencia viene a entender que se está ante un supuesto de incumplimiento contractual (y no ante unos vicios ocultos) cuando se entrega una cosa diversa o “aliud pro alio”, esto es, cuando existe *pleno incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador, al ser el objeto impropio para el fin a que se destina, lo que permite acudir a la protección dispensada en los artículos 1101 y 1124 del Código Civil – SSTS de 30 de noviembre de 1972, 24 de abril de 1973, 21 de abril de 1976, 20 de diciembre de 1977 y 23 de marzo de 1982-, pues, como puntualiza la STS de 20 de febrero de 1984, la ineptitud del objeto para el uso a que debía ser destinado significa incumplimiento del contrato y no vicio redhibitorio, lo que origina sometimiento a diferentes plazos de prescripción...*

¹⁶⁵ SAP de Barcelona de 4 de abril de 2005 (Id Cendoj: 08019370012005100182). En mismo sentido, la SAP de Tarragona de 7 de septiembre de 2005 (Id Cendoj: 43148370032005100375) y la SAP de Alicante de 10 de junio de 2005 (Id Cendoj: 03065370072005100004).

Se ha desarrollado esta figura por doctrina¹⁶⁶ y jurisprudencia distinguiendo dos variantes: el “aliud pro alio” ontológico y el funcional; tomando como referencia la SAP de Granada de 11 de febrero de 2005 (JUR 2005\135069) puede distinguirse cada una de dichas variantes de la siguiente forma:

i) “Aliud ontológico”: es aquel en que el se viene a entregar algo diferente a lo acordado, esto es, *diversidad sustancial en la cosa entregada*.

ii) “Aliud funcional”: es aquel en el que se entrega algo no apto al destino para el que el objeto está destinado, es decir, *inutilidad, inhabilidad, del objeto, de la cosa, para el fin ha que se la destinaba*.

La doctrina y jurisprudencia, ante el incumplimiento por parte del vendedor que entrega un bien defectuoso, han venido a delimitar cuando concurre un “aliud pro alio” o un supuesto de vicios ocultos con base, entre otras, en las siguientes consideraciones:

i) En ocasiones se intenta acudir al criterio de la gravedad en los vicios para determinar que la presencia de defectos de gran entidad supondrían la concurrencia de un supuesto de “aliud pro alio” y no de gravámenes ocultos¹⁶⁷.

Esta postura, tal y como ha puesto de manifiesto la doctrina, obvia que uno de

¹⁶⁶ ORTÍ VALLEJO, A. DE P., “Los vicios en la compraventa y su diferencia con el “aliud pro alio”: jurisprudencia más reciente”, en *Aranzadi civil*, tomo I, Vol. I, 1996, pg. 45.

¹⁶⁷ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., señala que la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha tendido a *desplazar determinados supuestos de vicios y defectos ocultos muy graves hacia la regulación del incumplimiento contractual con lo que aplica los arts. 1124 y 1101 del Código Civil*. “Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (arts. 118 a 127)”, en *Perspectivas legales en el tratamiento de consumidores y usuarios en la legislación española. Especial referencia al Real Decreto Legislativo 1/2007, de defensa de los consumidores y usuarios. Cuadernos Digitales de Formación*, Nº 51, 2008, pg. 182. En este mismo sentido ORTÍ VALLEJO, A. DE P., señala que, en la práctica, *el defecto no grave –el de menor entidad– se queda desprovisto de tutela*. *Op. cit.*, pg. 50.

los requisitos establecidos por el artículo 1484 del CC para poder ejercitar las acciones edilicias es que el defecto imputado sea grave.

ii) Determinados autores defienden que cuando se trata del suministro o venta de cosa genérica no cabe aplicar el régimen de saneamiento por vicios ocultos, configurando tal supuesto un “aliud pro alio”¹⁶⁸.

iii) Se defiende que no concurre un supuesto de “aliud pro alio” si los defectos de la cosa permiten su reparación¹⁶⁹.

iv) Por determinados autores se ha destacado que para que concurra un supuesto de “aliud pro alio”, no resulta suficiente la simple insatisfacción del comprador con respecto al destino pactado para el objeto del contrato, sino que será necesario que éste no haya podido ser aprovechado en forma alguna¹⁷⁰.

Partiendo de la diferenciación realizada por la jurisprudencia del “aliud pro alio” y del saneamiento por vicios ocultos, se ha venido a comparar supuestos de hecho muy similares, analizando las decisiones adoptadas por los juzgadores a la hora de identificar la figura que concurre en cada uno de dichos

¹⁶⁸ MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., recoge las posturas ya expuestas de DE VERDA Y BELMONTE, J. R., y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., para exponer que *si no se entrega el género convenido por las partes sea por ser de calidad inferior o por no tener las cualidades exigibles, se estará necesariamente ante la entrega de cosa diversa a la pactada y no ante cosa con vicio oculto. “Aliud pro alio” versus vicios ocultos en compraventa mercantil de cosa genérica (aceite de oliva): STS 21 octubre 2005*, en *Nul: comentarios de sentencias*, N^o 2, 2006. <<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=153>>, consultado a 11 mayo, 2013.

¹⁶⁹ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., alude a la STS de 22 de abril de 2005 (EDJ 2005/55113) para defender tal postura, si bien no se aprecia la relación que guarda tal sentencia con la posición defendida. “El Concepto del Aliud Pro Alio. Foro Abierto”, MAGRO SERVET, V. (coord.), en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, N^o 4, 2006, EDB 2006/7759.

¹⁷⁰ Señala ORTÍ VALLEJO, A. DE P., que *si el comprador puede utilizar la cosa de alguna manera y obtener alguna ventaja de la misma estaremos ante un supuesto de meros vicios, al que no procede aplicarle las reglas del incumplimiento, sino las especiales de los defectos, según que la compraventa sea civil o mercantil, con sus exiguos plazos de ejercicio. Op. cit., pg. 48.*

supuestos. De una parte, se han comparado casos en que se ha resuelto sobre la existencia de determinados defectos en la compraventa o suministro de hormigón (STS de 30 de noviembre de 1984 -RJ 1984\5695¹⁷¹-, la SAP de Barcelona de 3 de abril de 2000 -AC 2000\1894¹⁷²- y la STS de 21 de junio de 2007 -RJ 2007\3782¹⁷³-) y de otra, contenciosos en los que el defecto se

¹⁷¹ Bernal Pareja, S.A., contrató con Asland, S.A., el suministro de hormigón necesario para la construcción de una residencia, debiendo paralizarse dichas obras de construcción al observar que parte de los pilares construidos carecían de la solidez necesaria por la deficiente calidad del hormigón suministrado; parte de la estructura construida hasta el momento debió ser demolida y parte apuntalada, habiendo reconocido Asland, S.A., ante las reclamaciones de la mercantil Bernal Pareja, S.A., la débil resistencia de los hormigones suministrados.

El Tribunal Supremo, aún sin declarar explícitamente que tales circunstancias representaban un supuesto de "aliud pro alio" viene a descartar que el mismo constituya un supuesto de defectos o vicios ocultos de las cosas suministrada; ante *el incumplimiento del suministrador entregando un hormigón que no sirve para la construcción a que iba destinado, es indiscutible que (el suministrador) está obligado a su reparación, indemnizando por los daños y perjuicios causados, no con amparo en una acción resolutoria, ni rescisoria, ni de saneamiento, ni por defectos o vicios de las cosas suministradas, sino con la acción consiguiente a la falta de cumplimiento del tenor de las obligaciones contractuales, que concede el artículo 1101 del Código Civil, que no tiene plazo especial de prescripción, por, lo que será de aplicar el de quince años establecido para las acciones de esta clase, en el artículo 1964 del mismo Cuerpo legal.*

¹⁷² Construcciones Pere, S.A., firmó un contrato de suministro de hormigón con la demandada Horcicemex, S.A., por el cual ésta última venía obligada a suministrarle hormigón de una determinada calidad (de una resistencia característica de 175 kg/cm²). Quedó probado que el hormigón suministrado no se ajustó a la calidad pactada (el hormigón suministrado arrojó, a los 28 días, resultados de 139, 142, 150 y 152 kg/cm², en lugar de los 175 pactados), aun cuando el hormigón suministrado se destinó por Construcciones Pere, S.A., al uso inicialmente previsto y los problemas surgidos por la falta de resistencia no determinaron derribo alguno de la obra ejecutada ya que aquella falta de resistencia no afectaba a la seguridad del edificio ni impedía su terminación.

La Audiencia Provincial de Barcelona viene a señalar que el supuesto planteado no supone un supuesto de vicios ocultos de la cosa vendida encuadrable en el artículo 342 del CCo sino de entrega de una cosa de calidad diferente de la pactada entre las partes, esto es, *una entrega de «aliud pro alio», es decir, un verdadero incumplimiento de la obligación derivada del contrato no sujeta, por tanto, al plazo de las acciones edilicias.*

¹⁷³ Hormigones Jarama, S.A., y Telford Jarama, S.A., firmaron un contrato por el que esta primera se obligó a facilitar unas partidas de hormigón de una determinada calidad, hormigón utilizado por esta segunda para realizar una construcción. Quedó probada la entrega por parte de Hormigones Jarama, S.A., de un cemento que, pese a carecer de la calidad estipulada, resultó válido para la construcción de la obra llevada a cabo por Telford Ibérica, S.A., ya que *no tuvo que demolerse la obra construida con ese material.*

Habiéndose identificado por Telford Ibérica, S.A., el supuesto descrito como un "aliud pro alio", el Tribunal Supremo viene a mantener lo resuelto en primera instancia y apelación: este caso se

manifestaba en la adquisición de baldosas o azulejos (SAP de Barcelona de 29 de diciembre de 2004 -JUR 2005\65687¹⁷⁴-, la SAP de Alicante de 8 de marzo de 2006 -JUR 2006\186563¹⁷⁵-).

Del análisis de estas sentencias se puede observar como ante supuestos iguales o muy similares se adoptan decisiones diferentes: en el caso de los defectos en el hormigón, vicios en los materiales objeto de contrato que no conllevaron su inutilidad sirviendo a su fin, los supuestos resueltos por la STS de 30 de noviembre de 1984 y por la SAP de Barcelona de 3 de abril de 2000, fueron calificados como “aliud pro alio”, cuando en la STS de 21 de junio de 2007 se catalogaron como gravámenes ocultos; en el caso de los defectos en las

clasificó como un supuesto de vicios ocultos del artículo 1490 del CC, ya que el “aliud pro alio” no es lo que acontece en el caso enjuiciado, toda vez que el hormigón, pese a carecer de la calidad estipulada, había sido recepcionado por la compradora y empleado en la ejecución de la obra, por lo cual, en el peor de los casos, se trataría de un caso de entrega de producto con características específicas defectuosas o de calidad diferente a la pactada, pero en ningún caso del incumplimiento contractual al que se refiere el supuesto de hecho de los artículos 1101 y 1124 del Código Civil. La sentencia de casación entiende que el caso expuesto supone la existencia de vicios ocultos de una entidad tal, que no llegaron a provocar la inhabilidad del objeto, por cuanto consta probado que el hormigón fue recepcionado y empleado en la construcción.

¹⁷⁴ Por Pavimentos Canigo, S.A., se suministró a Rectificadora del Valles, S.A., determinadas partidas de baldosas de las que algunas de ellas presentaron diferente tonalidad a la encargada y defectos intrínsecos en su composición.

La Audiencia Provincial de Barcelona confirmó lo dictaminado en primera instancia considerando que el caso expuesto no puede tratarse como un supuesto de “aliud pro alio” o de pleno incumplimiento por prestación diversa ya que *no consta la inutilidad total*, concluyéndose que *lo que puede pretenderse es el saneamiento, posibilidad que ha decaído por el transcurso de los 6 meses del art. 1490 CC.*

¹⁷⁵ Pavimentos Gadi, S.L., suscribió un contrato de suministro con Villa San Isidro, S.L., por el que dicha primera mercantil venía obligada a suministrar a esta segunda entidad una cantidad determinada de baldosas o azulejos, resultando que un 35% de los elementos entregados presentaron un color más claro del acordado.

El juzgado “a quo” concluyó que tal supuesto debía considerarse como un caso de *incumplimiento total debido a la inhabilidad del objeto y la consiguiente insatisfacción del comprador, por tanto, ante un supuesto de “aliud pro alio”*. En el mismo sentido, la SAP de Alicante vino a confirmar tal pronunciamiento de primera instancia, *dado que la demandada suministró hasta un total de 35% de losas distintas a las pedidas lo que provoca una falta de uniformidad del suelo.*

balosas o azulejos, una diferencia en la tonalidad acordada (junto a otros pequeños defectos) vino a calificarse como un caso de saneamiento por vicios ocultos en el supuesto de la SAP de Barcelona de 29 de diciembre de 2004, siendo interpretado tal defecto por la SAP de Alicante de 8 de marzo de 2006 como un supuesto de “aliud pro alio”.

Se ha destacado por la doctrina la falta de seguridad jurídica que viene provocando el desarrollo de la figura del “aliud pro alio”, al calificarse de tal forma situaciones que en principio deberían considerarse como supuestos de vicios ocultos:

i) De acuerdo con TUERO ALLER, la consecuencia de la línea jurisprudencial que desarrolla el “aliud pro alio” es *la superposición de ambas figuras, con la consiguiente quiebra del principio de seguridad jurídica, al ser posible calificar el mismo supuesto de una u otra forma según se estime más conveniente. De este modo ni comprador ni vendedor conocerán con la necesaria certeza cuál será el criterio que va a aplicarse, lo que resulta especialmente grave cuando las diferencias son tan notables como las que resultan de comprar ambos plazos*¹⁷⁶.

ii) Según GARNICA MARTÍN¹⁷⁷, *en la práctica no resulta posible hacer una distinción en abstracto (entre los supuestos de vicios ocultos y de “aliud pro alio”), pues unos mismos vicios unas veces optan los tribunales por la aplicación de las*

¹⁷⁶ “Dos supuestos de caducidad y prescripción en el contrato de compraventa: saneamiento por vicios ocultos y ventas al consumo”, en *Cuadernos de derecho judicial: Prescripción y caducidad de derechos y acciones*, N° 14, 2005, pgs. 331 y 332.

¹⁷⁷ “El Concepto del Aliud Pro Alio. Foro Abierto”, MAGRO SERVET, V. (coord.), en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, N° 4, 2006, EDB 2006/7759.

acciones edilicias (siempre que se hayan podido ejercitar oportunamente) o por la de incumplimiento (aliud pro alio) cuando el ejercicio fue una vez transcurrido el plazo de caducidad antes referido. Por consiguiente, se acude a meras razones de oportunidad.

iii) Para GARCÍA-CHAMÓN CERVERA la doctrina jurisprudencial del “aliud pro alio” *incurre en discrecionalidad al calificar como hecho constitutivo del incumplimiento contractual el mismo que define a los vicios ocultos en el régimen previsto en el Código civil e introduce un factor de incertidumbre e inseguridad por las dosis de subjetivismo sobre las que se asienta la doctrina legal, pues, en definitiva, no hay ni ofrece unos cánones claros de referencia para poder determinar cuándo los defectos son de la suficiente gravedad o entidad para permitir el ejercicio de unas u otras acciones*¹⁷⁸.

iv) Para MARTÍNEZ VELENCOSO *nos encontramos ante un panorama realmente desalentador, puesto que no podemos delimitar a priori cuándo la cosa vendida adolece de vicios o cuándo es un aliud respecto a lo pactado*¹⁷⁹.

v) GARCÍA PÉREZ se refiere a la existencia de una *situación de incertidumbre creada por la disparidad de criterios a la hora de decidir si al vicio oculto en el bien comprado se le aplica la disciplina especial de los artículos 1.484 y ss. CC., o la general en materia de obligaciones*¹⁸⁰.

¹⁷⁸ “Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (arts. 118 a 127)”, *op. cit.*, pg. 182.

¹⁷⁹ *Op. cit.*, pg. 38.

¹⁸⁰ “Las acciones edilicias y el artículo 1.124 del Código Civil”, *op. cit.*, pg. 432.

En la práctica ocurre que el comprador cuando detecta que no dispone de la protección del artículo 1484 del CC porque ha dejado transcurrir el plazo de seis meses de caducidad determinado por el artículo 1490 del CC, intenta reclamar al vendedor con base en la figura del “aliud pro alio” para lo cual dispone de un plazo mucho más amplio para su ejercicio (15 años de acuerdo con el artículo 1964 del CC), reclamación a la que el vendedor, al contestar a los pedimentos del comprador, suele oponer la caducidad de su acción en base al transcurso de dicho plazo de seis meses del artículo 1490 del CC¹⁸¹.

Desde la doctrina¹⁸² y la jurisprudencia¹⁸³ se ha reconocido que las razones que llevan a reconocer como un supuesto de “aliud pro alio” a los defectos que

¹⁸¹ En esta línea GILI SALDAÑA, M. A., señala que *Las dificultades en la aplicación del régimen del saneamiento por vicios ocultos harán que, por lo general, no sea el comprador, sino el vendedor, quien invoque esta vía para intentar exonerarse de responsabilidad. “Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías”, en Indret: Revista para el Análisis del Derecho, N° 2, 2010, pg. 12. <http://www.indret.com/pdf/736_es.pdf>, consultado a 11 mayo, 2013.*

Esta última autora alude a lo manifestado por GÓMEZ POMAR, F., cuando señala *cómo son precisamente los vendedores, caso de aparecer una contingencia negativa sobre la empresa adquirida, quienes tratan de enmarcar el debate jurídico bajo la óptica del saneamiento, y no bajo la de los remedios generales frente al incumplimiento. “El incumplimiento contractual en Derecho español”, en Indret: Revista para el Análisis del Derecho, N° 3, 2007, pg. 37. <http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf>, consultado a 11 mayo, 2013.*

¹⁸² Para PEÑA LÓPEZ, F., *En realidad, lo que se esconde detrás de esta doctrina jurisprudencial son claros supuestos de vicios redhibitorios (art. 1484, vicios que hacen la cosa «impropia para el uso al que se destina») que se someten a un régimen jurídico que no ha sido establecido para ellos por simples razones de justicia material. “La entrega de una vivienda o un local comercial con irregularidades urbanísticas: ¿incumplimiento del contrato de compraventa?” en Aranzadi civil: revista doctrinal, N° 2, 2010, pg. 59.*

Para SOLER PASCUAL, L. A., *la doctrina (relativa al aliud pro alio) que la propia jurisprudencia reconoce asentada en un postulado de justicia material, pues advierte que el breve plazo de caducidad del art. 1490 CC para el ejercicio de acciones edilicias, que se empieza a computar desde la venta misma, imposibilitaría en la mayoría de ocasiones, la reclamación del comprador que ha adquirido un objeto inidóneo o en condiciones de uso y valor radicalmente distintas de las que fueron atribuidas a la cosa en el momento de la compra. “El Concepto del Aliud Pro Alio. Foro Abierto”, MAGRO SERVET, V. (coord.), en Revista de Jurisprudencia El Derecho, N° 4, 2006, EDB 2006/7759.*

deberían considerarse como gravámenes ocultos, son de índole material o de equidad.

La situación descrita sobre la posible calificación de determinados defectos aparecidos en el bien adquirido como un supuesto de “aliud pro alio” (al que aplicar los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC) o como un caso a regirse por las acciones edilicias (esto es, por los artículos 1184 y concordantes del CC) provoca que quede distorsionada la posición expuesta por quien suscribe sobre la clara diferenciación del supuesto de hecho de las acciones edilicias (referido a la compraventa de cosa específica) y del supuesto de hecho del incumplimiento de los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC (referido a la compraventa de cosa genérica)¹⁸⁴.

¹⁸³ Para la STS de 20 de diciembre 2000 (RJ 2000\10128), *la problemática que plantea la materia jurídica controvertida (vicios internos u ocultos, e incumplimiento por inhabilidad del objeto) es un tema doctrinal y jurisprudencialmente. (entre otras Sentencias, entre las más recientes, las de 6 de abril 1989; 6 octubre 1990;...), difícil, en el que en ocasiones las soluciones vienen apoyadas por sólidas razones de justicia material en relación con la imprecisión legislativa.*

Para la SAP de Barcelona de 22 de marzo de 2002 (JUR 2002\152173), *Lo anterior pone de manifiesto la flexibilidad asumida por la jurisprudencia en cuanto a los requisitos necesarios para la invocación con éxito de las normas protectoras del principal derecho del comprador, y que las líneas definidoras de las distintas acciones se diluyen admitiéndose la posibilidad de la compatibilidad entre las acciones generales de incumplimiento y las acciones concretas de saneamiento. Todo ello en aras de un postulado de justicia material, pues el breve plazo del artículo 1490 del Código Civil para el ejercicio de la acciones edilicias imposibilitaría en muchos casos, como aquí ocurre, el éxito de la pretensión del comprador, de modo que su legítimo derecho a recibir aquello que compró en las condiciones de idoneidad que le fueron atribuidas en el momento de celebrar el contrato, quedaría por completo defraudado. No puede olvidarse, por último, que incluso el Tribunal Supremo acude al principio de la buena fe que debe presidir las relaciones contractuales para justificar lo que venimos afirmando (STS de 10 de junio 1976, STS de 26 de mayo 1990, STS de 3 de febrero 1986).*

¹⁸⁴ Tal y como refiere REBOLLEDO VARELA, A. L., *las leyes tras un período más o menos amplio de aplicación desde su entrada en vigor terminan por adquirir vida propia, y no es extraño que la voluntad del legislador pase a formar parte simplemente de los antecedentes históricos sin que mantenga una especial relevancia que se ve pronto sustituida por la «voluntad de los Jueces y Tribunales» expresada a través de sus sentencia. “Efectos de la Sentencia”, en Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Aranzadi, Elcano, 2000, BIB 2000\2188.*

Podría plantearse que el desarrollo jurisprudencial de la figura del “aliud pro alio” venga motivado, amén de por las razones de equidad o justicia material aludidas, por la adaptación de las normas existentes a la situación real que se da en el tráfico comercial hoy en día (debe recordarse que *la sociedad, sobre la que se proyecta el Derecho, es cambiante, por lo que éste ha de acomodarse a las evoluciones sociales, modificando sus normas*¹⁸⁵); se ha defendido que el saneamiento por vicios ocultos, sistema el cual se había afirmado creado sobre un supuesto de hecho diferente al régimen general del incumplimiento (compraventa de cosa específica frente a compraventa de cosa genérica), hoy en día no soluciona de forma completa los problemas que surgen en la mayoría de compraventas, ya que la mayor parte de transacciones existentes tienen por objeto bienes fabricados en serie que representan compraventas de cosa genérica y no específica. Esta circunstancia ha sido destacada por la doctrina de diferente forma:

i) Para MARTÍNEZ VELENCOSO *este régimen* (el del saneamiento por vicios ocultos) *no funciona del todo bien en el tráfico actual, donde los bienes han sido fabricados en masa y la mayoría de contratos de compraventa tienen por objeto bienes de*

Esta idea podía trasladarse a las previsiones de los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC, las cuales nacieron para regular la compraventa de cosa genérica y terminaron por regir la figura de “aliud pro alio” en los términos expuestos.

¹⁸⁵ GARCÍA GARRIDO, M., Y FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Iniciación al derecho*, 8ª ed., Universitas, Madrid, 2004, VLEX-269240.

*este tipo. Para este tipo de contratos de ventas resultan más adecuadas las normas generales del incumplimiento contractual que las especiales del saneamiento*¹⁸⁶.

ii) TORRELLES TORREA afirma que el *régimen del incumplimiento (art. 1096 CC) de que dispone un comprador de cosa genérica es más adecuado para dar respuesta a las necesidades del tráfico actual, donde la mayoría de las transacciones se realizan entre profesionales de la producción y consumidores*¹⁸⁷, tráfico actual en que el régimen de las acciones edilicias *resulta inaceptable en un sistema de capitalismo avanzado; se manifiesta que, cuando se estableció el régimen de los vicios ocultos en el Código Civil (a finales del siglo XIX) imperaba un mercado alejado de la producción en masa y productos estandarizados, cosas típicamente genéricas*¹⁸⁸ y no se había producido todavía la transformación de la producción artesanal a la producción en masa, ni los objetos vendidos tenían la complejidad de la maquinaria, que hoy se vende¹⁸⁹.

iii) Ya se indicó que para VATTIER FUENZALIDA¹⁹⁰ el sistema de saneamiento por vicios ocultos (creado para la compraventa de cosa específica) no se adapta a la producción en serie y el comercio de cosas genéricas, representando un régimen que *no se ajusta a las exigencias del tráfico actual*.

Sea cual sea la razón que ha dado lugar a la concepción jurisprudencial actual del “*aliud pro alio*”, en la realidad se descubre una situación difícil de

¹⁸⁶ *Op. cit.*, pg. 35.

¹⁸⁷ *Op. cit.*, pg. 819.

¹⁸⁸ *Op. cit.*, pg. 814.

¹⁸⁹ *Op. cit.*, pg. 806.

¹⁹⁰ *Op. cit.*, pg. 1238.

explicar desde un punto de vista lógico: la descripción de las sentencias citadas sobre defectos en el bien adquirido revela como dichos vicios en unas ocasiones se catalogan de una forma (“aliud pro alio”) y en otras de diferente manera (vicios ocultos a los que aplicar las acciones edilicias). Sin embargo, esta supuesta contradicción parece que pueda superarse a través de la introducción en nuestro Derecho de la figura de la *falta de conformidad*, la cual a continuación pasa a presentarse.

CAPÍTULO II. CONFORMIDAD DE LOS BIENES MUEBLES EN LA COMPRAVENTA DE CONSUMO. RÉGIMEN DEL TÍTULO

IV DEL TRLGDCU

1. EL PRINCIPIO DE CONFORMIDAD DEL TÍTULO IV. INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO EN EL DERECHO ESPAÑOL.

Una vez se ha expuesto cuál es la relación de los diferentes regímenes que cabe aplicar ante unos defectos surgidos en el bien objeto de compraventa, sin incluir en dicha exposición al régimen sobre la venta en bienes de consumo determinado del TRLGDCU, se pasa a analizar este último sistema. A continuación, se presentan las cuestiones que han resultado más relevantes de tal régimen, exponiendo, en la medida de lo posible, cuál es la postura manifestada por la doctrina y la jurisprudencia sobre cada una de ellas, terminando por plantearse la posición al respecto de quien suscribe.

El TRLGDCU en su artículo 114 establece que *El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto* para a continuación en su artículo 116 enumerar unos requisitos que se deben cumplir para que un producto sea conforme con el contrato¹⁹¹.

¹⁹¹ Artículo 114.

1. *Salvo prueba en contrario, se entenderá que los productos son conformes con el contrato siempre que cumplan todos los requisitos que se expresan a continuación, salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable:*

El Título IV del Libro II establece la necesidad de que un bien de consumo no presente ninguna falta de conformidad, concepto introducido en el ordenamiento de jurídico español a través de la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, al cual se adhirió España por instrumento de 17 de julio de 1990 (BOE de 30 de enero de 1991), Convención que en sus artículos 35 y siguientes recogió el concepto de *falta de conformidad*¹⁹².

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

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

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

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

2. La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del producto se equipará a la falta de conformidad del producto cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa o suministro regulados en el artículo 115.1 y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o por el consumidor y usuario cuando la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación.

3. No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad que el consumidor y usuario conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato o que tengan su origen en materiales suministrados por el consumidor y usuario.

¹⁹² Artículo 35.

1. El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato.

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

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

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

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

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

Se ha adelantado como el artículo 114 del TRLGDCU obliga a que el vendedor entregue un producto *conforme con el contrato*, adoptando el concepto anteriormente denominado como falta de conformidad. Los artículos 114, 116 y concordantes del TRLGDCU, los cuales delimitan tal concepto, han venido a recoger (sin introducir modificaciones sustanciales) las previsiones que sobre dicha falta de conformidad estableció la LGVBC.

Establece el artículo 116.1 del TRLGDCU la necesaria concurrencia de una falta de conformidad del bien de consumo con el contrato para recurrir a las diferentes formas de saneamiento que incluye el Título IV, determinando dicho precepto una serie de condiciones que deben darse en un producto para considerarlo conforme¹⁹³.

En el segundo apartado de dicho artículo 116 del TRLGDCU se añade otro criterio para apreciar la falta de conformidad que operará *cuando la instalación*

3. *El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato.*

¹⁹³ De acuerdo con el artículo 116.1 del TRLGDCU, se requiere para que un producto sea conforme *todos los requisitos que se expresan a continuación, salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable:*

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

b. Sean aptos para los usos a que ordinariamente se destinen los productos del mismo tipo.

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

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

esté incluida en el contrato de compraventa o suministro regulados en el artículo 115.1 y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o por el consumidor y usuario cuando la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación; en caso de concurrencia de tal circunstancia referida a una incorrecta instalación del producto, se entenderá que el bien de consumo no es conforme con el contrato convenido siendo posible acudir a los remedios incluidos en el Título IV.

Por último, en su apartado 3, el artículo 116 en cuestión establece dos causas de exoneración de responsabilidad para el vendedor: i) *que el consumidor y usuario conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato las faltas de conformidad o ii) que tengan su origen en materiales suministrados por el consumidor y usuario.*

Debe manifestarse que el régimen establecido en la LGVBC apenas ha sido alterado dado que tan solo ha sufrido dos modificaciones, las operadas por el TRLGDCU¹⁹⁴ y por la Ley 3/2014 por la que se modificó el citado TRLGDCU¹⁹⁵.

¹⁹⁴ Tal y como señala la SAP de Barcelona de 4 de septiembre de 2012 (JUR 2012\333731) *no podemos olvidar que aquella Ley (el TRLGDCU) ha integrado, con muy escasas modificaciones, en el referido Título IV esta última, manteniendo los mismos principios de la Ley derogada (la LGVBC) (La principal novedad la podemos encontrar en el art. 127, al regular la reparación y servicio postventa, con obligación de conservar repuestos en el plazo de cinco años desde que se dejó de fabricar el producto), de tal modo que los arts. 121 y 123 TRLGDCU, en que se funda la demanda, son una transposición de los arts. 7 y 9 de la LGVBC.*

¹⁹⁵ La Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, presenta un triple objetivo:

1. Transponer a la legislación española la Directiva 2011/83/UE.
2. Adaptar el ordenamiento nacional a la *jurisprudencia del TJUE relativa a la imposibilidad de que el juez pueda modificar el contenido de una cláusula contractual declarada abusiva* (así lo reconoce el

Por ello, las consideraciones que se realizaron sobre dicha LGVBC por doctrina y jurisprudencia, continúan siendo aplicables hoy en día, excepto por las modificaciones que se hayan podido a realizar que, en su caso, serán referidas; en cualquier caso cabe plantear la posibilidad de que el TRLGDCU rebasase el mandato legislativo que se le dio de refundir, entre otras normas, la LGVBC, dado que las modificaciones que realizó el TRLGDCU del régimen establecido en la LGVBC pudieron haber superado en alguna ocasión la mera labor de refundición¹⁹⁶.

propio Preámbulo de la Ley 3/2014 al referir que *la ley procede a dar cumplimiento a la sentencia de 14 de junio de 2012, en el asunto C-618 Banco Español de Crédito*).

3. Introducir algunas nuevas previsiones, no previstas en la Directiva 2011/83/UE: *por ejemplo, se ha aprovechado para reformar el régimen de prácticas comerciales del art. 19 TRLCU, también las oficinas y servicios de información al cliente (art. 21.2 y 3 TRLCU) y, asimismo, el sistema general de fuentes aplicable a los contratos con consumidores (art. 59.2 TRLCU)*.

CORDERO LOBATO, E., "¿Protección sectorial y protección consumerista general? De minimis y de maximis. Sobre la reforma del artículo 59.2 del TRLCU", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 9, 2014, pg. 2. <<https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/464>>, consultado a 15 julio, 2014.

¹⁹⁶ El artículo 82 de la CE recoge la posibilidad de las Cortes Generales de delegar su competencia legislativa al Gobierno con el fin de *refundir varios textos legales en uno solo*, en la figura denominada *Texto Refundido*; en el apartado 5 de dicho artículo, se especifica que la autorización dada por la Cortes Generales para dictar el texto refundido determinará el ámbito normativo a que se refiere el contenido de la delegación, indicando si dicha delegación ampara para simplemente formular texto único o si también se deben regularizar, aclarar y armonizar los textos legales que han de ser refundidos.

En el caso del TRLGDCU, según su Exposición de Motivos, tal norma viene motivada por *la previsión recogida en la disposición final quinta de la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios, que habilita al Gobierno para que, en el plazo 12 meses, proceda a refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos*.

La delegación realizada para dictar el TRLGDCU instaba a la reformulación de las normas a refundir en dicho texto y a la regularización, aclaración y armonización de las mismas. La legislación que ha sido refundida, en su incorporación al TRLGDCU, en algunos casos, ha sufrido importantes modificaciones.

¿En qué medida un texto refundido habilitado para *regularizar, aclarar y armonizar* puede modificar sustancialmente el contenido de las normas a refundir? Partiendo de que no existe una jurisprudencia clara que nos pueda aclarar en qué consisten dichos conceptos *regularizar*,

Hasta la promulgación de la LGVBC e instauración de tal concepto de falta de conformidad, cuando un vendedor entregaba un bien de consumo defectuoso debía acudirse a las previsiones del Código Civil para determinar qué remedio utilizar ante el acaecimiento de tal defecto, encontrándose con la difícil situación de elegir entre el régimen del saneamiento por vicios ocultos y el del “aliud pro alio” anteriormente planteada, si bien la promulgación de la LGVBC supuso la superación de tal problemática.

A. Doctrina.

La LGVBC en su Exposición de Motivos reconocía que dicha ley tuvo *por objeto la incorporación al Derecho español de la Directiva 1999/44/CE*¹⁹⁷ la cual

aclarar y armonizar (CAVANILLAS MÚGICA, S., “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 1, 2008, BIB 2008\24), dado que las modificaciones introducidas por el TRLGDCU han afectado en gran medida a la legislación que refunde, hay quien ha entendido que el legislador ha podido excederse en el cumplimiento del mandato dado de refundición (LARROSA AMANTE, M. A., “Principales novedades en el ámbito de la protección del consumidor. El RD Legislativo 1/2007 de 16 noviembre”, en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, N° 3, 2008, EDB 2008/20537; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “El texto refundido sobre legislación de consumo”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 18, 2007, BIB 2007\3039; PARRA LUCAN, M. A., “Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Práctica de Derecho de Daños*, N° 69, 2009, LA LEY 2506/2009).

Cabe apreciar la existencia de modificaciones que vienen a alterar completamente el régimen anterior al TRLGDCU, pudiendo ello exceder la habilitación para refundir dada por las Cortes, modificaciones que serán en su caso referidas a lo largo del presente trabajo.

¹⁹⁷ A propósito de la Directiva 1999/44/CE, debe manifestarse que en el campo de la protección de los consumidores es donde mayor unificación se ha dado en el Derecho Contractual Europeo advirtiéndose que *los más importantes logros hasta ahora han venido guiados por la necesidad de articular un sistema común de protección de los ciudadanos considerados como consumidores o usuarios*. ROCA GUILLAMÓN, J., “Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)”, en *XVI Jornadas de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Zaragoza, 16 y 17 de noviembre de 2012, 2013*, 1ª ed., Editum, Murcia, 2014, pg. 209. En parecido sentido, GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., manifiesta que la mayor armonización en la legislación de los diferentes Estados que forman parte de la Unión Europea se ha producido en materia de consumidores y usuarios: se han dado *Directivas aprobadas por la UE con la finalidad de armonizar los ordenamientos de los Estados miembros en materias relativas a contratos con consumidores*

introduce el principio de conformidad de los bienes con el contrato, si bien para la doctrina la idea de conformidad no resulta extraña a nuestra tradición jurídica: la mayoría de autores¹⁹⁸ señalan que el principio de conformidad se corresponde con el deber de cumplir adecuadamente con lo pactado y lo que las leyes establecen, de acuerdo con los artículos 1091 y 1258 del CC¹⁹⁹, o lo que es lo mismo, el cumplimiento exacto de los contratos²⁰⁰; también hay quien considera que el concepto de falta de conformidad se identifica con el régimen tradicional de los vicios ocultos del CC²⁰¹.

El principio de conformidad, que se ha definido de diversas formas (por ejemplo, como *la necesidad de correspondencia o adecuación entre lo estipulado por las partes en el contrato y las prestaciones efectivamente llevadas a cabo por cada uno de*

siendo su resultado importante pero no plenamente satisfactorio. “La unificación del Derecho Civil Patrimonio Europeo”, en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coord.), Vol. 1º, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pgs. 1795 y 1796.

Al respecto, la SAP de Madrid de 26 de septiembre de 2014 (Id Cendoj: 28079370102014100294) señala sobre la Directiva 1999/44/CE que esta norma *establece un conjunto de medidas tendentes a garantizar un nivel mínimo uniforme de protección de los consumidores en el marco del mercado interior en todos y cada uno de los Estados miembros introduciendo para ello el principio de conformidad de los bienes con el contrato, aplicable a los supuestos de contratos de compraventa de bienes de consumo celebrados entre el vendedor y el consumidor.*

¹⁹⁸ MOSCOSO TORRES, P. J., “El régimen legal de las garantías en la venta de bienes de consumo”, en *Manuales de formación continuada*, Nº 34, 2005, pg. 741; COSTAS RODAL, L., “El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo”, en *Aranzadi civil*, tomo XIII, Vol. I, 2004, pg. 2054.

¹⁹⁹ Artículo 1091.

Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos.

Artículo 1258.

Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.

²⁰⁰ MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *op. cit.*, pg. 25.

²⁰¹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo y la defensa del Consumidor”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 14, 2003, BIB 2003\1332.

ellos²⁰² o como la adecuación, correspondencia o identidad entre el objeto y las características pactadas y lo efectivamente entregado al consumidor²⁰³), de acuerdo con la doctrina, ha superado la distinción que se venía realizando entre el “aliud pro alio” y el régimen de saneamientos por vicios ocultos²⁰⁴:

- TORRELLES TORREA reconoce entre las pocas novedades aportadas por la LGVBC, la de poner fin a la distinción entre vicios y aliud²⁰⁵.
- Para SÁNCHEZ CALERO, *La circunstancia de que el vendedor responda por cualquier falta de conformidad supone que nos hallamos ante un concepto unitario; en él quedan incorporados, respecto a las ventas de bienes de consumo, todos los supuestos de falta de cumplimiento por vicios, defectos, falta de calidad de los bienes, entrega de una cantidad menor de la debida o aliud pro alio; es decir, por este concepto el vendedor es responsable de cualquier divergencia existente entre el bien entregado y el debido según el contrato; si lo que existe es*

²⁰² TORRELLES TORREA, E., “El leve acercamiento de la ley de garantías de los bienes de consumo a la non-performance”, *op. cit.*, pg. 812.

²⁰³ CASTILLA BAREA, M., “La determinación de la “falta de conformidad” del bien con el contrato a tenor del art. 3.1 del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo (I Parte)”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, N° 17, 2002, BIB 2002\2168.

²⁰⁴ REBOLLEDO VARELA, A. L., manifiesta que *en el mundo jurídico la aparición de cualquier nueva ley de importancia... siempre es recibida con un cierto recelo, generando una reacción general que, en un principio, está orientada fundamentalmente hacia una consideración crítica de la misma. “Legitimación activa”, en Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Aranzadi, Elcano, 2000, BIB 2000\2184.

A pesar de lo referido por este autor, no puede más que reconocerse que la incorporación del principio del conformidad a la LGVBC ha sido valorada muy positivamente por la doctrina, posición que comparto dado que, tal y como más adelante se expondrá, la introducción de este principio ha servido para recoger en un solo concepto tanto los supuestos a calificar como “aliud pro alio” como aquellos que considerar como vicios ocultos.

²⁰⁵ *Op. cit.*, pg. 837.

*un incumplimiento absoluto de la obligación de entrega (no entrega del bien), tal situación queda sometida al régimen ordinario del Código Civil*²⁰⁶.

- Para BERNAD MAINAR, *El concepto de falta de conformidad es tan amplio que comprende no sólo los casos de un aliud pro alio (el objeto con el que pretende cumplir el vendedor no es el pactado, sino uno diferente), sino también el caso de incumplimiento del vendedor de la obligación de entregar*²⁰⁷.
- Más contundente resulta la afirmación realizada por COSTAS RODAL: *Se produce en el art. 4 I de la Ley 23/2003 una unificación de remedios.... El régimen concebido para la puesta en conformidad viene a aunar los remedios tradicionales para el saneamiento por vicios ocultos de los artículos 1484 y ss. CC (acciones redhibitoria y quanti minoris) con los propios del incumplimiento en el Código Civil (acción de cumplimiento –artículo 1096–, acción resolutoria – artículo 1124–, acción de indemnización de daños y perjuicios –artículo 1101)*²⁰⁸.
- GARCÍA PÉREZ refiere que el régimen establecido en la venta de bienes de consumo *obedece a la necesidad de garantizar una tutela reforzada de los derechos de los consumidores, régimen que manifiesta que ha surgido dada la comprobación de la escasa utilidad de las acciones edilicias como*

²⁰⁶ “Faltas de conformidad en los contratos de venta de bienes de consumo y derechos de los consumidores” en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez, LLAMAS POMBO, E. (coord.)*, tomo II, 1ª ed., La Ley, Madrid, 2006, pg. 701.

²⁰⁷ “Redefinición de la responsabilidad por vicios ocultos en el Código Civil con anterioridad al Real Decreto-ley 1/2007, de 16 de noviembre”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 715, 2009, pg. 2317.

²⁰⁸ *Op. cit.*, pg. 2053.

instrumento de defensa del comprador cuando el bien adquirido resulta inhábil para su finalidad²⁰⁹.

B. Jurisprudencia.

Existe alguna resolución judicial que se pronuncia en sentido similar a la doctrina anteriormente citada entendiendo que el principio de conformidad²¹⁰ supone el superar la distinción realizada entre el “aliud pro alio” y el régimen de saneamientos por vicios ocultos. La SAP de Barcelona de 4 de septiembre de 2012, (JUR 2012\333731) ha declarado que debe entenderse “*Conformidad*” como *concepto más amplio que el de vicios o defectos ocultos del CC, abarcando además vicios*

²⁰⁹ “Las acciones edilicias y el artículo 1.124 del Código Civil”, *op. cit.*, pg. 432.

²¹⁰ Resulta adecuado destacar la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 26 de febrero de 2014 (JUR 2014\104839), la cual conoce del recurso de apelación interpuesto contra una sentencia que en primera instancia estimó la resolución de un contrato para la venta e instalación de baterías (la demanda requirió la resolución con base en el TRLGDCU, cuando tal resolución debería haberse fundamentado en el Código Civil; en este supuesto no resultaba aplicable el TRLGDCU al carecer el comprador de la condición del consumidor del art. 3 del TRLGDCU). La Audiencia Provincial estima que no supone irregularidad alguna el que la sentencia dictada en primera instancia acuerde la resolución requerida aplicando el art. 1124 del CC, aun cuando la demanda instada por el comprador estuviera fundamentada jurídicamente en la legislación protectora de los consumidores y usuarios: la AP descarta que pueda concurrir *incongruencia extra petita por el simple hecho de que la actora fundamentara jurídicamente la resolución del contrato e indemnización de los daños con basamento en la legislación protectora de los consumidores y usuarios. Dicho cambio de punto de vista en la aplicación de la legislación (por no tener la actora el carácter de consumidor) en modo alguno supone un cambio en la causa petendi siendo la misma acción ejercitada la que es apreciada, bajo otro punto de vista jurídico, por el Magistrado a quo: la acción resolutoria por incumplimiento contractual; no existiendo, por ello, desviación alguna ni mucho menos posibilidad de que ello haya podido provocar la más mínima indefensión a la parte demandada.*

Asimismo merece ser referida la SAP de La Coruña de 10 de octubre de 2014 (Id Cendoj: 15030370042014100295) la cual desestima el recurso de apelación interpuesto por el vendedor profesional condenado en primera instancia a devolver el precio que recibió por un vehículo que vendió al resolverse el contrato de compraventa. En uno de sus motivos del recurso alegaba que se había vulnerado el principio de congruencia dado que la sentencia de instancia se había dictado aplicando el Título IV cuando la demanda del consumidor instando la resolución se había fundado en el artículo 1124 del CC. En este sentido, la AP de La Coruña desestima tal motivo del recurso al considerar que en los hechos de la demanda se invocó *también entre los fundamentos jurídicos la normativa de consumidores y usuarios*, si bien, el elemento que deseo destacar de esta sentencia es la relevancia que se otorga a que la demanda alegara *expresamente el principio “iura novit curia”*.

de cantidad, calidad o tipo, e incluso el supuesto del aliud pro alio, lo que permite un tratamiento unitario; en parecido sentido se pronuncia la SAP de Córdoba de 8 de octubre de 2013 (JUR 2013\375227)²¹¹ y la SAP de Córdoba de 18 de octubre de 2013 (JUR 2013\375227)²¹².

C. Toma de posición.

Es apropiado considerar que la figura de la falta de conformidad comprende tanto los supuestos que dan lugar a la aplicación de las acciones edilicias como aquellos que provocan la aplicación del régimen del “aliud pro alio”.

La configuración de la falta de conformidad se considera un gran acierto dado que en dicho concepto vienen a incluirse los supuestos que unas veces se identifican como un “aliud pro alio” y otras como unos vicios ocultos, superando la difícil situación de inseguridad jurídica que conforma el no poder determinar a priori qué régimen debe aplicarse cuando surgen unos defectos en el bien objeto de compraventa; en cualquier caso, debe aclararse que la falta de conformidad no incluye los supuestos en que se da la falta de entrega del bien, tal y como más adelante se referirá.

²¹¹ Esta sentencia señala que *tal ley (el TRLGDCU) está presidida por la idea de garantía del consumidor, perdiendo sentido dentro de su ámbito de aplicación la distinción entre cosas específicas (a las que la doctrina suele someter al régimen de las acciones edilicias) y cosas genéricas (reconducidas a las normas del incumplimiento).*

²¹² Esta sentencia refiere que *la normativa antes indicada (los artículos 114 y siguientes del TRLGDCU), incidiendo en el camino abierto por la Ley 2/2003, de 10 de julio, suprime el concepto tradicional del Código Civil de vicios ocultos e introduce el concepto de falta de conformidad, con la particularidad de que dentro de este se engloban no sólo los conceptos de vicio o defecto sino también el aliud pro alio o prestación diversa. Se dice que, de esta forma, se opera una unificación de remedios en los que se aúnan los tradicionales para el saneamiento por vicios ocultos de los artículos 1484 y s.s. del Código Civil (acciones redhibitoria y quanti minoris) con los propios del incumplimiento en general de las obligaciones (acción de cumplimiento -art. 1096-, acción resolutoria -art. 1124-, y acción de indemnización de daños y perjuicios prevista en el artículo 1101).*

2. COMPATIBILIDAD DE LAS ACCIONES DEL TÍTULO IV.

De una parte, establece el artículo 117 del TRLGDCU la incompatibilidad de acciones contempladas en el Título IV *con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa* y de otra, la compatibilidad de dichas acciones del TRLGDCU con la indemnización por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad *de acuerdo con la legislación civil y mercantil*.

A. Incompatibilidad de las acciones del Título IV y el régimen de saneamiento por vicios ocultos del CC.

La incompatibilidad de las acciones del Título IV con el régimen de vicios ocultos del CC, amén del contenido del propio artículo 117 del TRLGDCU, puede resultar de la lectura de la Exposición de Motivos de la LGVBC, la cual declara que *las acciones de reparación y sustitución del bien vendido, de rebaja de su precio y de resolución de la compraventa previstas en esta Ley sustituyen, en el ámbito de las compraventas de bienes de consumo, a las acciones redhibitoria y quanti minoris derivadas del saneamiento por vicios ocultos*. En este sentido, la SAP de Ciudad Real de 7 de marzo de 2014 (AC 2014\357) refiere expresamente que esta *acción* (la que se ejercite con base en el Título IV) *no es compatible, obviamente, con las acciones de saneamiento del código civil, al significar una protección mayor a un*

*concepto equivalente*²¹³ y la SAP de Sevilla de 1 de octubre de 2014 (Id Cendoj: 41091370052014100477) que la falta de conformidad *ha venido a sustituir en dichas leyes* (la LGVBC y el TRLGDCU) *al clásico de los vicios ocultos a que se refiere el código civil*²¹⁴.

Con independencia de la expresa incompatibilidad declarada por el artículo 117 del TRLGDCU, la exclusión del régimen del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa resulta igualmente de la aplicación del principio de especialidad (“*lex specialis derogat legi generali*”) por el que se establece que, ante la posible aplicación de varias normas a un mismo supuesto de hecho, corresponde elegir la norma de contenido más específico.

²¹³ Resulta interesante destacar la valoración que el juzgador hace en esta sentencia del régimen del Título IV el cual considera más favorable para el consumidor que el régimen de las acciones edilicias: *En materia de consumo, la normativa tuitiva del consumidor introduce mayores garantías, y en concreto la garantía legal, Directiva 1999/44/CE, que tuvo su transposición en la conocida ley de garantías en la venta de bienes de consumo 23/2003, hoy derogada por haber sido refundida en el texto del RD Legislativo 1/07 de la ley general para la defensa de consumidores y usuarios y otras normas complementarias. Esta garantía legal es un plus a favor del consumidor en los supuestos de vicios de la cosa entregada, tanto por su plazo de garantía, como por las garantías de reparación/sustitución, minoración del precio y sustitución de la forma regulada en la ley.*

²¹⁴ Considero adecuado destacar la SAP de Toledo de 3 de octubre de 2014 (Id Cendoj: 45168370022014100382) la cual se refiere a la *muy habitual confusión entre el saneamiento o garantía en la compraventa (a la que se refiere el Código Civil), y la que se ha venido denominando como «garantía del producto» o «garantía comercial».* Esta sentencia indica que la primera garantía (*saneamiento o garantía en la compraventa*) se refiere al objeto en el momento de la venta, mientras que la segunda («*garantía del producto» o «garantía comercial»*) señala que se genera “*ex lege*” (por ejemplo, en la Ley 23/2003 de 10 de julio, de Garantía en la Venta de Bienes de Consumo, actualmente derogada y recogida su normativa en el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre), o «*ex contrato*» (por ejemplo, contratos que bien gratuitamente, o bien a cambio del abono de una cantidad, extienden la garantía obligatoria por períodos más dilatados de tiempo), garantizando no el producto en el momento de la venta, sino lo que se conoce como «*promesa de buen funcionamiento durante un plazo predeterminado*» o «*promesa de duración*», o incluso «*garantía de satisfacción*» (el conocido eslogan comercial de *si no queda satisfecho le devolvemos el dinero*) terminando por indicar que esta última garantía nada tiene que ver con el saneamiento del Código Civil.

A este respecto se debe recordar la situación que se da hoy en día en la práctica por el desarrollo jurisprudencial del “aliud pro alio”; un juez podría considerar los defectos en un bien adquirido tanto como un caso de “aliud pro alio” como una situación que regular por las acciones edilicias, lo que nos llevaría a contemplar ambos regímenes como aplicables a tal situación. Retomando el análisis del supuesto de hecho regulado por el Título IV, esto es, el incumplimiento del vendedor profesional que vende a un comprador consumidor un bien no conforme, podría afirmarse que tal supuesto de hecho se encuentra también regulado por el sistema de saneamiento por vicios ocultos determinado por los artículos 1484 y siguientes del CC y por el régimen general sancionado por los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC; en aplicación de lo expuesto y ante un supuesto de hecho encuadrable en el Título IV, la aplicación del principio de especialidad, debería llevar a elegir el régimen del Título IV como la normativa aplicable, dada su condición de norma más específica frente al resto de las concurrentes²¹⁵: mientras que el Título IV resulta de aplicación exclusivamente a la compraventa (y contratos similares)

²¹⁵ En este sentido la SAP de Córdoba de 8 de octubre de 2013 (JUR 2013\375066) refiere que *la regulación de consumo, dado su carácter específico, es de aplicación preferente en los supuestos que regula, desplazando a la general que contiene el Código Civil.*

Al contrario que lo defendido por la SAP de Córdoba de 8 de octubre de 2013, entiende la SAP de Valencia de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\283883) que *el Título V del TRLGDCU (actual Título IV), RDLeg. 1/2007 de 16 de noviembre, que regula los contratos y las garantías postventa; ha integrado dicha Ley 23/2003 de 10 de julio de Garantías en la Venta de Bienes al Consumo sin embargo vigente a la fecha del contrato de autos y cuya norma, a su vez, es de transposición de la Directiva 44/1999, de de aplicación especial frente a las normas generales citadas del CC, sobre las cuales sin embargo cabe añadir la plena compatibilidad entre las acciones generales de incumplimiento y las específicas de saneamiento por vicios ocultos...* Para quien suscribe este razonamiento se contraponen al principio de especialidad anteriormente expuesto.

concertados entre vendedor profesional y comprador consumidor, el régimen de los vicios ocultos tiene un ámbito de aplicación más amplio que el régimen del Título IV ya que el saneamiento se aplica a todo tipo de contratos traslativos a título oneroso²¹⁶, con independencia de las condiciones de vendedor y comprador (ya sean profesionales o consumidores); a su vez, el régimen general de los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC, tiene un campo de aplicación mayor incluso que el sistema de vicios ocultos, ya que abarca supuestos a los que el sistema de saneamiento por vicios ocultos no se aplica²¹⁷.

a) Forma de colmar las lagunas legales del Título IV.

Si bien se ha afirmado que en las cuestiones previstas por el régimen del Título IV, éste desplaza a las del régimen de saneamiento por vicios ocultos del CC, ¿qué ocurre con aquellas materias que no están previstas por dicho Título IV?

Para resolver la cuestión planteada se deben considerar las previsiones contenidas en el art. 59.2.II del TRLGDCU²¹⁸ (*Los contratos con consumidores y*

²¹⁶ Conforme a PEÑA LÓPEZ, F., "Comentario al artículo 1474 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pg. 1713; conforme a BADENES GASSET, R., *op. cit.*, pg. 583. En parecido sentido señala ATAZ LÓPEZ, J., el saneamiento se aplica todos los supuestos en que una persona se obliga a entregar una cosa a otra para transmitirle la propiedad. "Comentario al artículo 1474 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), tomo VII, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pg. 10449.

²¹⁷ Conforme a PEÑA LÓPEZ, F., el sistema de vicios ocultos se debe aplicar exclusivamente i) a los supuestos en que *el objeto de la entrega, aún siendo el bien designado en el contrato, adolece de un vicio oculto, y, por ello, no responde a las condiciones objetivamente atribuidas al mismo* y ii) a las compraventas de cosa específica. "Comentario al artículo 1484 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pg. 1724.

²¹⁸ La actual versión de este artículo 59.2.II es resultado de la reforma operada por la Ley 3/2014 por la que se modificó el TRLGDCU.

usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por el derecho común aplicable a los contratos) precepto el cual se ha interpretado²¹⁹ considerando que como *derecho común aplicable a los contratos* debe considerarse tanto el Derecho Estatal General de Contratos como el Derecho Autonómico General sobre Contratos, siempre que este régimen autonómico pueda existir de acuerdo con la norma que rige la competencia para regular el Derecho Civil (art. 149.1.8ª CE²²⁰).

Con anterioridad a la Ley 3/2014 el artículo 59.2.II establecía que *Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles.*

La nueva redacción del citado artículo suprime la remisión a *las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles* para referirse ahora al *derecho común aplicable a los contratos*. La expresión utilizada por la nueva redacción *derecho común aplicable a los contratos* es valorada positivamente dado que se considera *más apropiada a la realidad legislativa*. BOTANA GARCÍA, G., “Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, en *Diario La Ley*, Nº 8301, 2014, LA LEY 2220/2014.

De esta reforma se han destacado cuatro cuestiones:

1. Se valora positivamente el que se haya especificado que solo el Derecho Común de los Contratos puede considerarse supletorio y no todo el Derecho de Contratos, si bien se subraya que la doctrina así lo entendía con anterioridad a tal reforma.
2. Cabe negar de forma tajante que la legislación mercantil resulta el régimen supletorio de los contratos con consumidores dado *que no puede considerarse derecho común aplicable a los contratos*.
3. Las normas autonómicas generales sobre contratos (amén del Derecho Contractual General del Estado, esto es, el determinado por el Código civil) pueden constituir fuente supletoria de los contratos con consumidores *en la medida en que exista un espacio normativo en este ámbito que no constituya «bases de las obligaciones contractuales»* (art. 149.1.8ª CE).
4. Las normas previstas por el art. 59.2.II no se considera que repitan innecesariamente las previsiones del art. 4.3 del CC (el cual establece que *Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras Leyes*) dado que, en el sentido referido anteriormente, *no sólo el Código Civil constituye derecho supletorio, sino también el derecho autonómico general sobre contratos*. CORDERO LOBATO, E., *op. cit.*, pgs. 5 y 6.

²¹⁹ CORDERO LOBATO, E., *op. cit.*, pg. 5.

²²⁰ Artículo 149.1.8ª.

Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial

La doctrina ha planteado el que las normas previstas por el art. 59.2.II del TRLGDCU resultan redundantes dadas las previsiones del art. 4.3 del CC (*Las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras Leyes*)²²¹; este artículo 4.3 del CC establece que, ante una laguna legal de una determinada norma civil, debe aplicarse el contenido del CC²²².

Centrándonos en el que se ha denominado al Derecho Estatal General sobre Contratos y asumiendo la supletoriedad del CC ante una laguna legal de una determinada norma civil, se entiende que en todas aquellas lagunas que presente el Título IV, se debería aplicar el régimen del Código Civil. Sin embargo, se presenta la disyuntiva de decidir si se recurre al régimen de saneamiento por vicios ocultos o al régimen de las obligaciones recíprocas del artículo 1101, 1124 y concordantes del CC.

(i) Doctrina.

Existe algún autor que simplemente remite al Código Civil para regular las lagunas legales que pueda presentar el Título IV, sin determinar expresamente

²²¹ Así lo señalaba GARCÍA VICENTE, J. R., antes de que se acometiera la reforma del art. 59.2.II del TRLGDCU por la Ley 3/2014. “Comentario al artículo 59 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pgs. 765. CORDERO LOBATO, E., establece que la nueva norma no es enteramente redundante con respecto al art. 4.3 del CC, pues no sólo el Código Civil constituye derecho supletorio, sino también el derecho autonómico general sobre contratos. *Op. cit.*, pg. 5.

²²² PEÑA LÓPEZ, J. M., sobre la subsidiariedad del Código Civil afirma que la aplicación subsidiaria de tal norma no es cuestionada para las normas extracodiciales civiles, en “Comentario al artículo 4 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pg. 37.

qué normas del CC son las aplicables ante dicha situación²²³, si bien hay quién parece profundizar en tal cuestión y defender que el régimen de los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC es el que debe regular las lagunas que se presenten en la aplicación del Título IV²²⁴.

(ii) Jurisprudencia.

Existen pronunciamientos judiciales que, ante la falta de regulación de una determinada cuestión en el TRLGDCU, proceden a aplicar las normas del Código Civil, en concreto las de los artículos 1124 y 1303 del CC: las SSAP de Zamora de 4 de abril de 2014 (JUR\2014\151699) y de 26 de junio de 2014 (JUR\2014\199868), en supuestos en que se acuerda la resolución del contrato, establecen que *como la Ley aplicable no regula sus efectos, hay que acudir a las normas del Código Civil, sin olvidar el contenido del segundo párrafo de la Disposición adicional de la norma especial, en especial los artículos 1.124 en relación con el artículo 1.303, debiendo devolverse recíprocamente el precio pagado por el vehículo y el vehículo entregado.*

²²³ MARÍN LÓPEZ, M. J., plantea que, los derechos establecidos por el art. 118 del TRLGDCU *se regirán por su regulación en el mencionado Título IV, y en lo que regulado en ellos, por la regulación general que de ellos se hace en el Código Civil.* “Comentario al artículo 118 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pg. 1484.

²²⁴ TORRELLES TORREA, E., a la hora de establecer qué artículos del CC deben regir la indemnización de daños y perjuicios a exigir por el consumidor cuyo bien está afectado por una falta de conformidad, opta por los artículos 1101 y concordantes, esto es, por el régimen general, ya que *la indemnización prevista en el artículo 1486.2 CC para el saneamiento por vicios ocultos, se excluye por la incompatibilidad con las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos prevista en el apartado primero del art. 117 TR-LGDCU.* “Artículo 117. Incompatibilidad de acciones. TRLGDCU”, en *Comentarios a las Normas de Protección de Los Consumidores*, CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), Colex, Madrid, 2011, pg. 1083.

(iii) Toma de posición

Se entiende más adecuado que en tal situación deban aplicarse las acciones edilicias; el optar por el régimen general del CC frente al régimen especial de los vicios ocultos, podría suponer una vulneración del principio de especialidad anteriormente afirmado para aquellos casos en que fueran aplicables ambos regímenes, ya que se estaría defendiendo que la norma general (régimen de los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC) es de aplicación preferente a la especial (régimen de vicios ocultos), violándose por tanto la máxima de que “lex specialis derogat legi generali”.

Tal y como refiere la STS de 10 de junio de 2014 (Id Cendoj: 28079140012014100327) por el principio de especialidad normativa *se produce una aplicación preferente de la norma especial sobre la general al ser la norma especial la que mejor se adapta al supuesto de hecho*; en este caso debe considerarse que las lagunas que el Título IV pueda tener son colmadas más adecuadamente por las acciones edilicias al estar previsto este sistema para un supuesto de hecho más restringido que el del régimen general de los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC²²⁵. Amén de ello, habiendo afirmado anteriormente que el principio de especialidad es el que debe determinar qué sistema debe regir un supuesto de hecho cuando dos sistemas son aplicables al mismo, no puede

²²⁵ Conforme a PEÑA LÓPEZ, F., el sistema de vicios ocultos se debe aplicar exclusivamente i) a los supuestos en que *el objeto de la entrega, aún siendo el bien designado en el contrato, adolece de un vicio oculto, y, por ello, no responde a las condiciones objetivamente atribuidas al mismo* y ii) a las compraventas de cosa específica. “Comentario al artículo 1484 del Código Civil”, *op. cit.*, pg. 1724.

obviarse tal afirmación debiendo ser atendido tal principio (y no otra fórmula) cuando haya que determinar qué régimen (entre los varios aplicables a un supuesto de hecho) debe regular tal situación.

B. Incompatibilidad de las acciones del Título IV y el régimen general del incumplimiento.

En este apartado se plantea qué norma (entre el Título IV y el régimen general determinado para las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas sancionado por los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC) debe aplicarse a un supuesto de hecho encuadrable en el Título IV.

a) Doctrina.

La doctrina unánimemente opta por esta última normativa aplicando la máxima de que “lex specialis derogat legi generali”²²⁶.

b) Jurisprudencia.

La SAP de Ciudad Real de 14 de junio de 2013 (JUR 2013\252007) defiende la compatibilidad de las acciones del Título IV con las derivadas del incumplimiento del contrato de los art. 1101, 1124 y concordantes del CC. Esta sentencia considera que los remedios previstos por el Título IV, *de ser supuesto*

²²⁶ Conforme a TORRELLES TORREA, E., *la falta de conformidad es un régimen jurídico específicamente diseñado para el problema de las anomalías cualitativas y la concreta relación entre un profesional y un consumidor*. “Artículo 117. Incompatibilidad de acciones. TR-LGDCU”, *op. cit.*, pg. 1081; conforme a MARÍN LÓPEZ, M. J., *la entrega de un bien no conforme es un supuesto específico de incumplimiento contractual, que ha de regirse por su propia normativa, contenida en los artículos 114 y ss. TRLGDCU*. “Comentario al artículo 117 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pg. 1476.

de concurrencia de otro defecto o inhabilidad del bien, pudieran ser compatibles con el ejercicio contractual de acciones derivadas del incumplimiento del contrato, o de la falta de habilidad del objeto entregado, y en ejercicio de la acción de cumplimiento de contrato...En todo caso ambas acciones, bien la de cumplimiento por total o esencial inhabilidad del objeto; bien la derivada de la falta de conformidad, afectan a defectos esenciales o no necesariamente esenciales, en el segundo de los casos, presentes en el momento de la entrega del bien que impliquen la falta de conformidad.

De forma similar la SAP de Valencia de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\283883) refiere que *el Título V del TRLGDCU (actual Título IV), RDLeg. 1/2007 de 16 de noviembre, que regula los contratos y las garantías postventa; ha integrado dicha Ley 23/2003 de 10 de julio de Garantías en la Venta de Bienes al Consumo sin embargo vigente a la fecha del contrato de autos y cuya norma, a su vez, es de transposición de la Directiva 44/1999, de aplicación especial frente a las normas generales citadas del CC, sobre las cuales sin embargo cabe añadir la plena compatibilidad entre las acciones generales de incumplimiento y las específicas de saneamiento por vicios ocultos.*

c) Toma de posición.

En contra de la posición mantenida por la jurisprudencia referida y de conformidad con la postura adoptada por la doctrina, se entiende preferible considerar que ambos regímenes no resultan compatibles resultando adecuada la exposición realizada del principio de especialidad, esto es, la preferente aplicación del Título IV por su contenido específico, frente al sistema de

saneamiento por vicios ocultos determinado por los artículos 1484 y al régimen general determinado para las obligaciones recíprocas o sinalagmáticas sancionado por los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC.

d) Defectos manifestados transcurridos dos años desde la entrega.

Habiendo afirmado que la aplicación a una situación del Título IV conlleva la inaplicación del régimen general sancionado por los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC, conviene plantear un supuesto que se daría al recurrir a las previsiones del artículo 123 del TRLGDCU; este precepto señala que *el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega*; “sensu contrario”, tendría que afirmarse que el vendedor no será responsable de la falta de conformidad cuya manifestación se dé una vez transcurridos dos años desde la entrega²²⁷. Ante una falta de conformidad

²²⁷ Sobre cómo considerar los defectos que se manifiestan una vez transcurridos dos años desde la entrega del producto, es necesario mencionar el supuesto resuelto por la SAP de Ávila de 15 de febrero de 2012 (JUR 2012\113579): en este caso se interpuso una demanda por el profesional (quien vendió unos electrodomésticos al consumidor) contra éste último ante el impago parcial de los bienes vendidos. El consumidor, en la oposición al juicio monitorio instado por el vendedor en reclamación de las cantidades debidas, vino a alegar la compensación del crédito debido por su parte al vendedor con la cantidad que correspondería rebajar al precio pagado por dicho consumidor por los electrodomésticos vendidos dados los desperfectos existentes en los mismos. Habiendo tenido lugar la compraventa el 18 de noviembre de 2008, y la oposición al juicio monitorio el 24 de Junio de 2011, el juzgador considera que las alegaciones realizadas por el consumidor deben ser desestimadas debido a que:

1. *no se pueden aplicar los arts. 118 a 122 del Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de Noviembre por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, porque el art. 123.1 establece que el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega.*

2. *pues no consta, en forma alguna, ni que el comprador aquí apelante, hiciera reclamación alguna dentro de esos seis meses, y solo se opuso a la reclamación de la demandante cuando ésta le pidió el abono del resto del precio que faltaba por pagar el 23 de Marzo de 2.011 (folio 10 del Juicio Monitorio).*

Parece que esta sentencia considera que la reclamación hecha por el consumidor una vez transcurridos dos años y siete meses desde la entrega de los bienes, realizada por la existencia de defectos en los mismos, se realiza fuera de los plazos establecidos por el Título IV. No se comparte la decisión adoptada por la AP de Ávila, ya que se entiende que la reclamación

manifestada una vez expirado dicho plazo de garantía de dos años establecido por el artículo 123 del TRLGCU ¿cabría reclamar el cumplimiento o resolución del contrato de compraventa por vía de los artículos 1098, 1101, 1124 y concordantes del CC? Una situación similar ocurriría cuando el consumidor ejercitase las acciones que el Título IV concede una vez transcurrido el plazo dado por el artículo 123.4 del TRLGDCU, esto es, cuando se han cumplido tres años desde la entrega del bien²²⁸.

realizada por la existencia de unos defectos cuando han transcurrido dos años y siete meses desde la entrega, se ha llevado a cabo dentro del plazo establecido para ello por el art. 123.4 del TRLGDCU (tres años desde la entrega del producto); dicha afirmación debe complementarse con el hecho de que el consumidor vendría obligado en tal supuesto a probar que se cumplen con el resto de requisitos establecidos por el Título IV, entre los que se encuentra aquel previsto por el art. 123.1 del TRLGDCU (la falta de conformidad en cuestión debe manifestarse en un plazo de dos años desde la entrega). En opinión de quien suscribe, habría procedido desestimar la demanda reconvencional realizada por el consumidor por la razón de que éste no demostró que la falta de conformidad se había manifestado en el plazo de dos años desde la entrega de los electrodomésticos, no siendo adecuado el razonamiento que parece utilizarse para desestimar la pretensión realizada por el consumidor (el juzgador parece resolver que la reclamación realizada por el consumidor cuando han transcurrido dos años desde la entrega se hace fuera del plazo previsto para ello).

²²⁸ Sobre el plazo establecido por el art. 123.4 que señala que la acción para reclamar ante la falta de conformidad prescribe a los tres años desde la entrega del producto, la SAP de Valencia de 5 de junio de 2013 (JUR 2013\283883) determina que dicho plazo de tres años debe comenzar a computarse una vez que finaliza el plazo de dos años en el que debe manifestarse el defecto: *Fijando la misma norma (la citada LGVBC), un plazo de de 2 años para la responsabilidad del vendedor sobre los defectos a contar desde la entrega que se cifra en la fecha de la factura de 19-7-2006 por lo que aquélla llegaría hasta la misma del 2008, y un plazo de prescripción de la acción de 3 años que, a su vez, desde la última llegaría hasta el 19-7- 2011, es claro que mediando la citada reclamación de 25-7-2007 ésta se hizo en plazo pues se disponía hasta la misma del 2008 y luego 3 años para accionar.* Este razonamiento se entiende erróneo ya que las previsiones del art. 123.4 señalan que el plazo de tres años en el que reclamar debe computarse desde la entrega del bien y no desde la fecha en que finaliza el plazo de dos años en el que debe manifestarse el defecto.

(i) Doctrina.

Se ha defendido tal posibilidad de aplicar los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC ante unos defectos que aparecen transcurridos dos años desde la entrega del producto²²⁹.

(ii) Jurisprudencia.

Existen sentencias (la SAP de La Rioja de 22 de mayo de 2012 -AC 2012\489²³⁰-, la SAP de Pontevedra de 15 mayo de 2012 -JUR 2012\182459²³¹- o la SAP de Asturias de 14 de mayo de 2012 -AC 2012\1026²³²-) que en el sentido

²²⁹ TORRELLES TORREA, E., defiende que *respecto a los defectos que aparezcan transcurridos estos dos años, el consumidor no podrá solicitar los derechos reconocidos en el art. 118 TRLGCU, aunque si podría acudir a los artículos 1101 y 1124 CC relativos al cumplimiento contractual. “Artículo 117. Incompatibilidad de acciones. TR-LGDCU”, op. cit., pg. 1081.*

²³⁰ La SAP de La Rioja de 22 de mayo de 2012 (AC 2012\489) afirma que los artículos 1101 y 1124 del CC son aplicables a tal supuesto encuadrable en el Título IV; esta resolución establece que *es claro que, asumiendo los acertados razonamientos de la sentencia de instancia, ha transcurrido el plazo de prescripción de tres años establecido en el artículo 9 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, si bien entra a examinar si ha tenido lugar en el caso que nos ocupa un incumplimiento por parte de la demandada de tal entidad que haga inhábil el objeto vendido al fin que le es propio; se analiza si tal caso conforma el supuesto que la doctrina jurisprudencial ha entendido que se está en presencia de entrega de cosa diversa o «aliud pro alio».*

²³¹ La SAP de Pontevedra de 15 mayo de 2012 (JUR 2012\182459) igualmente reconoce, aunque no de forma expresa, que los artículos 1101 y 1124 del CC son aplicables a un supuesto que en principio debería regirse por las previsiones del Título IV; de una parte, esta resolución afirma expresamente que *la avería se ha manifestado después del citado plazo (el determinado por el art. 9 de la LGVBC por el que el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega), por lo que el vendedor no es el responsable de acuerdo con la citada Ley; de otra, la AP de Pontevedra entra a analizar la pretensión alegada por el consumidor de que ha existido un incumplimiento total en la obligación de entrega por haber recibido una cosa inservible para su destino, lo que es equiparable a recibir una cosa distinta a la contratada (“aliud pro alio”), pretensión que desestima porque establece que se debe partir del hecho reconocido de que el aparato funcionó correctamente durante más de dos años, lo que es poco compatible con la existencia del defecto pretendido, lo que conlleva el reconocimiento de que a tal supuesto cabe aplicarle tanto la doctrina del “aliud pro alio” como la de los artículos 1101 y 1124 del CC, si bien, en este caso, se acaba por concluir que no concurren los requisitos para entender que se haya dado una entrega de cosa distinta a la acordada.*

²³² La SAP de Asturias de 14 de mayo de 2012 (AC 2012\1026) resuelve el siguiente asunto: *habiéndose desestimado en primera instancia la demanda interpuesta al amparo del artículo 1124 del CC (se calificó por el consumidor el supuesto como un caso de “aliud pro alio”) dado que el juzgador interpretó que había transcurrido el plazo de prescripción del artículo 123.1 del*

expuesto por la doctrina han aplicado el régimen general del incumplimiento del CC a pesar de haber transcurrido el plazo de dos años determinado por el art. 123.1 o el de tres años por el art. 123.4.

(iii) Toma de posición.

La postura mantenida por doctrina y jurisprudencia no se comparte; de hacer responsable al vendedor de los defectos manifestados una vez transcurridos dos años desde su entrega o reclamados cuando se han cumplido tres años desde dicho momento, se estaría afirmando que los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC son aplicables a tal supuesto encuadrable en el Título IV, contradiciéndose la afirmación anteriormente realizada de que la aplicación del Título IV a un supuesto excluye el que se aplique el régimen general sancionado por los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC.

A la falta de conformidad manifestada una vez transcurridos dos años desde la entrega del bien de consumo (artículo 123.1 del TRLGCU) o reclamada cuando se han cumplido tres años desde dicho momento (artículo 123.4 del TRLGCU)²³³, le resulta de aplicación el Título IV, señalando sus previsiones que nada cabe reclamar al comprador porque ha transcurrido tal plazo de dos o de tres años que el legislador estableció como momento en que dejar de considerar

TRLGDCU, en apelación la AP considera que el supuesto enjuiciado debía regirse por las normas de los artículos 1124 y concordantes del CC porque tal caso debía identificarse con la figura del “aliud pro alio”, no habiendo transcurrido el plazo de prescripción de quince años determinado por el artículo 1964 del CC.

²³³ La SAP de Murcia de 28 de febrero de 2013 (JUR 2013\133928) nos recuerda que este plazo de tres años determinado por el art. 123.4 del TRLGDCU) es un *plazo de prescripción y que por ello puede ser interrumpido por reclamación judicial o extrajudicial como autoriza el artículo 1973 del Código Civil.*

responsable al vendedor del bien de consumo; dicha aplicación preferente del Título IV conlleva el que no pueda recurrirse a las previsiones de los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC, y que, por lo tanto, el consumidor nada pueda reclamar al vendedor del bien de consumo.

C. Indemnización por daños y perjuicios.

Tal y como se señaló en su momento, el artículo 117 del TRLGDCU reconoce el derecho que el consumidor y usuario²³⁴ dispone *de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad*²³⁵.

²³⁴ En muchas ocasiones el bien de consumo sufre daños los cuales son indemnizados al comprador por la entidad aseguradora con la que se había concertado el contrato de seguro sobre el citado bien; en tal situación debe mencionarse la posibilidad de que dicha entidad aseguradora reclame al vendedor la suma de dinero pagada al asegurado. La SAP de Madrid de 15 de enero de 2013 (JUR 2013\67885) así resuelve: *En el presente caso la aseguradora subrogada en la posición de su asegurado (art.43 de la Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro) que es el comprador no ejercita ninguna de las cuatro acciones previstas y reguladas en la Ley 23/2003 (la de reparación, sustitución, rebaja del precio y resolutoria por falta de conformidad), sino que deduce la indemnizatoria por los daños y perjuicios que se le han ocasionado que estaba fuera del ámbito de aplicación de la Ley 23/2003, viniendo, en aplicación, la legislación civil ordinaria reguladora de la acción indemnizatoria de los daños y perjuicios derivados de la responsabilidad contractual.*

²³⁵ Al igual que se concluirá en el apartado II) 5. D. (*Concurrencia de culpas*) que en el caso de que el comprador haya contribuido al nacimiento de una falta de conformidad, existirá una concurrencia de culpas comprador-vendedor que provocará que éste último sea sólo parcialmente responsable de la falta de conformidad, se debe entender aplicable tal doctrina a la indemnización de daños y perjuicios de forma que, cuando quede demostrado que los daños sufridos por el bien (distintos al defecto consistente en la falta de conformidad) sean consecuencia total o parcialmente de la negligencia del consumidor, por tales daños (de forma total o parcial) no podrá ser declarado responsable el vendedor. Así resuelve la SAP de Alicante de 31 de octubre de 2013 (JUR 2014\9217), la cual desestima la indemnización por daños y perjuicio instada por el comprador de un vehículo. En este supuesto, resultaron defectuosos la bomba y el refrigerador del automóvil adquirido por el consumidor, vicio que se reveló al encenderse el indicador del sobrecalentamiento del sistema. El conductor, al no detener inmediatamente el vehículo cuando se encendió dicho indicador, acabó provocando daños al motor, ocurriendo que la indemnización reclamada por el consumidor solicitaba el resarcimiento de dichos daños provocados al motor. La sentencia para desestimar la indemnización de daños y perjuicios reclamada razona que *el conductor fue debidamente advertido por los indicadores existentes en el cuadro de instrumentos de su vehículo, sin que se percatase, a pesar de disponer de tiempo suficiente para ello, del sobrecalentamiento que estaba sufriendo su vehículo, por lo*

En primer lugar, resulta destacable la referencia que se realiza a la legislación mercantil para reconocer el derecho del consumidor y usuario a la indemnización de daños y perjuicios, cuando tal consideración podría estimarse superflua; no cabría aplicar dicha legislación mercantil al estar recogido el deber de indemnizar los daños y perjuicios exclusivamente en el Código Civil, no existiendo régimen de indemnización de daños y perjuicios específico en el ámbito mercantil.

¿Qué normativa debe aplicarse para resarcir los daños y perjuicios causados por la falta de conformidad ante la remisión realizada por el artículo 117 del TRLGDCU a la legislación civil y mercantil?²³⁶ Son aplicables diversos regímenes dependiendo de los caracteres del daño causado: el régimen de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos establecido por los artículos 135 y concordantes del TRLGDCU, el sistema de responsabilidad contractual de los artículos 1101 y concordantes del CC o el de responsabilidad extracontractual de los artículos 1902²³⁷ y siguientes del CC.

que consideramos que existió una conducta negligente por parte del conductor que ocasionó los daños sufridos por el bloque del motor, lo que impide el éxito de su reclamación de daños y perjuicios.

²³⁶ LÓPEZ SÁNCHEZ, C., a propósito del comentario que realizó de la STS de 22 de mayo de 2001 (Id Cendoj: 28079110012001101900) la cual resolvió (antes de que se hubiera aprobado la LGVBC) una reclamación realizada por un consumidor que sufrió determinadas lesiones por la compra de un producto de limpieza, manifiesta que *la protección del consumidor debe realizarse desde una doble perspectiva: preventiva, por cuanto que los productos deben ofrecer a los consumidores la seguridad que cabe legítimamente esperar de ellos, y represiva, puesto que si estos causan algún daño al consumidor, el fabricante o quien corresponda deberá indemnizarlo.* "Sentencia de 22 de mayo de 2001. Responsabilidad del fabricante y distribuidor por daños causados al consumidor. Exoneración de los mismos y condena del suministrador. Producto defectuoso y defecto de información. Calificación de responsabilidades" en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N^o 58, 2002, pg. 222.

²³⁷ Artículo 1902.

i) Daños causados por productos defectuosos: Existe el deber de indemnizar los daños causados por un bien de consumo no conforme que pueda considerarse *producto* (en el sentido dado por el artículo 136 del TRLGDCU²³⁸) y que presente defectos que lo hagan merecedor del calificativo *defectuoso* conforme al artículo 137 del TRLGDCU²³⁹.

Dicho deber de indemnización viene determinado en el artículo 128.I del TRLGDCU que establece que *Todo perjudicado tiene derecho a ser indemnizado en los términos establecidos en este Libro por los daños o perjuicios causados por los bienes o servicios*, siendo el artículo 129²⁴⁰ de dicho texto, el precepto que viene a especificar qué daños son indemnizables conforme a esta sistema, existiendo de otra parte determinados perjuicios que no serán resarcibles por este régimen:

El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

²³⁸ Artículo 136.

A los efectos de este capítulo se considera producto cualquier bien mueble, aún cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad.

²³⁹ Artículo 137.

1. Se entenderá por producto defectuoso aquél que no ofrezca la seguridad que cabría legítimamente esperar, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, especialmente, su presentación, el uso razonablemente previsible del mismo y el momento de su puesta en circulación.

2. En todo caso, un producto es defectuoso si no ofrece la seguridad normalmente ofrecida por los demás ejemplares de la misma serie.

3. Un producto no podrá ser considerado defectuoso por el solo hecho de que tal producto se ponga posteriormente en circulación de forma más perfeccionada.

La doctrina distingue entre defecto de fabricación, defecto de diseño y defecto en las instrucciones o en las advertencias sobre los riesgos. Vid., por todos, SALVADOR CODERCH, P., Y RAMOS GONZÁLEZ, S., *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, SALVADOR CODERCH, P., Y GÓMEZ POMAR, F. (coord.), 1ª ed., Civitas, Madrid, 2008, pg. 136.

²⁴⁰ Artículo 129.1.

El régimen de responsabilidad previsto en este libro comprende los daños personales, incluida la muerte, y los daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes o servicios objetivamente destinados al uso o consumo privados y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado.

daños morales (artículo 128.II del TRLGDCU), daños materiales por cuantía inferior a 390,66 € (artículo 141.a del TRLGDCU), etc.

En aquellos supuestos en los que quepa aplicar la indemnización con base en este régimen, la doctrina ha señalado al interpretar el artículo 128.II del TRLGDCU²⁴¹ que el consumidor perjudicado podrá optar facultativamente por aplicar este sistema resarcitorio o elegir otros regímenes de responsabilidad aplicables²⁴².

ii) Responsabilidad contractual determinada por los artículos 1101 y concordantes del CC, al que podrá acudir el consumidor perjudicado que ha adquirido un bien de consumo con base en la obligación que tiene todo deudor de asumir las consecuencias negativas de la infracción obligacional en la que incurre.

²⁴¹ Artículo 128.II.

Las acciones reconocidas en este libro no afectan a otros derechos que el perjudicado pueda tener a ser indemnizado por daños y perjuicios, incluidos los morales, como consecuencia de la responsabilidad contractual, fundada en la falta de conformidad de los bienes o servicios o en cualquier otra causa de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato, o de la responsabilidad extracontractual a que hubiere lugar.

²⁴² MARÍN LÓPEZ, M. J., señala que *el consumidor podrá obtener la reparación de los daños causados por productos defectuosos (art. 135 y ss. TRLGDCU), pero también podrá hacerlo, naturalmente, con apoyo en las regla generales de responsabilidad (arts. 1101 y ss, y 1902 y ss. CC). “Comentario al artículo 117 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, op. cit., pg. 1480; REYES LÓPEZ, M. J., a la hora de establecer la compatibilidad de responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos con las restantes acciones civiles, reconoce que el TRLGDCU no excluye, ni la responsabilidad de terceros con base en la culpa, ex arts. 1902 y 1903 ó 1101 CC, ni la responsabilidad de los propios sujetos cuando por basarse en alguna norma diferente resulte más beneficiosa para el perjudicado. Manual de derecho privado de consumo, 1ª ed., La Ley, Madrid, 2009, pg. 308; PARRA LUCAN, M. A., considera que se mantiene vigente en el TRLGDCU la opción de reclamar con arreglo a otras reglas de responsabilidad para el caso de que la víctima del daño, posibilidad que antes de la entrada en vigor de dicho texto refundido, no era excluida ni por la Ley 22/1994 ni por la LGDCU. Op. cit. De la misma opinión, GÓMEZ POMAR, F., *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, SALVADOR CODERCH, P., Y GÓMEZ POMAR, F. (coord.), Civitas, Madrid, 2008, pgs. 858 a 863.*

Cuando se exija el resarcimiento de los daños y perjuicios causados en aplicación de los artículos 1101 y concordantes del CC, el plazo de prescripción de dicha acción se fijará en los quince años de acuerdo con el artículo 1964 del CC. Existe una falta de equilibrio clara entre el plazo de prescripción determinado para los remedios previstos por el Título IV (fijado por el artículo 123.4 del TRLGDCU en el periodo de tres años desde la entrega del producto) y el establecido para la acción de daños y perjuicios (fijado por el artículo 1964 del CC en los 15 años anteriormente referidos)²⁴³.

iii) Responsabilidad extracontractual establecida en los artículos 1902 y siguientes del CC, derivada de la obligación que tiene aquel que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, de reparar el daño causado a este último.

Sobre la posible aplicación del régimen determinado por el artículo 1486.II del CC²⁴⁴ (en el sistema de vicios ocultos) al resarcimiento de los daños y perjuicios causados por una falta de conformidad en un bien de consumo, la doctrina defiende la imposibilidad de aplicar las previsiones recogidas en el

²⁴³ TORRELLES TORREA, E., reconoce en este sentido que *el plazo de quince años es excesivamente largo, y debería haberse previsto tal circunstancia en la norma.* "Artículo 117. Incompatibilidad de acciones. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1083.

²⁴⁴ Artículo 1486.

En los casos de los dos artículos anteriores, el comprador podrá optar entre desistir del contrato, abonándosele los gastos que pagó, o rebajar una cantidad proporcional del precio, a juicio de peritos.

Si el vendedor conocía los vicios o defectos ocultos de la cosa vendida y no los manifestó al comprador, tendrá éste la misma opción y además se le indemnizará de los daños y perjuicios, si optare por la rescisión.

artículo 1486.II²⁴⁵. Tal postura se contrapondría a la posición que anteriormente se ha defendido de que una compraventa de bienes muebles de consumo, en lo no regulado por el Título IV, se regirá por el sistema de saneamiento por vicios ocultos, lo que llevaría a afirmar que la indemnización por daños y perjuicios causados por tal falta de conformidad debiera regirse por las previsiones del art. 1486.II del CC²⁴⁶; a pesar de lo afirmado en la anterior manifestación, hay considerar como más apropiado el entender que no solo cabría indemnizar al consumidor que sufre unos daños por la falta de conformidad en el caso previsto por el art. 1486.II del CC, esto es, exclusivamente cuando el consumidor hubiera optado por la resolución y el vendedor hubiera conocido el defecto no manifestándolo; se entiende que fuera de dicho supuesto el consumidor debe ser también resarcido por los daños que se le hayan causado, algo que solo puede ser logrado acudiendo a los regímenes de responsabilidad distintos al recogido por el artículo 1486.II del CC, esto es, aplicando el régimen de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (artículos 135 y concordantes del TRLGDCU), el sistema de responsabilidad contractual (artículos 1101 y concordantes del CC) y el de responsabilidad

²⁴⁵ TORRELLES TORREA, E., "Artículo 117. Incompatibilidad de acciones. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1083; MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al artículo 117 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *op. cit.*, pg. 1480.

²⁴⁶ En este sentido debe mencionarse lo resuelto por la SAP de León de 17 de marzo de 2009 (EDJ 2009/65254) la cual considera que una cantidad a pagar al consumidor como consecuencia de la resolución de un contrato regido por el Título IV *ha de ser en concepto de daños y perjuicios (artículos 1486 y 1295 del CC)*. Tal sentencia para indemnizar al citado consumidor por los daños que se causaron derivados de la compraventa de un vehículo no conforme, aplica tanto el artículo 1486 del CC, referente a las acciones edilicias, como el 1295 del CC, referente a la rescisión de los contratos.

extracontractual (artículos 1902 y siguientes del CC), interpretación que resulta también la más adecuada desde el principio “pro consumatore”.

a) Daño emergente y lucro cesante.

El artículo 1106 del CC señala que la indemnización de daños y perjuicios comprende no sólo el valor de la pérdida que se haya sufrido (el daño emergente) sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener el acreedor (lucro cesante).

(i) Daño emergente.

Procede exponer determinados conceptos que la jurisprudencia ha considerado como partidas a incluir en la indemnización por el daño emergente causado al consumidor:

i) Los gastos causados por el arrendamiento de un bien sustitutivo del producto que ha resultado defectuoso, arrendamiento que se alega resultar necesario mientras dicho producto es reparado²⁴⁷.

ii) El coste de la reparación de una avería sufragada por el comprador, cuando se acuerda la resolución del bien no conforme²⁴⁸.

²⁴⁷ Son muchos los supuestos en los que, dándose determinados defectos en el vehículo adquirido que hacen necesaria su reparación, se recurre por el consumidor a un vehículo de alquiler; resulta procedente mencionar lo resuelto por la SAP de Lugo de 12 de julio de 2011 (JUR 2011\318553) la cual desestima la solicitud de *indemnización por alquiler de un vehículo de sustitución, ello por los motivos ya expuestos y, asimismo, por no tener la demandante impedimento (en razón de su minusvalía, tal como viene oficialmente caracterizada) para el desplazamiento en medios de transporte colectivo*. Resulta destacable que por el juzgador se valore para rechazar la solicitud de indemnización por tales gastos de alquiler, el hecho de que el consumidor pudiera optar por el uso de medios de transporte colectivo.

²⁴⁸ La SAP de Zamora de 4 de abril de 2014 (JUR\2014\151699) estimó la resolución del contrato de compraventa de un vehículo de segunda mano por la falta de conformidad del automóvil, el cual sufrió determinadas reparaciones que fueron sufragadas por el comprador; en este

iii) Los intereses abonados por el contrato de préstamo concertado para el pago del bien defectuoso²⁴⁹.

iv) Los gastos de retirada del bien no conforme adquirido cuya instalación haya sido incluida en el contrato de compraventa que ha sido resuelto²⁵⁰.

(ii) Lucro cesante.

Resulta fundamental analizar si procede reclamar el lucro cesante ante una falta de conformidad dada el bien de consumo.

supuesto, la Audiencia Provincial acordó la resolución, *debiendo devolverse recíprocamente el precio pagado por el vehículo de 23.000 € y el vehículo entregado. Además el vendedor debe reintegrar al comprador el coste de la reparación de la avería, pues el vehículo recuperado por el vendedor ha obtenido una mejora en relación al momento de su entrega, que debe compensarse al comprador, causando un perjuicio al comprador, según el artículo 1.124 del Código Civil.*

²⁴⁹ A favor de dicha posibilidad se muestra la SAP de Ciudad Real de 7 de marzo de 2014 (AC 2014\357), la cual condena a la entidad vendedora al pago de los intereses del préstamo concertado, considerándose dicho concepto como un perjuicio a indemnizar: *ha de partirse de que la frustración del fin del contrato que determina la resolución se debe a la ausencia de reparación en plazo razonable, imputable a dicha parte (la vendedora), por lo que dicho perjuicio (los intereses del préstamo) ha de estimarse indemnizable.* En contra de considerar dichos intereses como un concepto indemnizable se posiciona la SAP de Alicante de 6 de marzo de 2014 (JUR\2014\124547): *En cuanto a los efectos de la resolución contractual, habrá lugar a la condena a devolver el precio pagado por el coche (26.160 €), pero no los intereses abonados a cierta entidad bancaria con la que se concertó un contrato de préstamo para pagarlo, pues el recurso a la financiación ajena para la compra del automóvil fue una decisión particular de la compradora, que no puede incluirse en el concepto de perjuicio indemnizable.*

²⁵⁰ La SAP de Granada de 20 de diciembre de 2013 (JUR 2014\98940) reconoce que *Esa garantía (legal del principio de conformidad) se concreta ahora para el comprador demandante en el derecho a reembolsarse de la totalidad del precio abonado por ella y por su instalación, así como por los gastos de retirada de la misma, de la que también se desentendió dadas las anomalías y vicios de la cosa adquirida, por lo que debe sin más confirmarse la sentencia.* En parecido sentido se pronuncia la SAP de Vigo de 2 de febrero de 2015 (Id Cendoj: 36057370062015100047) que resolvió el contrato de suministro y colocación de un sistema de aire acondicionado el cual fue instalado *de forma defectuosa, considerando la instalación inútil* condenándose al vendedor, entre otras cuestiones, al abono de una determinada cantidad en concepto de daños y perjuicios equivalente al *coste para reponer la vivienda a su estado anterior a los daños causados por el agua debidos a la ejecución de los trabajos de instalación del aire acondicionado realizados por el demandado.*

(a) Doctrina.

La doctrina se muestra unánime a la hora de reconocer la posibilidad de reclamar el daño emergente provocado por una falta de conformidad, sin embargo, opina de diversa forma sobre la cuestión de que la indemnización por daños y perjuicios recogida en el artículo 117.2 del TRLGDCU incluya el lucro cesante irrogado:

i) TORRELLES TORREA reconoce la posibilidad de reclamar ambos conceptos, si bien opina que en la práctica *los tribunales son poco proclives a reconocer el lucro cesante cuando se trata de consumidores*²⁵¹.

ii) MOSCOSO TORRES se ha revelado contrario a reconocer el derecho a la obtención del lucro cesante por el consumidor y usuario, ya que *existe una cierta incompatibilidad para admitir en este tipo de ventas el lucro cesante como objeto de la indemnización, pues la adquisición de los bienes de consumo para destinarlos a un uso profesional con el fin de obtener un beneficio, se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la ley, ya que el bien de consumo debe tener un destino privado (art. 1, párr. 2º, in fine, de la LGVC)*²⁵².

iii) GARCÍA-CHAMÓN CERVERA niega la posibilidad de que el consumidor y usuario pueda reclamar el lucro cesante irrogado ya que *existe una incompatibilidad para admitir en este tipo de ventas el lucro cesante como objeto de la indemnización, pues la adquisición de los productos de consumo como destinatarios a*

²⁵¹ “Artículo 117. Incompatibilidad de acciones. TR-LGDCU”, *op. cit.*, pg. 1085.

²⁵² *Op. cit.*, pgs. 800 y 801.

*un uso profesional con el fin de obtener un beneficio se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la ley*²⁵³.

(b) Jurisprudencia.

La SAP de La Coruña de 27 de marzo de 2013 (JUR 2013\185961) parece negar la posibilidad en este supuesto de que el comprador pueda solicitar la indemnización por el lucro cesante causado dada su condición de consumidor: *No cabe establecer una indemnización por lucro cesante. No se concretan las ganancias dejadas de obtener, que sólo tendrían sentido si el vehículo estuviese destinado a una actividad comercial o industrial susceptible de generar ganancias. No es el caso cuando el vehículo se usa para los desplazamientos ordinarios del consumidor.*

(c) Toma de posición.

En concordancia con lo expresado con MOSCOSO TORRES y GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, si el comprador de un bien desea que se le indemnice por el lucro cesante o la ganancia dejada de obtener por la falta de conformidad de un producto, reclamación que revelaría el ánimo de lucro en la adquisición de dicho bien, parece que dicho comprador difícilmente podrá considerarse incluido en el concepto de consumidor y usuario dado por artículo 3 del TRLGDCU. Si se desea obtener una ganancia y lucrarse con la adquisición de un bien de consumo, el comprador no podrá considerarse consumidor y usuario en el sentido que se defiende de tal concepto, no siendo aplicables las

²⁵³ “Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (arts. 118 a 127)”, *op. cit.*, pg. 216.

previsiones del Título IV (más adelante será analizado con mayor profundidad el concepto de consumidor y usuario determinado por el art. 3 del TRLGDCU).

De acuerdo con lo expuesto y en el sentido manifestado por la SAP de La Coruña de 27 de marzo de 2013 (JUR 2013\185961), cabe afirmar que el sujeto a considerar consumidor a los efectos del artículo 3 del TRLGDCU tan sólo podrá reclamar que se le resarza el daño emergente que la falta de conformidad le ha provocado, nunca el lucro cesante.

b) Daños morales.

Los daños morales, no solo los materiales, pueden ser objeto de indemnización tal y como señala la STS de 11 de noviembre de 1997 (RJ 1997\787): *en todo incumplimiento contractual culpable, son no solamente los materiales o económicos, en su doble modalidad de daño emergente y lucro cesante (artículo 1106 del Código Civil), sino también los daños morales que directamente se deriven de aquél, siempre que unos u otros (o los dos), como antes se dijo, aparezcan debidamente probados.*

(i) Doctrina.

La doctrina ha tenido ocasión de declarar que los daños morales deben considerarse un concepto a incluir entre las partidas objeto de indemnización²⁵⁴.

²⁵⁴ TORRELLES TORREA, E., "Artículo 117. Incompatibilidad de acciones. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1085.

(ii) Jurisprudencia.

Diversas sentencias igualmente han reconocido el derecho del consumidor a que se indemnice el daño moral originado por la falta de conformidad sobre un bien de consumo, siendo destacables varias sentencias que, más allá de incluir el daño moral como elemento a indemnizar, proceden a resarcir tal concepto a pesar de no concurrir prueba directa del daño moral causado:

i) La SAP de Valencia de 25 de junio de 2012 (JUR\2012\307704) resolvió sobre un supuesto en el que el consumidor demandante, ante la falta de conformidad del vehículo adquirido, solicitó la sustitución del vehículo por otro nuevo igual al sustituido y el pago de 1.000 € en concepto de indemnización por los daños morales causados. La citada Audiencia, declarando probado que los defectos causados debían cifrarse aproximadamente en la mitad del valor del vehículo defectuoso, declaró procedente conceder al demandante la reparación del vehículo no conforme dado que la sustitución resultaba desproporcionada, ordenando al vendedor que resarciera al comprador en la cuantía solicitada aún cuando no existía prueba directa de los daños morales causados²⁵⁵.

²⁵⁵ Esta resolución, amparándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que establece que *la falta de prueba no basta para rechazar de plano el daño moral (S. 21 octubre 1996), o que no es necesaria puntual prueba o exigente demostración (S. 15 febrero), o que la existencia de aquel no depende de pruebas directas (S. 3 junio 1991)*, accedió a la dicha solicitud de resarcimiento ya que *considera la Sala que conforme a las normas que rigen la experiencia, la lógica y la sana crítica, es incuestionable la preocupación que el asunto de referencia ha producido en el propietario del turismo habida cuenta que la adquisición de un vehículo es por su onerosidad, después de la vivienda, seguramente una de las compras de mayor relevancia que efectúan el común de las personas, que esperan además, con toda legitimidad y dadas tales circunstancias del vehículo adquirido, una calidad, unas prestaciones y unas condiciones de seguridad que en el caso presente se han visto ampliamente defraudadas, con el padecimiento y la inquietud que tales circunstancias provocan en su propietario, que habrán de ser por ello resarcidas a través de la moderada cifra indemnizatoria exigida en la demanda.*

ii) En parecido sentido a la SAP de Valencia de 25 de junio de 2012 se muestra la SAP de Alicante de 15 de febrero de 2012 (JUR 2012\283980) la cual resuelve sobre un supuesto en que se requirió la resolución del contrato de compraventa concertado entre profesional y consumidor tras un intento fallido de reparación por parte del vendedor del bien defectuoso, solicitándose junto con tal resolución el resarcimiento por los daños morales causados; por la AP de Alicante se concedió una determinada indemnización, aún cuando no se habían acreditado de forma concreta los daños y perjuicios causados²⁵⁶.

iii) La SAP de Burgos de 4 de junio de 2013 (JUR\2013\219530) desestimó la solicitud de resolución del contrato de compraventa de un vehículo de segunda mano si bien concedió al consumidor comprador una indemnización de 1.000 € *en concepto de daños morales por no poder usar el coche... perjuicios derivados de los inconvenientes que conllevan las repetidas entradas al taller con pérdida temporal del uso del vehículo así como por el temor a que el vehículo deje de funcionar en viaje.*

iv) La SAP de Murcia de 4 de abril de 2013 (AC\2013\1098) condenó a vendedor y productor *en solidaridad, a entregar a la actora, en sustitución, un vehículo de la misma marca y modelo al que fue objeto de venta; y a indemnizar a la*

²⁵⁶ La SAP de Alicante de 15 de febrero de 2012 (JUR 2012\283980) establece expresamente lo siguiente: *Es cierto que no se ha hecho una concreción del mismo. Sin embargo no deja de ser cierto que del contenido documental aportado resultan acreditadas las diligencias que ha tenido que practicar el propietario para obtener reparaciones iniciales y, finalmente, verse obligado a acudir al amparo judicial. Todas estas actuaciones son exógenas a la adquisición. No las acompaña ni son ordinarias ni esperables. El carácter extraordinario de tales actuaciones derivadas de la adquisición de un objeto presumiblemente apto, suponen in re ipsa la constatación de un perjuicio en tiempo, preocupaciones y ansiedad -no clínica en el caso- para obtener una respuesta favorable a una situación extraordinaria derivada de un hecho común, la adquisición de una motocicleta nueva que resulta ser defectuosa, impidiendo al adquirente el goce ordinario y propio de la misma sin obtener por parte del vendedor, como era su obligación, una respuesta adecuada.*

actora (la compradora), también solidariamente, en la cantidad de seiscientos euros (600 euros)²⁵⁷.

En contra la postura mantenida por la mayoría de los pronunciamientos judiciales, la SAP de La Coruña de 27 de marzo de 2013 (JUR 2013\185961) parece negar el que una avería en un bien de consumo pueda provocar que se cause un daño moral al consumidor el cual se deba indemnizar²⁵⁸, dado que *La lesión que se puede derivar de las averías incide sobre un bien económico que es el coche (bien de consumo no conforme en el supuesto resuelto por la SAP de La Coruña).*

(iii) Toma de posición.

En el sentido manifestado por la doctrina y jurisprudencia mayoritaria, no puede más que reconocerse el deber de resarcir el daño moral que se haya causado a un consumidor por la concurrencia de una falta de conformidad en

²⁵⁷ Al respecto refiere esta sentencia lo siguiente: *Hemos de tener en cuenta, que a lo largo del tiempo esa opción no ha obtenido el resultado favorable que cabría esperar, máxime valorando las sucesivas reparaciones que exceden de la decena, realizadas en los propios talleres de los concesionarios de la marca, con las consiguientes dificultades e inconvenientes que ello ha conllevado para la actora y que incluso ha motivado la acogida por el Órgano Judicial de instancia de su pretensión indemnizatoria por daño moral, ahora también ratificada en esta alzada.*

²⁵⁸ Esta sentencia establece que *Tampoco se puede establecer una indemnización por aflicción o daño moral. El Tribunal Supremo ha admitido excepcionalmente la apreciación de existencia de "daño moral" incluso en supuestos de culpa contractual, aunque por lo general dicho concepto, que integra una especial modalidad del daño, se haya venido aplicando a los supuestos de responsabilidad extracontractual. Dice al respecto la sentencia núm. 1031/2002, de 31 octubre, que «el concepto de éste es claro y estricto; no comprende aspectos del daño material. Si una lesión del derecho subjetivo atenta a la esfera patrimonial del sujeto no pretenda éste que alcance también a la esfera espiritual. Hay daño moral exclusivamente cuando se ha atentado a un derecho inmaterial de la persona: es el caso del honor, intimidad e imagen que contempla la Ley 1/1982, de 5 de mayo, es el caso también de la muerte del ser querido, tanto si es del hijo menor que no produce perjuicio económico, sino también del padre de familia que, además, sí lo produce; es el caso, asimismo, del "pretium doloris". Pero no cabe alegarlo si se produce y se reclama un perjuicio patrimonial, es decir, cuando la lesión incide sobre bienes económicos, a modo de una derivación o ampliación del daño patrimonial». La lesión que se puede derivar de las averías incide sobre un bien económico que es el coche.*

un bien de consumo, dado que una indemnización, en virtud del principio de total indemnidad del daño, debe abarcar tanto los daños materiales (gastos producidos y ganancias dejadas de percibir), como los daños morales causados, en ambos casos, siempre que estén directamente relacionados con el actuar culposo del demandado (SAP de Santa Cruz de Tenerife de 20 de septiembre de 2012 - Id Cendoj: 38038370042012100397).

Basta citar la SAP de Ciudad Real de 7 de febrero de 2014 (Id Cendoj: 13034370012014100119) para ilustrar la conveniencia de que a un consumidor se le resarza por el daño moral motivado por una falta de conformidad de un bien de consumo: la Audiencia Provincial de Ciudad Real resolvió conceder una indemnización de 3.000 € por los daños morales causados a un consumidor que, debido a la falta de conformidad que presentaba la motocicleta que había adquirido, se había visto privado de la posibilidad de usar dicho vehículo: *La imposibilidad de uso de un vehículo particular, aunque no genere perjuicios económicos, no implica que no determine un daño moral, cuando su privación alcanza al disfrute del mismo en actividades de ocio y recreo, del que es privado por la conducta imputable al incumplimiento de la parte demandada... sin dejar de considerar las inquietudes y pérdida de tiempo que provocaba las continuas vicisitudes (intentos de reparación infructuosos) acaecidas.* Considero que circunstancias como las referidas (perturbación y pérdida de tiempo por las reclamaciones que no son atendidas o solucionadas, privación del disfrute del bien adquirido, etc.) son merecedoras de indemnización no pudiendo dejar de ser resarcidas.

D. Incompatibilidad de las acciones del Título IV y el régimen de vicios del consentimiento.

De acuerdo con el artículo 1261 del CC, si no hay consentimiento, objeto y causa en un contrato, no existe contrato, determinándose por el artículo 1265 del CC que es nulo el consentimiento prestado por error, violencia, intimidación o dolo, circunstancias a identificar como vicios del consentimiento. De darse alguna de las circunstancias citadas que vician el consentimiento de una de las partes de un contrato, concurriría una causa de anulabilidad: un contrato anulable está afectado por una causa de nulidad relativa, aún cuando dicho contrato se considerará “ab inicio” válido y eficaz; mediante la acción de anulabilidad recogida en los artículos 1300 y siguientes del CC, tal convenio puede ser declarado judicialmente nulo, declaración que produciría efectos “*ex tunc*” siendo el contrato *considerado inválido retroactivamente, como si fuera radicalmente nulo*²⁵⁹.

a) Doctrina.

Partiendo de la existencia de dificultades en el consumidor a la hora de probar en la práctica la concurrencia de vicios en la emisión de su consentimiento²⁶⁰, se ha cuestionado por la doctrina, para aquellas compraventas celebradas entre vendedor profesional y comprador consumidor

²⁵⁹ DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario al artículo 1300 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XVII, Vol. 2º, 1ª ed., Edersa, Madrid, 1981, pg. 244.

²⁶⁰ GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., “Derecho de desistimiento”, en *La defensa de los consumidores y usuarios*, REBOLLO PUIG, M., y IZQUIERDO CARRASCO, M. (dir.), 1ª ed., Iustel, Madrid, 2011, pg. 1305.

en que se ha dado un vicio en el consentimiento de éste último y una falta de conformidad en el bien adquirido, qué normativa resulta aplicable, la acción de anulabilidad de los artículos 1300 y siguientes del CC o el régimen del Título IV, partiendo de que el artículo 117 del TRLGDCU sobre incompatibilidad de acciones nada señala al respecto:

i) MARTÍNEZ VELENCOSO defiende que *los remedios del incumplimiento se deben aplicar con preferencia a las normas sobre vicios del consentimiento*²⁶¹.

ii) AVILÉS GARCÍA entiende que, *si bien resultaría lógico y deseable que los remedios particulares del incumplimiento previstos en el Título IV del Libro II del RDLeg 1/2007 excluyan la aplicación del error, por el momento no existen criterios suficientes dentro de nuestro ordenamiento jurídico que apoyen esta solución*²⁶², de donde cabe concluir su predilección por aplicar preferentemente las normas sobre vicios del consentimiento.

iii) Según FENOY PICÓN, en el supuesto en que en una situación se plantee la aplicación del régimen del error del CC y el del Título IV, debe aplicarse este último dada la incompatibilidad entre uno y otro; por contra, cuando concurra la duda de aplicar a un supuesto el régimen del dolo del CC o el de garantías de bienes de consumo del TRLGDCU, debe aplicarse la regulación del dolo prevista por el CC²⁶³.

²⁶¹ *Op. cit.*, pg. 102.

²⁶² *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, TOL1.721.862.

²⁶³ *El sistema de protección del comprador*, 1ª ed., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, pgs. 256 a 280.

iv) MARÍN LÓPEZ considera compatibles la acción de anulabilidad por dolo o error y las acciones del Título IV, pudiendo el consumidor a su elección basar su pretensión en una acción u otra²⁶⁴.

v) TORRELLES TORREA, si bien no termina de pronunciarse sobre qué regulación regiría el supuesto en que resulta posible aplicar el régimen del error del CC y el del régimen del Título IV, *ante la concurrencia del dolo vicio y el régimen general del incumplimiento se defiende su compatibilidad a elección del comprador*²⁶⁵.

b) Jurisprudencia.

La SAP de Asturias de 26 de septiembre de 2011 (JUR 2011\360587), en un supuesto en que se alega la presencia de una falta de conformidad en el bien de consumo y de un error esencial en el consentimiento dado por el comprador consumidor que provocaría la nulidad del contrato de compraventa firmado por éste, establece expresamente lo siguiente: *La sentencia* (de primera instancia) *declara la existencia de error esencial y la nulidad del negocio, por mas que se alegase también la falta de conformidad del bien, de modo que el alegato del recurrente sobre esta última ha de posponerse al análisis de la nulidad, debiendo analizarse si concurrió el error esencial como primer motivo.* Parece defenderse la diferente naturaleza de ambos sistemas (error en el consentimiento y falta de conformidad del Título IV), estableciendo que en primer lugar debe procederse a determinar si el vicio

²⁶⁴ "Comentario al artículo 117 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *op. cit.*, pgs. 1477 y 1478.

²⁶⁵ "Artículo 117. Incompatibilidad de acciones. TR-LGDCU", *op. cit.*, pgs. 1082 y 1083.

en el consentimiento alegado provoca la nulidad del contrato firmado, pasando posteriormente para el caso en que no concurra dicha nulidad, a analizarse si existe una falta de conformidad en el bien de consumo adquirido; habrá de comenzar por considerar si el contrato de compraventa está realmente afectado por tal error esencial en el consentimiento y si, por tanto, es realmente anulable, pasándose en el caso de que dicha causa de anulabilidad sea descartada por la plena vigencia y eficacia del contrato, a examinarse si existe realmente una falta de conformidad y el vendedor debe responder por ello.

c) Toma de posición.

Para responder a la pregunta sobre qué sistema debe ser escogido ante la duda de aplicar la acción de anulabilidad por vicios en el consentimiento o el régimen del Título IV, entiendo que debe diferenciarse entre el error y los demás vicios en el consentimiento, rechazando en cualquier caso la compatibilidad del Título IV con la acción de anulabilidad por alguno de los vicios en el consentimiento (error, violencia, intimidación y/o dolo).

Al contrario que AVILÉS GARCÍA, se puede considerar que existen razones suficientes para defender la aplicación preferente del Título IV sobre el error en el consentimiento: debe partirse de lo señalado en el apartado I) 2. B. d) (*Saneamiento por vicios ocultos y error en el consentimiento dado*) referente a que el régimen del error en el consentimiento y el de las acciones edilicias regulan un mismo supuesto de hecho, la falsa representación de la realidad, debiendo aplicarse preferentemente el último de estos regímenes por el principio de

especialidad. A su vez, se ha referido i) en el apartado II) 1. (*PRINCIPIO DE CONFORMIDAD DEL TÍTULO IV. INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO EN EL DERECHO ESPAÑOL*) que el régimen de la falta de conformidad engloba al supuesto de los vicios ocultos, y ii) en el apartado II) 2. A. (*Incompatibilidad de las acciones del Título IV y el régimen de saneamiento por vicios ocultos del CC*) que el Título IV debe aplicarse con preferencia a las acciones edilicias. Tales afirmaciones, hacen razonable concluir, en contra de lo referido por la SAP de Asturias de 26 de septiembre de 2011, que el régimen de la falta de conformidad abarca el supuesto del error como vicio del consentimiento del artículo 1266 del CC, debiendo aplicarse preferentemente el Título IV ante la duda de cuál de los dos regímenes aplicar, por el carácter especial de las acciones edilicias frente al del error.

Los restantes vicios de la voluntad recogidos por el artículo 1265 del CC (violencia, intimidación y dolo) deben ser abordados de manera diferente al error en el consentimiento.

Tal y como se ha referido en el apartado II) 1. (*PRINCIPIO DE CONFORMIDAD DEL TÍTULO IV. INTRODUCCIÓN DEL CONCEPTO EN EL DERECHO ESPAÑOL*), el Título IV abarca tanto las acciones edilicias como el supuesto del “*aliud pro alio*”. Entiendo que los vicios de la voluntad citados tienen por objeto cada uno de ellos un supuesto diferente al de la falta de conformidad: el consentimiento prestado con violencia se da *cuando para arrancar el consentimiento se emplea una fuerza irresistible* (artículo 1266.I del CC),

el consentimiento afectado por intimidación *cuando se inspira a uno de los contratantes el temor racional y fundado de sufrir un mal inminente y grave en su persona o bienes, o en la persona o bienes de su cónyuge, descendientes o ascendientes* (artículo 1266.II del CC) y el consentimiento dado con dolo *cuando, con palabras o maquinaciones insidiosas de parte de uno de los contratantes, es inducido el otro a celebrar un contrato que, sin ellas, no hubiera hecho* 1268 del CC); la emisión de la voluntad por el comprador consumidor dándose uno de estos vicios representa un supuesto diferente al de la falta de conformidad, tal y como se ha entendido tal concepto de la falta de conformidad en nuestro Derecho en el cual no se incluye el de los vicios de la voluntad reseñado: de acuerdo con las SSAP de Córdoba de 12 de junio de 2007 (JUR 2007\343575), de 1 de octubre de 2009 (JUR 2010\39714) y de 2 de noviembre de 2011 (JUR 2013\183375) la Ley 23/2003 introduce el concepto de falta de conformidad, con la particularidad de que dentro de este se engloban no solo los conceptos de vicio o defecto sino también el aliud pro alio o prestación diversa. Se produce en el art. 4.1 de la Ley una unificación de remedios en los que se aúnan los tradicionales para el saneamiento por vicios ocultos de los artículos 1484 y s.s. del C.C. (acciones redhibitoria y quanti minoris) con los propios del incumplimiento en el C.C (acción de cumplimiento -art. 1096 -, acción resolutoria -art. 1124 -, acción de indemnización de daños y perjuicios -art. 1101-).

En contra de lo manifestado por MARTÍNEZ VELENCOSO, se entiende adecuado negar que pueda plantearse qué régimen debe aplicarse con preferencia entre ambos sistemas habida cuenta que el supuesto de hecho que

abarca el consentimiento dado con violencia, intimidación o dolo, resulta diferente al que regula la falta de conformidad del Título IV.

3. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO.

El ámbito objetivo de aplicación del régimen de garantía de los productos de consumo viene determinado por el artículo 115 del TRLGDCU²⁶⁶. Una primera lectura de tal precepto parece determinar claramente, de una parte, los contratos a los que es aplicable dicho régimen de garantía, y de otra, los bienes a los que aplicar el mismo:

i) Como contratos a los que aplicar dicho régimen se señalan *los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse.*

ii) Como bienes que van a ser objeto de protección por dicho régimen se hace referencia a *los productos*, enumerándose posteriormente una serie de supuestos que se excluyen expresamente de la aplicación del régimen de garantía de los productos de consumo: *productos adquiridos mediante venta judicial, el agua o el gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas, y la electricidad. Tampoco será aplicable a los*

²⁶⁶ Artículo 115.

1. *Están incluidos en el ámbito de aplicación de este título los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse.*

2. *Lo previsto en este título no será de aplicación a los productos adquiridos mediante venta judicial, al agua o al gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas, y a la electricidad. Tampoco será aplicable a los productos de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente.*

productos de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente.

A. Contratos a los que aplicar el régimen.

a) Contrato de compraventa y supuestos excluidos por el artículo 115.2 del TRLGDCU.

Se parte de la indiscutida aplicación del régimen de garantías de los productos de consumo al contrato de compraventa, tal y como establece el artículo 115.1 del TRLGDCU (*Están incluidos en el ámbito de aplicación de este título los contratos de compraventa*).

La doctrina ha considerado, que, más allá de las exclusiones realizadas en el segundo apartado del artículo 115 del TRLGDCU, el régimen del Título IV debe aplicarse a cualquier modalidad de compraventa²⁶⁷.

(i) Venta judicial, administrativa, notarial y realizada por administrador concursal.

En relación con el inciso del artículo 115.2 del TRLGDCU anteriormente destacado, se viene a excluir del ámbito de aplicación del Título IV *los productos adquiridos mediante venta judicial, y a los productos de segunda mano adquiridos en*

²⁶⁷ Conforme a MARÍN LÓPEZ, M. J., el Título IV se aplicará tanto a ventas *normales* como a *especiales...la venta con pacto de retro, con pacto de exclusiva, a prueba, de cosa ajena, de cosa futura, bajo condición o a término...la venta a distancia, la venta automática, la venta ambulante...* “Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pg. 1421.

En mismo sentido TORRELLES TORREA, E., “Artículo 115. Ámbito de aplicación. TR-LGDCU”, en *Comentarios a las Normas de Protección de Los Consumidores*, CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), Colex, Madrid, 2011, pg. 1064.

*subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente*²⁶⁸.

(a) Doctrina.

La doctrina se ha preocupado de argumentar la exclusión de la compraventa judicial²⁶⁹. En cambio, sobre el otro supuesto, la exclusión de la subasta administrativa²⁷⁰ de bienes de segunda mano a la que el consumidor y

²⁶⁸ La Ley 3/2014 ha introducido en el TRLGDCU el artículo 59 bis el cual incluye una serie de definiciones a aplicar al Libro Segundo de dicha norma, libro en el que se contiene el Título IV. Entre tales definiciones se describe el concepto *subasta pública* como el *procedimiento de contratación transparente y competitivo en virtud del cual el empresario ofrece bienes o servicios a los consumidores y usuarios que asistan o puedan asistir a la subasta en persona, dirigido por un subastador y en el que el adjudicatario esté obligado a comprar los bienes o servicios*.

La introducción de esta definición no altera las previsiones del Título IV dado que ninguna referencia se realiza en dicho título al concepto *subasta pública*.

²⁶⁹ Se entiende necesario describir sucintamente cómo se ha concebido el saneamiento por vicios ocultos en la compraventa judicial.

El artículo 1489 del CC establece que *En las ventas judiciales nunca habrá lugar a la responsabilidad por daños y perjuicios; pero sí a todo lo demás dispuesto en los artículos anteriores*.

La doctrina que ha analizado este precepto ha concluido que sus previsiones permiten que se aplique a las ventas judiciales toda la regulación de saneamiento por vicios ocultos, a excepción de la indemnización por daños y perjuicios motivada por la mala fe del vendedor, dado que en este tipo de compraventas no cabe que el vendedor actúe maliciosamente dada su limitada intervención; se ha añadido que debe entenderse por *venta judicial* a los efectos de este artículo aquella en la que intervenga el órgano jurisdiccional en contra de la voluntad del vendedor, cuya actuación únicamente puede venir motivada por mandato judicial. GARCÍA CANTERO, G., "Comentario a los artículos 1484 a 1490 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XIXVI, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pgs. 387 y 388. PEÑA LÓPEZ, F., "Comentario al artículo 1489 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pg. 1724.

La SAP de Barcelona de 14 marzo de 2002 (JUR\2002\162348) sobre el artículo 1489 del CC señala que *lo único que dicho precepto excluye en las ventas judiciales es la responsabilidad por daños y perjuicios, pero no las acciones edilicias redhibitoria (si se solicita la restitución del precio) o estimatoria (para obtener la diferencia de valor) que regulan los artículos precedentes, a los que de forma expresa se remite*.

²⁷⁰ Igualmente se considera adecuado exponer brevemente cómo ha sido entendida la concurrencia de vicios ocultos en la venta administrativa: BADENES GASSET, R., partiendo del citado art. 1489 del CC, considera que a las ventas realizadas por providencia administrativa o resolución gubernativa debe aplicárseles las previsiones recogidas en dicho precepto por analogía a la compraventa judicial expresamente regulada en dicho artículo (este último autor afirma que *se asimila a venta judicial la venta forzosa acordada por la Autoridad no judicial, como la que tiene lugar como consecuencia de la expropiación*). BADENES GASSET, R., *op. cit.*, pg. 712.

usuario puede asistir personalmente, poca justificación se ha aportado. Las principales razones facilitadas para la exclusión de la compraventa judicial son las siguientes:

- i) La dificultad de determinar quién es el responsable de la falta de conformidad y el carácter impuesto de tal compraventa²⁷¹; en sentido similar, AVILÉS GARCÍA²⁷² destaca el carácter impuesto de este tipo de venta.
- ii) La no consideración de este tipo de venta como una operación de consumo²⁷³.
- iii) La especial condición del sujeto que vende, un órgano judicial²⁷⁴.

Sobre la subasta administrativa de bienes de segunda mano a la que el

Sobre la compraventa administrativa puede mencionarse el caso resuelto por la STSJ de Madrid de 21 de mayo de 2005 (TOL608.390). Por el comprador de una embarcación adquirida en pública subasta a la Delegación del Gobierno de Madrid se solicitó la resolución de dicha transmisión por la existencia de vicios ocultos en la cosa vendida. Solicitada la resolución a través de la vía administrativa sin que la Administración citada admitiera tal resolución, el comprador interpuso el correspondiente recurso contencioso administrativo solicitando la resolución del contrato de compraventa por *la falta de diversos accesorios y piezas que constituyen elementos de instalación y uso normal de la embarcación adjudicada, así como a la falta de condiciones para que el barco pudiera servir a su destino, todo ello, con base en la aplicación de los principios contenidos en el art. 7 del Código Civil según las cuales el ejercicio de los derechos deberá ejercitarse conforme a las exigencias de la buena fe, la exclusión del abuso del derecho en la práctica de dicho ejercicio, así como la existencia de la causa de saneamiento por vicios o defectos ocultos de la cosa vendida, contemplada en el art. 1474.2 del Código Civil*. El TSJ de Madrid desestimó el recurso interpuesto alegando que *el recurrente tuvo la posibilidad de examinar y conocer la situación en que se encontraba la embarcación que adquirió, por lo que debe excluirse la concurrencia de cualquier causa legal que justifique dicha resolución contractual*.

²⁷¹ MARÍN LÓPEZ, M. J., señala sobre la falta de conformidad que *no es razonable que la misma sea imputada ni al acreedor ejecutante, dada su falta de relación con la cosa, ni al deudor ejecutado, ya que, al ser decretada por el juez, la enajenación se produce prescindiendo de su voluntad*. “Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *op. cit.*, pg. 1431.

²⁷² *Op. cit.*

²⁷³ TORRELLES TORREA, E., “Artículo 115. Ámbito de aplicación. TR-LGDCU”, *op. cit.*, pg. 1068.

²⁷⁴ Conforme a TORRELLES TORREA, E., “Artículo 115. Ámbito de aplicación. TR-LGDCU”, *op. cit.*, pg. 1068.

consumidor y usuario no puede asistir personalmente, también se ha venido a justificar su exclusión por la intervención de una Administración Pública en lugar del vendedor²⁷⁵.

La exclusión de la compraventa judicial y de la subasta administrativa de bienes de segunda mano ha venido a plantear si dicha exclusión debía extenderse a otros supuestos similares de compraventa. Se ha considerado aplicable el régimen de garantías de los bienes de consumo a la subasta notarial, a la venta administrativa y a la venta realizada por administrador concursal²⁷⁶.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., aludiendo al mecanismo de la subasta judicial en la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, destaca de una parte, la intervención que realiza el órgano jurisdiccional (*que procede a la realización de los bienes por él mismo aprehendidos, o, en sustitución, a emplearlos para un modo distinto o de satisfacción (adjudicación, percepción de frutos y rentas de los bienes productivos embargados) sin intervención del deudor...no empleándose el concepto «comprador» ni el de «vendedor».* «Comprador» se sustituye por «remate» y quien sea el «vendedor» no lo ha dicho, precisamente porque es el punto oscuro) y de otra, la falta de intervención de la parte cuyo bien es objeto de una subasta, dado que el deudor del proceso de ejecución no muestra voluntad de vender nada, requisito esencial del contrato de compraventa, (art. 1.261,1º, en rel. con 1.445 íd.), ni puede vender, y por otro lado, no le es posible negarse a entregar la cosa (art. 1.466 íd). *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1985, pgs. 767 a 769.

MIGUEL Y ROMERO, M., y MIGUEL Y ALONSO, C., partiendo igualmente de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, describen la venta forzosa como *un contrato en el que el juez vende por el ejecutado, por un acto de autoridad en el ejercicio del ius imperio inmanente a su función jurisdiccional existiendo una expropiación en la adjudicación, mediante este modus faciendi adecuado a los fines del cumplimiento de la santidad iuris impuesta al ejecutado.* *Derecho Procesal Práctico*, tomo II, 11ª ed., Bosch, Barcelona, 1967, pg. 35.

MONTERO AROCA, J., concibe la enajenación forzosa regida por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, como un *acto procesal por el que el tribunal transmite a un tercero un bien, previamente embargado al deudor ejecutado, en virtud de su potestad jurisdiccional, como medio para obtener dinero con el que satisfacer la pretensión del ejecutante, negando que tal operación conforme un contrato, sino un acto del proceso de ejecución, y su base no es un negocio jurídico entre juez y adquirente, sino el ejercicio de su potestad jurisdiccional.* *El nuevo proceso civil*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000, pg. 694.

²⁷⁵ COSTAS RODAL, L., justifica la exclusión de la subasta administrativa de la aplicación del Título IV por la intervención en la misma *un órgano público en lugar del vendedor, a través de un procedimiento prefijado.* *Op. cit.*, pg. 2049.

²⁷⁶ Para MARÍN LÓPEZ, M. J., a estos tres tipos de compraventa se le aplica el régimen de garantías de los bienes de consumo. “Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *op. cit.*, pg. 1432; para AVILÉS GARCÍA, J., el Título IV, debe aplicarse a la subasta notarial. *Op. cit.*

(b) Toma de posición.

Resulta de interés relacionar las razones dadas por la doctrina para justificar la exclusión de la venta judicial con los otros supuestos de compraventa a los que sí se hace extensivo el régimen del Título IV:

i) Mientras, en primer lugar, MARÍN LÓPEZ y AVILÉS GARCÍA defienden la exclusión de la venta judicial señalando que en dicha venta se produce la enajenación prescindiendo de la voluntad del ejecutado, dichos autores a continuación declaran la aplicabilidad del Título IV a la subasta notarial, cuando en ésta última venta también puede venir impuesta al dueño del bien la transmisión, prescindiéndose de la voluntad de este último (piénsese en que, en el contrato de la prenda que grave un bien mueble, se estipule que, en caso de impago, el procedimiento de ejecución de dicho bien es la subasta notarial²⁷⁷).

²⁷⁷ A este respecto cabe citar determinadas previsiones contempladas en diferentes normativas sobre la ejecución de bienes muebles:

El art. 1872 del CC establece un sistema de ejecución extrajudicial en el contrato de prenda al prever que *El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario a la enajenación de la prenda a través de subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso*. Este artículo resulta aplicable en las operaciones en que se pignoran acciones o participaciones sociales en garantía de un contrato en el que ha intervenido un fedatario público; tomando como referencia el contrato de préstamo, ante el incumplimiento del deudor que había pignorado sus acciones o participaciones en garantía de su cumplimiento, el acreedor podría exigir la ejecución de la prenda a través del notario de acuerdo con las previsiones del art. 1872 del CC.

A su vez, la LHMPD recoge en sus artículos 86 y siguientes el procedimiento extrajudicial a través del que el acreedor hipotecario de un bien mueble puede hacer efectivo su crédito, el cual se sigue ante un notario competente para actuar en el lugar donde radiquen los bienes hipotecados y se realiza a través de la venta de los bienes en pública subasta.

Asimismo el art. 129.1.b) de la LH recoge la posibilidad de ejercitar ante notario la acción para ejecutar una hipoteca que se haya constituido *mediante la venta extrajudicial del bien hipotecado, conforme al artículo 1.858 del Código Civil, siempre que se hubiera pactado en la escritura de constitución de la hipoteca sólo para el caso de falta de pago del capital o de los intereses de la cantidad garantizada* (el artículo 1858 del CC refiere que *Es también de esencia de estos contratos – de prenda e hipoteca- que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor*). En el artículo 129.2 de la LH se describen los requisitos y

ii) TORRELLES TORREA comienza por excluir la venta judicial de tal régimen por no tener tal compraventa la consideración de *operación de consumo* y por la especial condición del sujeto que vende (en esto coincide con COSTAS RODAL²⁷⁸); sin embargo, no se pronuncia sobre la posible aplicación del Título IV a la compraventa en subasta notarial o a la venta administrativa, supuestos en los que, en opinión de quien suscribe, se pueden encontrar las mismas causas que llevaron a ésta a justificar la exclusión de la venta judicial, esto es, la no consideración como operaciones de consumo y la observancia de una especialidad en el sujeto vendedor.

Se puede apreciar como existe falta de justificación en el trato desigual dado a supuestos similares:

i) Con respecto a lo planteado por MARÍN LÓPEZ y AVILÉS GARCÍA, pudiendo existir una enajenación impuesta tanto en la venta judicial como en la subasta notarial, para dichos autores la primera venta se excluye de la aplicación del Título IV, mientras que segunda se incluye.

iii) Con respecto a lo planteado por TORRELLES TORREA, pudiendo entenderse que no son operaciones de consumo la venta judicial, la subasta

formalidades a los que debe ajustarse esta venta extrajudicial, completándose su regulación con los artículos 234 y siguientes del RH.

En último lugar, debe hacerse mención al régimen recogido en la LVPBM/1998 dado que su artículo 16 posibilita acudir a la subasta notarial para exigir las cantidades debidas en caso de incumplimiento del deudor de un contrato inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles y formalizado en el modelo oficial establecido al efecto: *El acreedor podrá dirigirse directa y exclusivamente contra los bienes adquiridos a plazos, previo requerimiento de pago realizado a través de fedatario público; Si el deudor no pagase, pero voluntariamente hiciera entrega de los bienes adquiridos a plazos, se procederá a su enajenación en pública subasta, con intervención de Notario o Corredor de Comercio colegiado, según sus respectivas competencias.*

²⁷⁸ *Op. cit.*, pg. 2049.

notarial y la venta administrativa, y apreciarse en todos dichos supuestos la especial condición de sujeto vendedor, tal autora excluye del régimen de garantías la venta judicial, y nada dice sobre la subasta notarial y la venta administrativa. Se realiza una exclusión de la venta judicial; sin embargo, no se pronuncia sobre la posible inclusión en la aplicación del Título IV de la compraventa en subasta notarial o de la venta administrativa, supuestos en los que, en opinión de quien suscribe, se pueden encontrar las mismas causas que llevaron a esta autora a justificar la exclusión de la venta judicial, esto es, su no consideración como operaciones de consumo y la observancia de una especialidad en las condiciones del sujeto vendedor.

Considero que deben considerarse las especiales circunstancias de cada caso para entender que una venta por subasta notarial, una venta administrativa o una venta realizada por administrador concursal, debe regirse por régimen del Título IV, relacionando el supuesto concreto con la “ratio legis” de dicho Título IV; partiendo de que el sistema de protección del régimen de garantías de productos de consumo viene configurado para dar al consumidor *una superior protección por su posición de debilidad en el contrato, posición que no es predicable respecto de un profesional o empresario*²⁷⁹, en la medida en que el

²⁷⁹ MOSCOSO TORRES, P. J., *op. cit.*, pg. 749. A este respecto debe destacarse que no solo la compraventa de bienes de consumo realizada entre el comprador consumidor y vendedor profesional que se rige por el Título IV tiene por fin el favorecer al consumidor que se encuentra el posición de inferioridad frente al profesional, sino que toda la normativa de consumo tiende a cumplir tal misión: *el legislador es consciente de que, en atención a las circunstancias, el consumidor ha podido formar su consentimiento contractual con un déficit de conocimiento y de voluntad...los tradicionales medios de protección jurídico-civiles de los contratantes –instrumentos fundamentalmente*

propietario del producto tuviera capacidad para determinar las condiciones de venta, pudiendo por su superior posición sobre el consumidor y usuario perjudicar a este último, dicha venta debiera regirse por el régimen de garantías de los bienes de consumo; por el contrario, en aquellos casos en que se pudiera entender que el vendedor no tiene capacidad por su propia voluntad para establecer las condiciones de venta y aprovecharse así de la debilidad del consumidor y usuario en perjuicio de éste, no cabría aplicar dicho régimen²⁸⁰.

Sin perjuicio de que, tal y como se ha comentado, deba atenderse a las características del supuesto contrato, por regla general, cuando un bien de

centrados en los vicios del consentimiento (arts. 1262 y 1265 t ss. CC) quedan insuficientes en los que han sido llamados «contratos de consumo», en los que la desigualdad real de los contratantes ha llevado al ordenamiento jurídico a dotar de mecanismos de tutela al consumidor. GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "Derecho de desistimiento", op. cit., pg. 1218. Este último autor, antes de la aprobación de la LGVBC, destacó esta idea reconociendo una serie de notas como caracterizadoras del Derecho del consumo: formalismo de las transacciones, información, exclusión de ciertas cláusulas y otorgamientos al consumidor de un derecho de arrepentimiento. "La facultad de desistimiento en la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico de 1998" en Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada, HERRERA CAMPOS, R. (coord.), Vol. 1º, 1ª ed., Universidad de Almería, Almería, 2000, pgs. 588 y 589.

²⁸⁰ A propósito de la "ratio legis" del Título IV, conviene hacer notar que esta importante dimensión subjetiva del Derecho del consumo (en el cual se incluye al TRLGDCU y, por tanto, el Título IV), que hace de la persona y sus bienes el eje central de la protección legal, sirve de conexión con otros preceptos constitucionales, como los artículos 9 y 10 CE e incluso los relativos a derechos fundamentales. A este respecto, el artículo 9 de la CE se refiere a la necesidad de que los ciudadanos y los poderes públicos estén sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, al deber de los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social, y a que la Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos; a su vez, el artículo 10 de la CE reconoce que la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social y que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España. ROCA GUILLAMÓN, J., "Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)", op. cit., pgs. 202 y 203.

consumo sea objeto de una venta por subasta notarial, de una venta administrativa o de una venta realizada por administrador concursal, tal operación se realizará sin la intervención relevante del profesional propietario del producto, sujeto al que se le habrán impuesto las condiciones de venta, pudiendo defenderse que en este caso no cabe aplicar el Título IV a las referidas ventas; ante la ausencia de desequilibrio entre consumidor y profesional propietario del bien (debida a la imposibilidad del profesional de establecer los términos de la compraventa y de influir al comprador desde una posición de superioridad), no cabría aplicar el Título IV, régimen cuyo fin pretende eliminar la posible debilidad del consumidor ante la posición de superioridad del vendedor.

b) Contrato de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse.

En cuanto a la mención realizada por el artículo 115.1 del TRLGDCU, a *los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse*, resulta ciertamente confusa dado que dicha mención que se realiza del contrato de suministro, parece no adaptarse plenamente al concepto que se tiene en nuestro Derecho del contrato de suministro²⁸¹.

²⁸¹ Para GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., el contrato de suministro se define como aquel en el *que una persona (suministrador o proveedor) se obliga mediante un precio unitario a entregar a otra (suministrado) cosas muebles en épocas y cantidades fijada en el contrato o determinados por el acreedor de acuerdo con sus necesidades* encontrando su razón de ser dicho contrato en el deseo de hallar *satisfacción rápida, segura y económica a las necesidades constantes en la vida moderna que sería aleatorio y antieconómico satisfacer concertando un contrato distinto en cada momento en que surgiese una necesidad*. *Curso de Derecho Mercantil*, 5ª ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1969, pg. 95.

(i) Doctrina.

La doctrina ha identificado el contrato *de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse* con el contrato de obra de regulado en el Código Civil en el artículo 1588, y no con el concepto de contrato de suministro que se tiene en nuestro Derecho. Así, MARÍN LÓPEZ ha señalado que *hubiera sido más correcto que el artículo que el artículo 115.1 TRLGDCU aludiera directamente al contrato de obra*²⁸² y TORRELLES TORREA se muestra sorprendida por *el empleo del término «contrato de suministro» cuando en realidad, para nosotros se trata de un contrato de obra o un contrato mixto de obra/compraventa, reservando la denominación «contrato de suministro» para otro tipo de relaciones*²⁸³.

(ii) Jurisprudencia.

A pesar de dicha identificación por la doctrina del contrato *de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse* del artículo 115.1 del TRLGDCU con el contrato de obra regulado en el artículo 1588 del CC²⁸⁴, existe jurisprudencia contradictoria sobre la aplicación del régimen del Título IV al contrato de arrendamiento de obra²⁸⁵. Así la SAP de Cáceres de 19 de julio de 2012 (JUR

²⁸² “Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *op. cit.*, pg. 1422.

²⁸³ “Artículo 115. Ámbito de aplicación. TR-LGDCU”, *op. cit.*, pg. 1065.

²⁸⁴ Artículo 1588.

Puede contratarse la ejecución de una obra conviniendo en que el que la ejecute ponga solamente su trabajo o su industria, o que también suministre el material.

²⁸⁵ Si bien se identifica el contrato *de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse* del artículo 115.1 del TRLGDCU con el contrato de obra de regulado en el artículo 1588 del CC, resulta necesario mencionar a este respecto la figura de la compraventa de cosa futura.

La compraventa de cosa futura es una figura aceptada en nuestro Derecho: BADENES GASSET, R., con apoyo en el art. 1271 del CC, opina que *es claro que la cosa futura puede ser objeto del contrato y que siendo la compraventa un contrato que se perfecciona por el mero consentimiento, nada obstaculiza*

2012\290130)²⁸⁶ ha rechazado la aplicación del régimen del Título IV al contrato de obra previsto por el artículo 1588 del CC en un supuesto en el que por unos consumidores se había contratado la instalación de una línea eléctrica de baja tensión para su finca; sin embargo, la SAP de Valencia 5 de junio de 2013 (JUR\2013\283883) sí reconoce la aplicación de tal régimen a un contrato de suministro e instalación de un acondicionador de conductos en su vivienda que la propia sentencia cataloga como *un contrato de arrendamiento de obra suscrito por*

*que surja una compraventa de cosa futura, perfecta desde el momento en que comprador y vendedor presten mutuamente consentimiento. Op. cit., pg. 141. GARCÍA CANTERO, G., señala que ni las previsiones del art. 1271 del CC ni las del 1529 del CC se oponen a la validez de la compraventa de cosas futuras, alguna de cuyas modalidades presentan gran importancia. "Comentario al artículo 1445 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pg. 28.*

Tal y como señala la doctrina, existe dificultad en muchas ocasiones para diferenciar si, cuando el contratista aporta los materiales para realizar la obra en cuestión, se está desarrollando un contrato de obra o una venta de cosa futura. LUCAS FERNÁNDEZ, F., "Comentario al artículo 1544 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XX, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1980, pg. 98.

RODRÍGUEZ MORATA, F., determina que para distinguir un supuesto como compraventa o como contrato de obra con suministro de materiales se debe atender a la intención y voluntad perseguida por las partes de acordar una prestación de hacer o de dar: *cuando hay una obligación de construir (y no sólo de entregar) y ésta no se concibe como obligación de medios sino de resultado, entonces hay contrato de obra y no de venta. "Comentario al artículo 1588 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pg. 1821. Para ATAZ LÓPEZ, J., una de las claves para diferenciar ambos contratos se encuentra en que en la compraventa la obligación de dar a cargo del vendedor consiste en un dar para transmitir; así, concurrirá un contrato de obra si el que recibe era propietario de lo que se le entrega (por ejemplo cuando aporta los materiales o se construye sobre su suelo), existiendo en caso contrario un contrato de compraventa. "Comentario al artículo 1445 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), tomo VII, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pg. 10184.*

²⁸⁶ Esta sentencia manifiesta que *dicho precepto* (el art. 123 de la TLGDCU) *no puede ser aplicable a un supuesto de reparación de una avería por supuesta mala ejecución de un contrato de obra; en parecido sentido la SAP de Orense de 29 de marzo de 2012 (JUR 2012\130930) ha afirmado que no cabe la aplicación del precepto referido (artículo 119 del TRLGDCU) al supuesto que se enjuicia. El artículo citado se refiere exclusivamente a la existencia de un contrato de compraventa, lo que no es el caso. La relación jurídica que ligaba a los ahora contendientes se enmarca, como acertadamente determina el tribunal a quo, dentro de un arrendamiento de obra. Esta figura contractual aparece recogida en el artículo 1544 del Código Civil, conforme al cual por el contrato de arrendamiento de obra una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto. En el arrendamiento de obra no cabe la sustitución de bien alguno porque la prestación del contratista no es la entrega de un bien susceptible de ser sustituido o reparado sino un facere que puede o no conllevar la aportación de materiales.*

las partes que, según el Art. 1544 del CC²⁸⁷, obliga para el pago de su precio, la obtención del resultado para el que se suscribió.

(iii) Toma de posición.

El contrato de suministro del artículo 115.1 del TRLGDCU (por el que una parte se obliga a facilitar *productos que hayan de producirse o fabricarse* a otro sujeto) parece que se adapta más al contrato de obra regulado en el artículo 1588 del CC que al contrato de suministro concebido en nuestro Derecho, descrito por URÍA GONZÁLEZ como *aquel por el que una parte (suministrador) se obliga a realizar a favor de otra (suministrado) entregas sucesivas y periódicas de una determinada cosa a cambio de un precio*, el cual se caracteriza por la continuidad y periodicidad de las prestaciones²⁸⁸.

Tal y como se referirá en el siguiente apartado, un contrato en el que se transmita la propiedad del bien del vendedor al consumidor y usuario, a cambio de precio o contraprestación deberá regirse por el Título IV; dado que el contrato de arrendamiento de obra puede responder a dicha estructura, resulta más adecuado entender que debe regirse por el régimen de garantías para los productos de consumo.

c) Otros contratos.

En relación con la aplicación del Título IV a contratos diferentes al de compraventa y al de *suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse*,

²⁸⁷ El contrato de obra se recoge en los artículos 1544 y 1588 y siguientes del CC.

²⁸⁸ *Derecho Mercantil*, 6ª ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1968, pgs. 481 y 482.

debe comenzarse por señalar que entre las diferentes propuestas de redacción de la Directiva 1999/44/CE, se planteó la posibilidad de incluir un Considerando que indicara *que la venta de bienes de consumo debe abarcar todo tipo de contratos por los que el vendedor suministra bienes al consumidor, incluidos los contratos en los que se suministran bienes a cambio de otro valor patrimonial, en vez del precio de venta, contratos de alquiler y contratos en los que se realizan pagos a plazos y la propiedad de los bienes no se transfiere al consumidor hasta haberse abonado todos los plazos debidos*²⁸⁹. La inclusión de dicho Considerando en la versión de la Directiva 1999/44/CE definitivamente aprobada, hubiera venido a clarificar si el régimen determinado por tal norma comunitaria debía extenderse a otros contratos diferentes al de compraventa y al que el artículo 115 del TRLGDCU denomina contrato de suministro, si bien dicha opción se descartó ya que tal propuesta no fue tomada en cuenta en la versión final promulgada.

(i) Doctrina.

Ante dicha situación de ausencia de norma que sirva de guía para determinar si se debe aplicar el Título IV a contratos diferentes al de compraventa y al de *suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse*, ha sido la doctrina la que ha venido a analizar si el régimen de las garantías de los productos de consumo debe aplicarse a otros contratos, habiéndose manifestado de diferente manera: existe quien considera aplicable el citado

²⁸⁹ Opción planteada por el Parlamento Europeo mediante la Resolución legislativa que contiene el dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo (COM(95)0520-C4-0455/96 - 96/0161(COD))”, DOCE de 6 de abril de 1998, pgs. 30 y siguientes.

régimen a la permuta (conforme a MARÍN LÓPEZ²⁹⁰ y AVILÉS GARCÍA²⁹¹), al suministro, tal y como se concibe este contrato en nuestro Derecho (conforme a MARÍN LÓPEZ²⁹²), al arrendamiento de bienes muebles (a favor MARÍN LÓPEZ²⁹³, en contra TORRELLES TORREA²⁹⁴; sobre este aspecto, el Libro Verde²⁹⁵ sobre la Revisión del Acervo en Materia de Consumo, de 8 de febrero de 2007, de la Comisión Europea señala en su página 102 que un consumidor que arrienda un

²⁹⁰ "Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *op. cit.*, pg. 1423.

²⁹¹ "La «garantía legal de conformidad» con el bien comprado y la «garantía comercial» en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo" en *Derechos de los consumidores y usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, GARCÍA GARCÍA, L. M. (coord.), y DE LEÓN ARCE, A. (dir.), 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, TOL1.190.348.

²⁹² "Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *op. cit.*, pg. 1424. Puede atenderse a lo referido en la nota 238 sobre el concepto de contrato de suministro en nuestro Derecho.

²⁹³ "Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *op. cit.*, pg. 1424.

²⁹⁴ "Artículo 115. Ámbito de aplicación. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1064.

²⁹⁵ Los Libros Verdes son *documentos publicados por la Comisión Europea cuyo objetivo es estimular una reflexión a nivel europeo sobre un tema concreto. Los Libros Verdes invitan a las partes interesadas (organismos y particulares) a participar en un proceso de consulta y debate sobre las propuestas que presentan, y pueden dar origen a desarrollos legislativos que se reflejan en Libros Blancos.* UNIÓN EUROPEA, *Glosario*. <http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/green_paper_es.htm>, consultado a 25 marzo, 2015.

Estos Libros Verdes deben relacionarse con el concepto "soft law" que se define como la *creación y establecimiento de conjuntos normativos carentes de valor vinculante, pero dotados de un alto porcentaje de persuasión.* ROCA GUILLAMÓN, J., "Soft law. Notas sobre el argumento de autoridad en el proceso de armonización del derecho contractual europeo", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel, Díez-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.* (coord.), Vol. 2º, 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pg. 2709. Dentro del "soft law" comunitario que afecta al Derecho Estatal, se ha señalado a los Libros Verdes como elementos tenidos en cuenta por la jurisprudencia del Tribunal Supremo que sirven para guiar y orientar las normas internas de nuestro Derecho. ROCA GUILLAMÓN, J., "Soft law. Notas sobre el argumento de autoridad en el proceso de armonización del derecho contractual europeo", *op. cit.*, pg. 2718. Sirva la STS de 19 de junio de 2012 (Id Cendoj: 28079119912012100007) como ejemplo de la utilización que realiza el Tribunal Supremo de los Libros Verdes: esta sentencia se refiere a la *publicación por la Comisión, en fecha 14 diciembre 2010, de un Libro Verde que lleva por título "Menos trámites administrativos para los ciudadanos: promover la libre circulación de los documentos públicos y el reconocimiento de los efectos de los certificados de estado civil"* para mencionar que *en el seno de la Unión Europea se tiende a evitar la duplicidad en la exigencia de requisitos de carácter predominantemente formal cuando ya se han cumplido las formas o condiciones necesarias en otro Estado miembro según una finalidad idéntica o similar a la requerida en el Estado en que el acto o negocio ha de producir efecto.*

vehículo no está protegido por las disposiciones de la Directiva 1999/44/CE); parte de la doctrina excluye de la aplicación del Título IV la donación²⁹⁶, el comodato²⁹⁷, y hay quien considera únicamente incluidos en el mismo la compraventa y el suministro en el sentido del artículo 115 del TRLGDCU, ya que *dada esta previsión legal, y ante la inclusión de este supuesto particular, parece que habrá de afirmarse la exclusión de cualquier otro supuesto en que el título que le permite al consumidor la adquisición de un bien de consumo sea distinto a la compraventa*²⁹⁸.

(ii) Toma de posición.

Para quien suscribe, el análisis de los contratos a los que el artículo 115 del TRLGDCU declara expresamente aplicable el régimen de garantías de los productos de consumo, esto es, el contrato *de compraventa de productos* y el *suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse*, determinará a qué contratos debe entenderse aplicable dicho régimen.

En dichos contratos existen determinados rasgos comunes. Tanto el contrato *de compraventa de productos* (entendiendo como tal, de acuerdo con el artículo 59 bis del TRLGDCU, el *contrato en virtud del cual el empresario transmita o se comprometa a transmitir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, incluido cualquier contrato cuyo*

²⁹⁶ MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *op. cit.*, pg. 1421.

²⁹⁷ MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *op. cit.*, pg. 1421. TORRELLES TORREA, E., "Artículo 115. Ámbito de aplicación. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1064.

²⁹⁸ GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., "Consideraciones generales sobre la LGVBC, de 10 de Junio, de garantías en la venta de bienes de consumo", en *Estudios de derecho judicial*, N° 50, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pg. 82.

objeto esté constituido a la vez por bienes y servicios), como el de *suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse* (que se identifica, tal y como se ha referido, con el contrato de obra regulado en el artículo 1588 del CC), son contratos sinalagmáticos, donde existen obligaciones tanto para el vendedor como para el consumidor y usuario:

i) El vendedor viene obligado a la entrega final de un producto, cuya propiedad pasa a ser del consumidor y usuario.

ii) El consumidor y usuario, a cambio de adquirir la propiedad de dicho producto, debe satisfacer un precio determinado o prestación onerosa.

Es por ello que parece que, más allá de los contratos expresamente reconocidos por el artículo 115 del TRLGDCU, todos los contratos que atiendan al intercambio de prestaciones referido anteriormente (transmisión de la propiedad de un bien del vendedor al consumidor y usuario, a cambio de precio o contraprestación) deberán regirse por las previsiones del régimen de garantías para los productos de consumo quedando excluidos de su aplicación aquellos contratos que no respeten tal esquema. Así, sobre los contratos anteriormente enumerados, se entiende lo siguiente:

i) La permuta se considera incluida dentro de tal régimen ya que el consumidor y usuario adquiriría la propiedad de un bien a cambio de la entrega de otro bien, prestación esta última onerosa.

ii) El suministro, entendido en el sentido dado por nuestro Derecho, también se incluiría en tal régimen, dado que el suministrador se obligaría a la

entrega de cosas de forma sucesiva, pagando por ello el consumidor y usuario suministrado.

iii) La donación quedaría excluida, ya que, si bien el consumidor y usuario donatario adquiriría la propiedad del bien, no habría satisfecho precio ni realizado prestación onerosa por ello.

iv) El comodato también quedaría excluido, ya que, el consumidor y usuario comodatario adquiriría simplemente el derecho al uso temporal del bien, no la propiedad, y tal uso habría sido adquirido de forma gratuita.

v) Por último, el arrendamiento de bienes muebles, igualmente se excluiría de tal régimen ya que el arrendatario, si bien satisfaría un precio por los derechos que adquiriría, no pasaría a ser propietario del bien arrendado sino a disfrutar únicamente de su uso.

d) Bienes obsequio en contratos de compraventa.

Existen muchas ocasiones en que, junto al bien de consumo adquirido por un consumidor y usuario de un vendedor profesional, se proporciona al comprador un determinado bien sin coste añadido o a menor coste (ofertas de 2x1, 3x2, 50% de descuento en la adquisición de la siguiente unidad, etc.), cuestionándose si a dicho producto (adquirido sin coste o por un precio menor) se le puede aplicar el régimen de garantías de los productos de consumo.

Deben distinguirse dichos supuestos ya que, dependiendo de sus particularidades, las previsiones del Título IV podrían o no aplicarse.

(i) Segunda unidad rebajada.

Se están refiriendo en este apartado los supuestos en que se adquiere el bien de consumo a considerar principal, cuyo precio no incluye descuento, y por haber comprado este primer producto, se logra un determinado descuento en el precio final de ambos productos. Es el caso de las ofertas en las que se ofrece la adquisición de dos unidades al precio de una (se estaría pagando el 50% del precio real de cada una de dichas unidades) o de tres unidades al precio de dos (se estaría pagando el 66% del precio real de cada una de dichas unidades).

(a) Doctrina.

Sobre este supuesto parece que existe unanimidad en la doctrina²⁹⁹ a la hora de considerar que todos los productos adquiridos en esta operación encuentran protección en el régimen del Título IV ya que se paga un precio por cada uno de los productos adquiridos, aunque sea menor al precio habitual.

(b) Toma de posición.

En el sentido manifestado por la doctrina, es preferible considerar que las faltas de conformidad que puedan surgir en los productos adquiridos a través del supuesto descrito deben regularse por el Título IV, dado que existirá un precio pagado por tales productos, aún cuando sea inferior al precio habitual.

²⁹⁹ En este sentido, MARÍN LÓPEZ, M. J., entiende que el régimen de garantías se aplica *cuando al adquirir un bien, se facilita la compra de otro bien distinto a precio reducido*. “Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *op. cit.*, pg. 1426. Igualmente TORRELLES TORREA, E., considera que *a la compra de uno o dos productos se ofrecen otros por un precio módico (por ejemplo, 3x2), en la que el consumidor paga los tres productos aunque por el tercero se paga menos, debe aplicársele el régimen de garantías*. “Artículo 115. Ámbito de aplicación. TR-LGDCU”, *op. cit.*, pg. 1067.

(ii) 2 x 1 ó 3 x 2.

Van a ser referidos en este apartado los supuestos en que, por la adquisición del bien principal, por el cual se ha pagado un precio cierto, se da un producto adicional sin pagar precio por él.

(a) Doctrina.

La dificultad a la hora de considerar que dicho producto adicional se encuentra protegido por el régimen del Título IV se halla en la falta de pago por dicho producto adicional, que podría llevar a identificar la adquisición de dicho bien como una donación, contrato excluido del régimen del Título IV, de acuerdo con MARÍN LÓPEZ³⁰⁰. Este autor parece concebir las dos adquisiciones, la del bien principal y la del adicional, como dos operaciones totalmente distintas: de una parte la relativa a la compraventa del bien principal, y de otra, la referente a la donación del bien adicional.

Con respecto a estos supuestos, en muchas ocasiones habrá problemas para distinguirlos de los casos presentados en el anterior apartado II. 3. A. d) (i) (*Segunda unidad rebajada*). Así por ejemplo, el supuesto de las ofertas en que por la compra de una unidad de un producto te regalan una segunda, y el supuesto en el que se adquieren dos unidades al precio de una, guardan grandes similitudes porque se adquirieren dos productos por un mismo precio total (en

³⁰⁰ Para este autor la donación es un contrato *ajeno al régimen de garantías en la venta de bienes de consumo*. “Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *op. cit.*, pg. 1426.

ambos casos, el precio de una unidad). Esta operación, que TORRELLES TORREA³⁰¹ excluye del régimen de aplicación del Título IV, esto es, el regalo de una segunda unidad anudado a la compraventa de un producto, siempre podría presentarse como una compraventa de dos unidades al precio de una (donde hay pago por los dos elementos), supuesto que se defiende incluido en el régimen de protección de los bienes de consumo.

MARÍN LÓPEZ³⁰², al contrario de lo manifestado por TORRELLES TORREA, opina que en los casos de 2x1, en que se entrega de regalo la segunda unidad, *el bien que se entrega como obsequio forma parte, en realidad, del objeto del contrato*, debiendo aplicarse el régimen del Título IV a la segunda unidad que ha sido regalada. En el mismo sentido, el INC³⁰³ considera que *el bien que se entrega como regalo forma parte del objeto de la compraventa*.

(b) Jurisprudencia.

En el mismo sentido que MARÍN LÓPEZ y el INC, la SAP de La Coruña de 18 de julio de 2011 (JUR 2011\308479) entiende que el producto que se entrega como obsequio por la compra de otro forma parte del objeto del contrato de compraventa, debiendo aplicarse el régimen del Título IV. Esta sentencia resuelve un supuesto en el que, junto a la motocicleta objeto de compraventa, se

³⁰¹ "Artículo 115. Ámbito de aplicación. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1067.

³⁰² "Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *op. cit.*, pg. 1426.

³⁰³ CG/49/03: *En caso de promoción de ventas consistente en el obsequio de un producto, ¿Es aplicable la Ley 23/2003 a ese producto? ¿Quién será el responsable de una posible falta de conformidad? Y si el obsequio es directamente del fabricante, (por ejemplo un reloj dentro del envase del producto) ¿Es responsable el vendedor?* <http://www.consumo-inc.gob.es/informes/garantias/cronologico/2003_41.htm>, consultado a 23 noviembre, 2013.

entrega como obsequio una chaqueta y un casco de motorista; se señala expresamente que *incluidas en el precio de la compra del vehículo, se le entregan al demandante, sin cargo, una chaqueta y un casco*; en este supuesto, habiéndose procedido a la resolución de dicho contrato, se resolvió que junto a la devolución del vehículo correspondía *establecer la obligación del comprador de devolver además del vehículo adquirido, el casco y la chaqueta que también le fueron entregados, al tratarse de un efecto inherente a la resolución contractual*.

(c) Toma de posición.

Esta última interpretación mostrada por MARÍN LÓPEZ, el INC y la SAP de La Coruña de 18 de julio de 2011, parece la postura más razonable. Resulta procedente rechazar que cuando se proporciona el bien adicional sin sobreprecio se esté realizando una donación ya que el consumidor no ha adquirido como una mera liberalidad del vendedor; la adquisición de bien adicional facilitado sin precio se encuadra dentro de la operación de compraventa del bien principal, no pudiendo separarse la adquisición del bien principal de la del bien adicional: no hay donación adicional sin compra del bien principal. Esta postura concuerda con lo manifestado en el apartado II) 3. A. c) de este trabajo (*Otros contratos*) en el que se afirma que debe aplicarse el Título IV a todos los contratos en que vendedor se obligue a la entrega final de un producto, cuya propiedad pasa a ser del consumidor y usuario, siempre que, a cambio de dicha prestación, el consumidor y usuario satisfaga un precio determinado o prestación onerosa. En este caso, dado que de no haberse

producido la adquisición del bien por el que se ha pagado un precio no se habría adquirido sin coste alguno el bien adicional, esta última adquisición no podrá considerarse gratuita sino como parte del objeto de la compraventa, dándose así el requisito de onerosidad que se entiende necesario para que el régimen del Título sea aplicable.

(iii) Adquisiciones vinculadas a periodos de permanencia.

Se refieren en este apartado los supuestos en que se adquiere el bien de consumo a cambio de vincularse a un determinado período de permanencia con un empresario o profesional. Un ejemplo de este tipo de supuesto es la práctica realizada por las compañías de telefonía de proporcionar un teléfono móvil sin contraprestación dineraria, a cambio de la permanencia como cliente de dicha compañía por un determinado periodo de tiempo, permanencia cuyo incumplimiento por parte del cliente conlleva la obligación de pagar una determinada cantidad en concepto de cláusula penal.

(a) Doctrina.

Sobre este supuesto, afirma MARÍN LÓPEZ que *aunque no se paga precio, no se trata un contrato gratuito, por lo que se aplica el régimen de garantías*³⁰⁴.

(b) Toma de posición.

Habiendo señalado que el Título IV debe aplicarse a todos los contratos en que vendedor entrega un producto a cambio de precio determinado o

³⁰⁴ “Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *op. cit.*, pg. 1427.

prestación onerosa, debería entenderse que cualquier permanencia o vinculación obligada del consumidor con una compañía o empresa supone una prestación onerosa; así, la falta de conformidad que se haya dado en el producto entregado a cambio de la permanencia debe regirse por el Título IV.

(iv) Adquisiciones por acumulación de puntos o por remisión de pruebas de compra.

(a) Doctrina.

Sobre este supuesto, MARÍN LÓPEZ no llega a decantarse sobre la aplicación del Título IV al mismo, por ser la cuestión *dudosa*³⁰⁵. Más claramente, el INC³⁰⁶ muestra su parecer haciendo depender la aplicación del Título IV a este supuesto de adquisición por acumulación de puntos o por remisión de pruebas de compra, de que ésta adquisición se vincule a un contrato de compraventa: en aquellos casos en que dicha adquisición del bien queda vinculada a un contrato de compra, cabrá aplicar este régimen de protección de los bienes de consumo.

(b) Toma de posición.

Con respecto a la adquisición de un bien por acumulación de puntos o remisión de pruebas de compra, en primer lugar se advierte que extrañamente MARÍN LÓPEZ excluye de tal régimen la adquisición del consumidor de un *bien*,

³⁰⁵ “Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *op. cit.*, pg. 1427.

³⁰⁶ CG/49/03: *En caso de promoción de ventas consistente en el obsequio de un producto, ¿Es aplicable la Ley 23/2003 a ese producto? ¿Quién será el responsable de una posible falta de conformidad? Y si el obsequio es directamente del fabricante, (por ejemplo un reloj dentro del envase del producto) ¿Es responsable el vendedor?, op. cit.*

sin abonar contraprestación alguna, por el simple hecho de tener un determinado saldo en el banco, y no opina de la misma manera sobre un supuesto muy parecido, la adquisición de un teléfono móvil sin coste directo alguno a cambio de puntos de fidelización que ha ido acumulando, supuesto sobre el que no se decanta y considera dudoso, dado que, para quien suscribe, ambos supuestos resultan muy similares.

Sobre esta cuestión, se está de acuerdo con lo señalado por el INC, ya que se dan las condiciones señaladas en el apartado II) 3. A. c) de este documento (*Otros contratos*) para que el Título IV se aplique: el consumidor adquiere un bien de consumo del vendedor a cambio de una prestación onerosa; en este caso, el adquirente realiza un consumo obteniendo puntos o cupones que canjea por un bien. El consumidor que adquiere por la acumulación de puntos o por la remisión de pruebas de compra un bien de consumo, no obtiene tal bien por mera liberalidad del empresario sino porque ha incurrido en un concreto gasto al adquirir determinados bienes o servicios, gasto que se materializa en puntos o pruebas de compra, con los que el consumidor adquiere el bien de consumo en cuestión; de no haber sufragado dicho consumidor el gasto citado y conseguido los puntos o pruebas de compra, no habría adquirido el bien de consumo, de ahí que el haber incurrido en tal gasto deba considerarse la prestación onerosa que da lugar a la aplicación del Título IV a tal adquisición.

B. BIENES A LOS QUE APLICAR EL RÉGIMEN.

Para determinar qué bienes han de ser de objeto de protección por el régimen de garantías de productos de consumo, debe partirse del artículo 115 del TRLGDCU que señala que *están incluidos en el ámbito de aplicación de este título los contratos de compraventa de productos y los contratos de suministro de productos*; es el concepto *producto* el que delimitará el ámbito de aplicación de tal régimen de garantías. Anteriormente el artículo 1.II de la LGVBC establecía que dicha norma se aplicaría a los contratos cuyo objeto fuesen los *bienes de consumo* entendiéndose por tales a los *bienes muebles corporales destinados al consumo privado*. Si bien el concepto *bienes de consumo* del artículo 1.II de la LGVBC se ha transformado en el vocablo *producto* del artículo 115 del TRLGDCU, dicha variación no ha modificado la determinación de qué bienes han de ser de objeto de protección por el régimen de garantías de productos de consumo³⁰⁷.

Para definir qué debe entenderse por *producto* se ha de acudir al sentido que da de tal concepto el artículo 6 del TRLGDCU que establece que es *producto todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil*; a su vez, tal artículo 335 del Código Civil señala que *Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a*

³⁰⁷ Esta modificación realizada por el TRLGDCU por el que vocablo *bienes de consumo* se ha transformado en el concepto *producto* viene a suponer otro elemento que muestra como dicha norma se ha excedido en su labor de refundir, ya que, debiendo haber sido tal el fin de este Texto Refundido, ha ido más allá procediendo a establecer modificaciones sustanciales en la normativa que se ha refundido.

que estuvieren unidos. Puede observarse como el concepto *bien mueble* se concibe de forma residual dado que debe considerarse como bien mueble todo aquello que no conforme un bien inmueble³⁰⁸.

De acuerdo con los preceptos reseñados, determinará la aplicabilidad de este régimen de garantías a un bien la corporalidad del mismo, esto es, la capacidad de que se pueda *transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos*; la propia Directiva 1999/44/CE destaca tal corporalidad cuando se refiere en su artículo 1, como bien al que aplicar el régimen de tal norma, al *bien de consumo* entendiéndose como tal a *cualquier bien mueble corpóreo*³⁰⁹.

Existen determinados bienes cuyas características ponen en duda que puedan incluirse en el concepto producto, sobre los que, por tanto, se vacila a la hora de afirmar que deban ser protegidos por el Título IV, motivo por el que tales bienes serán objeto de análisis en este trabajo.

³⁰⁸ BADENAS CARPIO, M., "Comentario al artículo 335 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pg. 350.

³⁰⁹ Se debe destacar la SAP de Madrid de 28 de diciembre de 2013 (JUR 2013\41986) la cual quien suscribe considera que incurre en error al aplicar el Título IV. Esta sentencia resuelve sobre la reclamación de un consumidor en la que solicita la indemnización por los perjuicios causados al entregar una vivienda cuya terraza tenía una superficie menor a la convenida en el contrato privado de venta de cosa futura que tuvo por objeto tal vivienda. La AP señala que *en este caso, el comprador como consumidor, ostenta a su favor las acciones por falta de conformidad de la cosa vendida previstas en los artículos 114 y concordantes del Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, que establecen un plazo de garantía de dos años que no había transcurrido al tiempo de interponerse la demanda, incluida la de disminución del precio, normativa aplicable incluso de oficio*. Entiendo que en este supuesto no cabría aplicar los artículos 114 y siguientes del TRLGDCU, esto es, el Título IV, dado que tal régimen se aplica exclusivamente a los bienes muebles, conformando la vivienda objeto de tal sentencia un bien inmueble.

a) Medicamentos.

Los especiales caracteres de los medicamentos (su condición de bien perecedero con una fecha de caducidad y el marco legislativo que regula su dispensa) pudieran hacer dudar si tales bienes se encuadran en la categoría de productos a los efectos del art. 6 del TRLGDCU. En realidad, el hecho de que sean bienes perecederos no influye en la consideración de los medicamentos como productos³¹⁰ (los bienes perecederos deben considerarse productos); es el régimen legislativo de esta clase de bienes la cuestión que mayores dudas suscita. Atendiendo a lo señalado por el Dictamen realizado por el INC³¹¹ en el año 2004, se pueden destacar las siguientes particularidades en la regulación de la compraventa de medicamentos:

i) La dispensa de medicamentos está sometida a un férreo sistema de controles establecido por la LMPS que ha de seguirse para hacer posible su comercialización; dichos bienes han de presentar determinadas garantías para su venta: de calidad, de eficacia, de seguridad, de identificación y de información.

³¹⁰ MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *op. cit.*, pg. 1429; RODRÍGUEZ MARÍN, C., "El principio de conformidad en la venta de bienes de consumo: garantías y servicios posventa", en *Aranzadi civil: revista doctrinal*, N° 9, 2011, BIB 2010\2472; TORRELLES TORREA, E., "Artículo 115. Ámbito de aplicación. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1067; ARIAS-SALGADO ROBSY, M. E., "La ley de garantías en la venta de bienes de consumo. Principales novedades y valoración de la protección para el usuario y el consumidor. El principio de conformidad", en *Cuadernos de derecho judicial*, N° 11, 2005, pg. 211.

³¹¹ CG/11/04: *¿Se aplica la Ley 23/003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo a los medicamentos?* <<http://www.consumo-inc.es/Informes/garantias/preguntas/preguntas3.htm>>, consultado a 22 junio, 2011.

- ii) Existen casos en que el farmacéutico viene obligado a la dispensa de los medicamentos cuando ésta se realiza bajo prescripción facultativa.
- iii) La legislación farmacéutica predetermina unos precios de venta de los medicamentos que no se pueden variar por voluntad del farmacéutico.
- iv) Los medicamentos son bienes cuyo resultado no es cierto³¹².

(i) Doctrina.

Teniendo en cuenta las consideraciones realizadas en el anterior apartado, la doctrina ha declarado que los medicamentos son bienes a englobar en el concepto de *producto* determinado por el artículo 6 del TRLGDCU: así lo entienden tanto MARÍN LÓPEZ³¹³ como el INC³¹⁴, si bien este último organismo tiene en cuenta el hecho de que los medicamentos no pueden asegurar un resultado determinado por su uso limitando la aplicación del Título IV en lo que a tales bienes se refiere a *fundamentalmente problemas referidos a su presentación y expedición*.

(ii) Toma de posición.

En este punto, y en contra de la posición defendida por la doctrina, considero que no debe aplicarse el régimen de garantías de los bienes de

³¹² El citado Dictamen del INC sobre el resultado incierto de los medicamentos señala que *las indicaciones terapéuticas de los medicamentos –que también forman parte de la autorización de comercialización– no garantizan un resultado por su utilización, pudiendo ser modificadas por condiciones extrañas. La autorización de los medicamentos se basa en que la relación beneficio-riesgo se considere favorable en un porcentaje significativo de los posibles usuarios.*

³¹³ “Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *op. cit.*, pg. 1429.

³¹⁴ CG/11/04: *¿Se aplica la Ley 23/003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo a los medicamentos?, op. cit.*

consumo a los medicamentos, todo ello, basándome en el razonamiento anteriormente expuesto en el apartado II) 3. A. a) (*Contrato de compraventa y supuestos excluidos por el artículo 115.2 del TRLGDCU*), esto es, debido a la “ratio legis” de tal régimen. Se parte de que el régimen del Título IV se ha establecido para procurar al consumidor y usuario un sistema que le proteja ante la posición de superioridad del vendedor³¹⁵; sin embargo, en este supuesto de los medicamentos, el fin perseguido por el régimen de garantías de los bienes de consumo se vería ya satisfecho de antemano, sin tener que aplicar tal régimen: al farmacéutico, que cuando vende los medicamentos no tiene libertad para establecer el precio, se le obliga a la dispensa en determinados casos y viene sometido a rigurosos controles por la Administración (no le queda campo de actuación para provocar en el consumidor y usuario un posible perjuicio) no presentando ya de inicio, antes de comenzar la relación comercial con el comprador, una posición superior frente a éste.

b) Animales.

Otra cuestión interesante a analizar es si los animales deben entenderse incluidos en el concepto *producto* anteriormente expuesto del art. 6 del TRLGDCU, dado que dichos bienes por su naturaleza, no responden al

³¹⁵ La SAP de Cádiz de 4 de septiembre de 2009 (JUR 2010\12684) sobre la “ratio legis” del Título IV señala que es *la posición de desigualdad que caracteriza al consumidor la que justifica la aplicación de la legislación protectora* (del régimen del Título IV).

parámetro habitual del bien de consumo, el cual por regla general es producido en serie³¹⁶.

(i) Doctrina.

Poco después de que fuera publicada la LGVBC, GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ³¹⁷ y el INC³¹⁸, ya afirmaron que los animales deben considerarse *productos* a los que aplicar el régimen del Título IV (en este mismo sentido vinieron a opinar más tarde GARCÍA VICENTE³¹⁹ y TORRELLES TORREA³²⁰).

(ii) Jurisprudencia.

La postura consistente en entender que un animal debe ser considerado como un *producto* ha sido corroborada por diferentes pronunciamientos jurisprudenciales; las SAP de las Islas Baleares de 24 de marzo de 2006 (JUR\2006\137396), de Burgos de 29 de septiembre del mismo año (JUR\2007\38879) y de Granada de 21 de noviembre de 2008 (JUR\2009\60612) han considerado que el régimen de garantías de los bienes de consumo debe aplicarse a los animales, si bien de diferente forma:

i) La SAP de las Islas Baleares de 24 de Marzo de 2006 (JUR\2006\137396) reconoce, aunque no de forma expresa, la aplicabilidad del

³¹⁶ MARÍN LÓPEZ, M. J., "Reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo", en *Actualidad Civil*, Nº 12, 2007, LA LEY 1912/2007.

³¹⁷ *Op. cit.*, pg. 80 y 81.

³¹⁸ CG/05/05: ¿Se aplica la LGVBC, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo a los animales? <<http://www.consumo-inc.es/Informes/garantias/preguntas/preguntas3.htm>>, consultado a 24 junio, 2011.

³¹⁹ "La compraventa de consumo de bienes de segunda mano", en *Aranzadi civil: revista doctrinal*, Nº 3, 2010, BIB 2010\828.

³²⁰ "Artículo 115. Ámbito de aplicación. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1067.

régimen de la LGVBC a la compraventa de animales, si bien la cuestión relevante de este asunto estriba en el recurso al artículo 1494 del CC que tal resolución realiza. Este artículo señala que *No serán objeto del contrato de venta los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas siendo Cualquier contrato que se hiciere respecto de ellos...nulo*. Ante la duda de aplicar el artículo 1496 del CC (este precepto dispone que el plazo para el ejercicio de la acción redhibitoria sobre la venta de animales es de 40 días), el propio artículo 1494 del CC o la LGVBC, el tribunal parece decantarse por la aplicación del artículo 1494 del CC³²¹. La SAP de Gerona de 23 de enero de 2012 (JUR 2012\95744), viene a plantear también la aplicación del artículo 1494 del CC a un supuesto en el que se produjo la muerte de un perro adquirido por un consumidor a los once días de haber sido entregado³²².

³²¹ ...la compraventa de animales con enfermedades contagiosas, a que se refiere el apartado primero, es determinante de nulidad radical que actúa ipso iure por tratarse de negocio con objeto ilícito, concreta aplicación de la regla general contenida en el artículo mil doscientos setenta y uno, y además contraría la disposición imperativa y prohibitiva del referido artículo mil cuatrocientos noventa y cuatro, con la carencia de efectos acomodada a lo que previene el artículo seis, párrafo tres, del Título Preliminar, por lo que no es aplicable el plazo de caducidad de los cuarenta días que fijan los artículos mil cuatrocientos noventa y seis y mil cuatrocientos noventa y nueve, dado que no se trata de una acción redhibitoria o estimatoria, según tiene declarado este Tribunal en sentencia de trece de abril de mil novecientos setenta y ocho, indicando que "los ganados y animales que padezcan enfermedades contagiosas" se hallan fuera del comercio y es absolutamente nula su enajenación.

³²² La SAP de Gerona de 23 de enero de 2012 (JUR 2012\95744 para resolver el caso que enjuicia cita la SAP de Córdoba de 29 de Octubre de 2001: *El supuesto de autos (el que es objeto de enjuiciamiento por la SAP de Córdoba) hace referencia a contrato verbal de compraventa concertado sobre perro de raza "chiguagua", demanda en la que se viene a solicitar la nulidad de la venta al amparo del artículo 1494 del Código Civil al considerar que el animal padecía una enfermedad contagiosa ...ocurriendo que en dicho caso Lo realmente relevante es si el animal padecía o no esa enfermedad contagiosa que afirma la demanda y que requiere el citado artículo 1494, llegando a determinarse que en el supuesto resuelto por la SAP de Córdoba se vienen a reunir los requisitos que el tan citado artículo 1494 viene a exigir para considerar nulo el contrato, y ello con nulidad radical ipso iure, como antes se ha indicado, lo que en el caso de autos conlleva que se tenga que estimar la demanda en cuanto a declarar la nulidad del contrato con los efectos legales inherentes.*

ii) La SAP de Burgos de 29 de septiembre de 2006 (JUR\2007\38879), plantea la posible aplicación de la LGVBC a los animales, si bien no termina de reconocer tal circunstancia³²³.

iii) La SAP de Granada de 21 de noviembre de 2008 (JUR\2009\60612), es la sentencia que viene a declarar expresamente que un animal debe considerarse *bien de consumo* a los efectos de la LGVBC y que, por ello, dicha norma debe serle aplicada a tal clase de bienes: *El animal para uso y disfrute personal -un animal de compañía- ha de entenderse como un bien de consumo.*

(iii) Toma de posición.

Para quien suscribe, las especiales condiciones del animal no provocan el rechazo a que tal bien se considere como un *producto* en el sentido del artículo 6

La SAP de Gerona de 23 de enero de 2012, a pesar de citar dicho artículo 1494 del CC y determinar que en el supuesto por dicha sentencia resuelto, *estamos en presencia de un contrato viciado de nulidad radical que no nace al mundo jurídico y opera "ipso iure" siéndole de aplicación la normativa y consecuencias jurídicas analizadas anteriormente*, también señala que al supuesto objeto de enjuiciamiento le son de aplicación las previsiones del artículo 1124 del CC (*En la medida en que el animal vendido padecía una enfermedad, que necesariamente ya estaba incubando con anterioridad a la venta y tan grave que causó su muerte la conclusión no puede ser otra que la de considerar dicho animal como inútil para prestar el uso para el que se adquirió y cuando esta inhabilidad es total y absoluta como en el caso presente, se produce un incumplimiento total de la obligación de entrega y en tal caso el comprador puede exigir la resolución del contrato al amparo de lo dispuesto en el Art. 1124*). No se comparten los razonamientos realizados por esta sentencia ya que, de una parte, se afirma que existe un incumplimiento de un contrato debiendo aplicarse por ello las previsiones del artículo 1124 del CC y, de otra parte, se señala que tal caso conforma asimismo un supuesto de nulidad radical; ambos pronunciamientos se entienden incompatibles: un *contrato viciado de nulidad radical que no nace al mundo jurídico* no puede incumplirse.

³²³ Esta sentencia partiendo de *la dificultad para entender de aplicación a los animales la Ley sobre garantía en los bienes de consumo...* concluye afirmando que, *desde luego, si hubiera que aplicar al supuesto de autos las disposiciones de la Ley 23/2003 habría que darle la razón al comprador y devolverle el precio del perro que compró. Asimismo, considerando que en cualquier caso la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento de las obligaciones del comprador, y al amparo del artículo 1124 del Código Civil, también encuentra su fundamento en el incumplimiento de la obligación de entrega dicha sentencia resuelve que la reclamación del comprador es de todo punto justa y atinada y debe devolverse la cantidad de 600 € más el interés legal desde la fecha de la interposición de la demanda.*

del TRLGDCU, si bien ello conllevará la adaptación del régimen del Título IV a dichas especiales características:

i) En atención a lo señalado en la SAP de las Islas Baleares de 24 de marzo de 2006 (JUR\2006\137396), en caso de que se demuestre que el animal fue entregado con una enfermedad contagiosa, no habrá lugar a la aplicación del régimen del Título IV, ya que se considerará que el contrato debe identificarse como un supuesto de nulidad absoluta, no produciendo dicho contrato efecto alguno, debiendo devolverse recíprocamente las prestaciones realizadas (artículo 1303 del CC).

ii) La reparación del bien deberá entenderse como la cura o sanación del animal (conforme a la SAP de Granada de 21 de noviembre de 2006 y al INC³²⁴).

iii) Resulta adecuado que el concepto sustitución se interprete de tal forma que se acepte no solo la sustitución de un bien defectuoso por otro de *idénticas características* (SAP de Granada de 21 de noviembre de 2008 -JUR 2009\60612- o SAP de Alicante de 18 de diciembre de 2009 -AC\2010\717-), sino también el reemplazo por otro de *similares características* (SAP de Pontevedra de 6 de junio de 2007 -JUR 2007\293885-). Para aquellos casos en que la sustitución de un animal por uno de *idénticas características* resulte imposible, considero válido el que se sustituya por otro cuyas características

³²⁴ CG/05/05: ¿Se aplica la LGVBC, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo a los animales?, *op. cit.*

esenciales sean lo más similares posibles (edad, valor, raza, pedigrí, estado de salud, etc.).

c) Obras de arte.

Se pretende analizar la posible aplicación del régimen del Título IV a una obra de arte, entendiendo como arte *el acto o facultad mediante los cuales, valiéndose de la materia, de la imagen o del sonido, imita o expresa el hombre lo material o lo inmaterial, y crea copiando o fantaseando*³²⁵.

(i) Doctrina.

Existe un común parecer en la consideración de las obras de arte como *productos* a los que aplicar el régimen de garantías para los bienes de consumo³²⁶.

BERGEL SÁINZ DE BARANDA, si bien entiende aplicable tal régimen a las obras de arte, considera que se debería haber excluido expresamente su aplicabilidad a tales bienes. Este autor entiende que la naturaleza de las obras de arte provoca que los problemas que se dan en la realidad en la compraventa de esta clase de bienes sean muy diferentes a los que se pensaron cuando se previó el régimen de la LGVBC y posteriormente el del TRLGDCU; considera muy poco probable la posibilidad de que una obra de arte presente una falta de

³²⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, tomo I, 21ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1992, pg. 202.

³²⁶ EROSKI, "Informe: Nueva Ley de garantías en la venta de bienes de consumo", en *Revista Eroski Consumer*, N° 71, 2003, pg. 14. <http://revista.consumer.es/web/es/20031101/pdf/revista_entera.pdf>, consultado a 8 julio, 2014; BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., "La subasta de obras de arte On-Line" en *Revista de la Contratación Electrónica*, N° 85, 2007, VLEX-464682.

conformidad en el momento de la entrega que se manifieste posteriormente, ya que los problemas en la adquisición de obras de arte se manifestarán a la hora de conformar la voluntad contractual del adquirente³²⁷. GARCÍA VICENTE señala que la razón de la adquisición de obras de arte y antigüedades *radica en su «autenticidad» y valor y «no» en su utilidad o función, para la cual las normas sobre faltas de conformidad, al igual que las de saneamiento por vicios ocultos, son relativamente insatisfactorias y es preferible recurrir a los deberes precontractuales de información y, más en general, a las normas sobre error y dolo contractual*³²⁸.

En parecido sentido, TORRELLES TORREA³²⁹ señala que las obras de arte *no suelen ser objetos de consumo* ya que las motivaciones que mueven al comprador a su adquisición son el *valor de afección, otras valoraciones subjetivas y su autenticidad*. TORRELLES TORREA cita para formular su postulado a GÓMEZ POMAR³³⁰, quien, a su vez, considera que *las diferencias cuantitativas y cualitativas de las obras de arte, bienes únicos, como...las antigüedades...inclinan claramente la*

³²⁷ Para BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., ocurriendo que en el régimen de garantías para los productos de consumo *el vendedor es un profesional que responderá de las faltas de conformidad que se manifiesten en el plazo de dos años desde la entrega, en la compraventa de obras de arte, los aspectos determinantes son la valoración diligente y la descripción, pues su aspecto clave es su autenticidad y valor; así, sobre estos problemas señala que deberían ser mejor tratados por normas específicas a esos efectos "como las reglas de Derecho privado general sobre deberes de revelación en fase precontractual, dolo y error"* (GÓMEZ, F., "Directiva 1999/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica", en *In Dret*, 2001/4, pág. 14). En este sentido, también, LETE ACHIRICA; J., "La transposición de la Directiva 1999/44 en el Derecho Español mediante la Ley de 10 de julio de 2003 de garantías en la venta de bienes de consumo" en *Garantías en la venta de bienes de consumo*, ed. Universidad de Santiago de Compostela, 2004, pág. 205, señala que no cree que los motivos para adquirir obras de arte tengan nada que ver con los criterios de utilización por el comprador tenidos en cuenta en estas normas. *Op. cit.*

³²⁸ "La compraventa de consumo de bienes de segunda mano, *op. cit.*

³²⁹ "Artículo 115. Ámbito de aplicación. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1068.

³³⁰ "Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica", *op. cit.*

balanza a favor de dejar fuera del ámbito de la Directiva (1999/44/CE) la compraventa de dichos bienes.

(ii) Toma de posición.

Ante la posibilidad de entender no incluida la obra de arte en el régimen del Título IV y a falta de una expresa declaración de su exclusión, debe citarse que se descartó en la redacción final de la Directiva 1999/44/CE la posibilidad planteada de que los Estados, en la transposición de la norma comunitaria, recogieran la previsión de que el vendedor y el consumidor pudieran excluir la responsabilidad del vendedor por cualquier falta de conformidad en la venta de obras de arte, objetos de colección y antigüedades³³¹. No puede defenderse que no quepa aplicar tal régimen a dichos bienes ya que el hecho de que muchos problemas que concurren en la compraventa de una obra de arte se puedan dar en la fase *precontractual, dolo y error* (los cuales en su caso podrían regirse por su regulación específica³³²) no excluye que puedan suscitarse supuestos de falta de conformidad previstos por el artículo 116 del TRLGDCU: podrán haberse hecho declaraciones por el vendedor o por su representante sobre cualidades de la obra que no se adapten a la realidad; en obras de arte de reciente creación, los materiales utilizados podrán tener unos defectos en el momento de la entrega

³³¹ El Parlamento Europeo previó dicha posibilidad, que no fue tenida en cuenta para la versión final de la Directiva 99/44/CE, a través de la Decisión relativa a la posición común aprobada por el Consejo con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo [C4-0533/98 96/0161(COD) DOCE de 9 de abril de 1999], pgs. 226 y ss.

³³² Para esta cuestión atender a lo referido en el apartado II. 2. D. (*Incompatibilidad de las acciones del Título IV y el régimen de vicios del consentimiento*)

que se revelen con posterioridad; la obra de arte podrá entregarse incompleta o con desperfectos al consumidor y usuario ya sea a causa del comportamiento del vendedor o del transportista que por su cuenta actúe, etc.

En relación a la compraventa de una obra de arte por parte de un consumidor a un profesional, debe analizarse cómo influye en tal adquisición el hecho de que el bien adquirido sea único o que del mismo tan solo existan unos pocos ejemplares. Ha de partirse de que el art. 119.1 del TRLGDCU establece que el consumidor y usuario, dada una falta de conformidad, en primer lugar, podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del bien de consumo, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada. Por imposibilidad, entre otros supuestos, se ha considerado la situación en la que el bien adquirido por sus características únicas es insustituible³³³. Cuando se dé una falta de conformidad en una obra de arte única o en una obra que pertenezca a una serie exclusiva con pocos ejemplares del que no queden más unidades, debe entenderse que la sustitución resultará imposible, pudiendo el comprador solicitar su reparación; tan solo cuando no le fuera posible al comprador de la obra de arte acudir a la reparación o a la sustitución, éste se encontraría habilitado para requerir la resolución del contrato o la rebaja del precio satisfecho (la doctrina señala que exclusivamente el consumidor puede acudir a estas dos últimas formas de saneamiento,

³³³ TORRELLES TORREA, E., "Artículo 119. Reparación y sustitución del producto. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1093.

resolución y rebaja, cuando los dos remedios primarios, reparación y sustitución, son inexigibles³³⁴).

d) Software informático y similares.

Otros elementos sobre los que resulta difícil determinar si se encuentran protegidos por el régimen del Título IV son los que conforman el software, *conjunto de programas, instrucciones y reglas informáticas para ejecutar ciertas tareas en una computadora*³³⁵.

(i) Doctrina.

Existe cuasiunanimidad en declarar que solo se entenderá aplicable el régimen del Título IV a la adquisición de un elemento de software (programas informáticos, base de datos, etc.), cuando el bien esté incorporado a un elemento material³³⁶, ya que ésta será la única forma en que dicho bien cumpla con el requisito de corporalidad requerido para ser considerado como bien mueble susceptible de apropiación, y, por tanto, producto a los efectos del artículo 6 del TRLGDCU³³⁷.

³³⁴ MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al artículo 121 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pg. 1525.

³³⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*. <<http://lema.rae.es/drae/?val=software>>, consultado a 2 marzo, 2014.

³³⁶ El artículo 59 bis introducido por la Ley 3/2014 aporta una definición de *soporte duradero* enumerando una serie de elementos (*las memorias USB, los CD-ROM, los DVD, las tarjetas de memoria o los discos duros de ordenador*) que deben entenderse incluidos en tal concepto y que pueden servir de referencia a la hora identificar qué objetos deben entenderse como elemento material al que puede incorporarse un elemento del software.

³³⁷ INC, CG/06/04: *Inclusión de los bienes muebles de la vivienda nueva adquirida por el consumidor en el ámbito de aplicación de la LGVBC, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*. <<http://www.consumo-inc.es/Informes/garantias/preguntas/preguntas3.htm>>, consultado a 24

En contra de la tesis anteriormente expuesta, TORRELLES TORREA viene a disentir parcialmente de la inaplicabilidad del Título IV a los elementos de software que no estén incorporados a un soporte físico, apoyando su postura en lo señalado por CAVANILLAS MÚGICA, defendiéndose que a los archivos informáticos (no a otros elementos de software) debe aplicarse tal régimen *con independencia de que tengan o no soporte físico* pues entiende que tales archivos *aunque sean incorporeales, son apropiables y transportables, y por ello, calificables como muebles, y, por tanto, productos*³³⁸.

(ii) Toma de posición.

Para quien suscribe, si bien dicha tesis de TORRELLES TORREA y CAVANILLAS MÚGICA (que acepta que los archivos informáticos sean considerados productos a los que aplicar el Título IV) se entiende razonable, no se comprende cómo la consideración de tales bienes como productos a los efectos del art. 6 del TRLGDCU no se ha extendido a programas de ordenador, bases de datos y otros elementos de software, ya que también podría decirse de ellos que, aún siendo elementos incorporeales, son igualmente apropiables y transportables.

Debe advertirse que desde instancias comunitarias se hace ver que la adquisición de un bien inmaterial (como es un elemento de software), en la

junio, 2011; GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., "Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (arts. 118 a 127)", *op. cit.*, pg. 191; GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., *op. cit.*, pg. 81; MOSCOSO TORRES, P. J., *op. cit.*, pg. 761; AVILÉS GARCÍA, J., "La «garantía legal de conformidad» con el bien comprado y la «garantía comercial» en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo", *op. cit.*

³³⁸ "Artículo 115. Ámbito de aplicación. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1067.

medida en que no existe un soporte físico, no debe verse incluida en el régimen de protección de los productos de consumo. El Libro Verde sobre la Revisión del Acervo en Materia de Consumo, de 8 de febrero de 2007, presentado por la Comisión Europea, ha señalado (en su página 121) que el suministro de contenidos digitales³³⁹ no está cubierto por la Directiva 1999/44/CE; por ejemplo, un consumidor que descarga música de Internet no estaría protegido.

Si dicha afirmación sobre la adquisición de música “on line” se amplía a otros bienes inmateriales, como los elementos de software, resulta adecuado llegar a la misma conclusión que la mayoría de la doctrina anteriormente referida: no puede considerarse como producto a los efectos del art. 6 del TRLGDCU el software no incorporado a un soporte físico, de manera que no podrá aplicarse a tal situación el Título IV, en contra de lo manifestado por TORRELLES TORREA y CAVANILLAS MÚGICA. En este mismo sentido, a la compraventa que tenga por objeto cualquier contenido digital que no esté incorporado a un soporte físico, no se le podrá aplicar el régimen del Título IV por no poder encuadrarse dicho contenido digital en el concepto producto.

e) Bienes incorporados a bienes inmuebles.

Se ha afirmado que el régimen del Título IV debe aplicarse al *producto* definiéndose según el artículo 6 del TRLGDCU tal concepto como *todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil. “Sensu contrario”*

³³⁹ El artículo 59 bis introducido por la Ley 3/2014 establece que *contenido digital* debe definirse de la siguiente manera: *datos producidos y suministrados en formato digital.*

puede concluirse que quedan fuera del ámbito de aplicación del régimen del Título IV los defectos que puedan darse en la venta de un bien inmueble.

De acuerdo con CASTÁN TOBEÑAS³⁴⁰, la distinción entre bien mueble e inmueble nace en los últimos momentos del Derecho Romano, dada su escasa trascendencia (tal diferenciación solo se aplicaba a los bienes corporales y no tenía relevancia práctica dado que las mismas previsiones se aplicaban tanto a los bienes muebles como inmuebles); en la Edad Media, donde los bienes inmuebles eran los únicos a considerar económicamente en detrimento de los muebles, se incidió en tal distinción, provocando que el régimen de unos y otros bienes sea esencialmente distinto, habiéndose recogido en el Código Civil ese interés por incidir en la distinción de bienes muebles e inmuebles³⁴¹.

A este respecto, surge la duda si debe aplicarse el régimen del Título IV ante defectos suscitados en bienes muebles (electrodomésticos, mobiliario, etc.) cuando dichos bienes forman parte de un inmueble que ha sido vendido.

³⁴⁰ *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo I, Vol. 1º, 10ª ed., Reus SA, Madrid, 1963, pgs. 531 y 532.

³⁴¹ A esta respecto MONTÉS PENADÉS, V., afirma que esta distinción entre bienes muebles e inmuebles, en su configuración inicial tan solo se aplicó a las cosas corporales en atención al valor económico de los bienes (los inmuebles eran los únicos elementos con relevancia económica; menciona que en la Codificación, el 90% de la riqueza se contiene en bienes inmuebles y el 10% restante en muebles). Se afirma que dicha mayor relevancia dada a los bienes inmuebles es causa suficiente para explicar la existencia de unas reglas jurídicas diferentes para uno y otro tipo de bienes.

Este autor señala que *Una clasificación de los bienes tendría hoy que centrarse bajo otras categorías, dado que los datos económicos han cambiado. La distinción fundamental sería la que separa los bienes de producción y los bienes de consumo. Tal afirmación se basa principalmente en el cambio que observa la economía actual; los bienes inmuebles ya no son los que concentran la riqueza: la tierra, especialmente en amplias zonas, puede no valer nada o casi nada, mientras en cambio aparecen y se multiplican bienes muebles que poseen un considerable valor económico, como el equipamiento industrial. Derecho Civil. Parte General. Derecho de la Persona*, BLASCO GASCÓ, F. (coor.), 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003, pg. 379.

Como premisa, debe comenzar por afirmarse la condición de bienes inmuebles de determinados supuestos, los inmuebles por naturaleza o incorporación y los inmuebles por destino, todos ellos regulados en el artículo 334 del CC:

i) En la categoría de inmuebles por naturaleza o incorporación, se recogen los supuestos previstos en los apartados 1, 2, 3 y 8 del artículo 334 del CC; en cuanto a la cuestión planteada sobre los bienes muebles que se integran en un bien inmueble, conviene destacar el apartado 3 de dicho artículo 334 del CC que considera como bien inmueble a *Todo lo que esté unido a un inmueble de una manera fija, de suerte que no pueda separarse de él sin quebrantamiento de la materia o deterioro del objeto.*

ii) De otra parte, son considerados bienes inmuebles por destino, los incluidos en los apartados 4, 5, 6, 7 y 9 del artículo 334 del CC, siendo relevante a efectos del supuesto planteado el caso previsto en dicho apartado 5, el cual afirma la condición de inmuebles de *Las máquinas, vasos, instrumentos o utensilios destinados por el propietario de la finca a la industria o explotación que se realice en un edificio o heredad, y que directamente concurren a satisfacer las necesidades de la explotación misma.*

(i) Doctrina.

La cuestión que se está analizando ha sido considerada por la doctrina.

En este sentido, el INC³⁴² a la hora de determinar si deben incluirse en el ámbito

³⁴² INC, CG/06/04: *Inclusión de los bienes muebles de la vivienda nueva adquirida por el consumidor en el ámbito de aplicación de la LGVBC, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, op. cit.*

de aplicación del régimen de garantías de consumo los bienes muebles de la vivienda nueva adquirida por el consumidor comienza por plantear que tales bienes muebles *podrían considerarse incluidos en el apartado 4º del artículo 334 del Código Civil y, en consecuencia, ser calificados como bienes inmuebles por destino, por lo que resultarían excluidos del ámbito de aplicación de la LGVBC*; el INC, tras analizar la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los bienes inmuebles por destino, acaba por negar la naturaleza de bien inmueble a tales *bienes muebles que se incorporan a la vivienda antes de su venta y que se venden al consumidor junto con aquella, como es el caso de los electrodomésticos afirmando que éstos están incluidos en el ámbito de aplicación de la LGVBC.*

En este mismo sentido, AVILÉS GARCÍA³⁴³ señala que *en cualquier caso no cabe, a nuestro juicio, soslayar la pervivencia de la garantía legal (del Título IV) sobre tales bienes muebles incorporados a otro inmueble principal, aún cuando algunas veces se les pueda, equivocadamente calificar como bienes inmuebles por destino al cobijo del artículo 334.5º CC (STS 25 de febrero de 1992).*

(ii) Jurisprudencia.

La SAP de Madrid de 5 de julio de 2010 (JUR 2010\319334), en la línea apuntada por la doctrina, declara que el perjudicado por unos determinados daños podía haber ejercitado su acción que *se hubiese amparado en la garantía contractual regulada en la entonces vigente LGVBC sobre Garantías en la Venta de*

³⁴³ “La «garantía legal de conformidad» con el bien comprado y la «garantía comercial» en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *op. cit.*

Bienes de Consumo en un supuesto en que en un contrato de compraventa de vivienda, se instala incorrectamente la válvula de desagüe de una ducha provocando determinados daños al filtrarse agua desde la ducha.

(iii) Toma de posición.

Resulta razonable la postura mantenida por doctrina y jurisprudencia: el hecho de que un bien que se adquirió como mueble, se integre en un bien inmueble, no afecta al régimen que se deberá aplicar si resulta ser no conforme, debiendo atenderse a la naturaleza de tal bien cuando se adquirió³⁴⁴. Una falta de conformidad en un bien mueble dada tal situación, debe regirse por el Título IV.

4. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO.

El artículo 114 del TRLGDCU establece que *el vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato*. Se determina en dicho precepto el ámbito subjetivo del régimen del Título IV; se señala de una parte, al *vendedor*, y, de otra, al *consumidor y usuario*, como los sujetos a los que se le aplicará el régimen de garantías de los bienes de

³⁴⁴ En este mismo sentido opina MARÍN LÓPEZ, M. J., quien señala que *a estos efectos es intrascendente que después el comprador destine también ese bien (mueble) a un inmueble como una pertenencia*. “Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *op. cit.*, pg. 1429.

consumo³⁴⁵. Sin embargo, dicha afirmación ha de completarse determinándose qué debe entenderse por vendedor y qué por consumidor y usuario.

A. El consumidor y usuario.

Con respecto al concepto consumidor y usuario³⁴⁶, debe acudir al artículo 3 del TRLGDCU para dotar de contenido a tales vocablos. Según dicho precepto, *son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión así como las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.*

La versión vigente del art. 3 del TRLGDCU fue adoptada por la Ley 3/2014, la cual vino a modificar el contenido del citado artículo aprobado cuando se

³⁴⁵ Debe resaltarse que en la compraventa a plazos de determinados productos, especialmente en los automóviles, es cada vez más habitual que su precio sea financiado a través de un crédito al consumo prestado por un tercero diferente al vendedor. En esta situación, el comprador celebra dos contratos distintos, uno con el vendedor (el de compraventa) y otro con el financiador (el de préstamo). Para resolver las vicisitudes que pudieran darse por la financiación de esta compraventa, debería recurrirse a la LCCC (la LVPBM/1998 quedaría prácticamente excluida dado que la LCCC resulta de aplicación preferente de acuerdo con el art. 2 de la LVPBM/1998). LÓPEZ SÁNCHEZ, C., "La venta financiada de vehículos automóviles", en *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, CARRASCO PERERA, A. (dir.), tomo II, 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pg. 1162. Sin embargo, las posibles faltas de conformidad que se pudieran dar en el bien adquirido debieran resolverse atendiendo a las previsiones del Título IV.

³⁴⁶ Debe comentarse el supuesto resuelto por la SAP de Pontevedra de 10 de enero de 2013 (JUR 2013\45485) en el que fabricante y vendedor mostraron su conformidad al hecho invocado por el comprador por el cual éste alegaba ostentar la condición de consumidor en el sentido del art. 3 del TRLGDCU, si bien no se encontraba probado el que el comprador tuviera tal condición. Señala esta sentencia que *habiéndose aceptado por las dos partes demandadas dicha condición de la que parte el actor en su demanda, no habiéndose formulado ninguna pregunta en el acto de la vista que permita sostener que se desconocía por ellas dicha condición de consumidor, ni tampoco en los escritos de oposición al recurso de apelación, en los términos del art. 217 de la LEC entenderemos y presupondremos la correcta aplicación al caso de dicha normativa* (el TRLGDCU); en este supuesto, la AP otorgó al comprador la condición de consumidor dado que tal hecho había sido aceptado por todas las partes, aún cuando dicha cuestión no se hubiera probado.

promulgó en el año 2007 el citado Texto Refundido³⁴⁷, si bien se entiende que la modificación efectuada por la Ley 3/2014 no ha introducido novedades significativas en el anterior concepto de consumidor³⁴⁸ (las modificaciones realizadas por la Ley 3/2014 se referirán a lo largo del trabajo). Se sostiene que, a pesar de las modificaciones introducidas por la Ley 3/2014, el TRLGDCU continúa facilitando una noción de consumidor basada en el destinatario final por oposición al profesional, la cual resulta de la conjunción de la aplicación de dos criterios: el de la finalidad del contrato (*Se exige que los bienes o servicios no estén destinados al desarrollo de una actividad empresarial o profesional, ya sea pública o privada, añadiéndose en la nueva redacción la actividad comercial u oficio*) y de la competencia del autor del consumo (*Cuando el consumidor actúa sin competencia*

³⁴⁷ La versión inicial del artículo 3 del TRLGDCU, la cual estuvo vigente hasta la promulgación de la Ley 3/2014, consideraba consumidores a *las personas físicas o jurídicas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional*.

³⁴⁸ Procede hacer referencia al cambio que se operó en el concepto consumidor con la aprobación del TRLGDCU. La promulgación del TRLGDCU supuso una modificación en el concepto que se tenía de consumidor y usuario, suponiendo uno de esos supuestos en los que cabe preguntarse si el TRLGDCU se excedió en su labor de refundir, procediendo inadecuadamente a modificar de forma radical la legislación que con carácter previo a dicho texto refundido existía. Hasta la promulgación del TRLGDCU, la LGVBC no daba definición alguna de tal concepto, por lo que debía acudir a la noción facilitada por el artículo 1.2 del Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, que señalaba como consumidores o usuarios a *las personas físicas o jurídicas que adquieren, utilizan o disfrutan como destinatarios finales*.

Con la promulgación del TRLGDCU, se modificó la circunstancia que hacía depender que un sujeto se considerase consumidor y usuario; cuando antes tal identificación dependía de que un sujeto utilizara como destinatario final un bien, con la aprobación del TRLGDCU, pasó a atenderse a si el producto era utilizado o no en el ámbito de una actividad empresarial o profesional, para afirmar que una persona representaba un consumidor y usuario. La nueva concepción introducida con la aprobación del TRLGDCU resultaba acorde con la definición dada por el artículo 1.2.a) de la Directiva 1999/44/CE que también vinculaba la consideración del consumidor a la actuación *con fines que no entran en el marco de su actividad profesional*.

*específica, como un simple particular, es lo que le convierte en consumidor final. En consecuencia, habrá que incluir al empresario cuando no actúe como tal)*³⁴⁹.

Dos apreciaciones deben realizarse sobre el concepto de consumidor:

i) Para considerar a un sujeto como consumidor y usuario a los efectos del artículo 3 del TRLGDCU, habrá que atender a los caracteres que presente dicha persona física o jurídica que adquirió el bien de consumo en el momento de perfeccionarse el contrato de compraventa con el vendedor. Dicho instante marcará la consideración del adquirente como consumidor y usuario y la aplicación a dicha compraventa del Título IV. Así lo ha establecido la jurisprudencia en sentencias como la SAP de Asturias de 16 de enero de 2012 (JUR 2012\41567)³⁵⁰ o la SAP de Alicante de 22 de marzo de 2011 (AC 2011\452)³⁵¹. Por ello, será relevante el carácter que presente el comprador al tiempo de perfeccionarse el contrato de compraventa, porque dicho instante será el momento en que el producto deberá demostrarse conforme: si entonces el comprador tiene la consideración de consumidor y usuario a los efectos del artículo 3 del TRLGDCU, una posible falta de conformidad en el bien de consumo adquirido deberá ser resuelta bajo la aplicación del Título IV.

³⁴⁹ BOTANA GARCÍA, G., *op. cit.*

³⁵⁰ En tal sentencia para considerar consumidor y usuario a un sujeto se afirma que *para ello es necesario que hubiera actuado en la solicitud del contrato litigioso en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.*

³⁵¹ Esta resolución refiere expresamente sobre este asunto que *No debe obviarse además que el consumidor no es, como se ha dicho, un status subjetivo permanente, sino que dicha calificación le es atribuida a quien actúa de determinada manera y con relación exclusiva a esa actuación.*

ii) Cuando un sujeto que ostente la condición de empresario adquiera un bien relacionado con la actividad a la que se dedica pero para su consumo propio y doméstico, esto es, en un ámbito ajeno a la actividad comercial, empresarial, oficio o profesión que desarrolla, cabrá considerarlo como consumidor y usuario en el sentido del artículo 3 del TRLGDCU; para ilustrar esta afirmación sirva como ejemplo la exposición del supuesto resuelto por SAP de León de 10 marzo de 2011 (JUR 2011\168539): en tal caso, vino a considerarse como consumidor y usuario a un autónomo, dedicado a la compra de vehículos de segunda mano para su reventa, que adquirió un automóvil de segunda mano para su uso particular no profesional: *La clave está, como ya ha sancionado la Jurisprudencia, en la finalidad de la adquisición; si se adquieren para integrarlos en el proceso productivo, el adquirente no tendrá la cualidad de consumidor. Si aún adquiridos por un empresario, su destino no tiene que ver con la producción a la que se dedique la empresa, tendrá la consideración de consumidor y la protección derivada de dicha cualidad.*

a) La incidencia del ánimo de lucro en el concepto de consumidor y usuario.

La versión vigente del artículo 3 del TRLGDCU considera consumidor tanto a la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión como a la persona jurídica (y a la entidad sin personalidad jurídica) que actúa sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

El concepto dado de consumidor y usuario se ha considerado sumamente ambiguo³⁵². Dicha figura, para quien suscribe, debe interpretarse analizando una cuestión fundamental para delimitar quién es consumidor: el ánimo de lucro (este concepto debe ser estudiado en mayor medida si se considera que la Ley 3/2014 que modifica el TRLGDCU ha introducido la mención expresa del ánimo de lucro en la definición de la persona jurídica que debe considerarse consumidor).

Se considera necesario exponer cómo se ha configurado el ánimo de lucro sin ceñirnos al significado de tal concepto en relación con la figura del consumidor; el concepto lucro se define fuera del ámbito del derecho como la *ganancia o provecho que se saca de una cosa*³⁵³.

En el ámbito jurídico (no penal) existe quien considera que el ánimo de lucro debe incluir la intención de obtener no solo un beneficio patrimonial o económico sino también cualquier otro provecho; así parecen concebir tal concepto tanto ENTRENA GUASP (quien describe el “animus lucrandi” como la *intención de una persona o de incrementar su patrimonio u obtener cualquier otro*

³⁵² PACHECO JIMÉNEZ, M. N., señala que *la extrema sencillez de la definición* (de consumidor y usuario) *provoca lagunas en tanto en cuanto es ciertamente vaga la frase «actúan en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional»*. *Los seguros en el proceso de la edificación*, La Ley, Madrid, 2008, LA LEY 5678/2010. Debe referirse igualmente lo manifestado por GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., cuando afirma que, si bien resulta cierto que las Directivas sobre protección de consumidores han contribuido a la unificación del Derecho en materia contractual entre los Estados miembros de la UE, existen una serie de *incoherencias y desajustes que una labor de reglamentación ad hoc y vertical ha ido produciendo*: se alude al ejemplo de que *no todas las Directivas utilizan el mismo concepto de consumidores*. “La unificación del Derecho Civil Patrimonio Europeo”, *op. cit.*, pgs. 1807.

³⁵³ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, tomo I, *op. cit.*, pg. 1273.

*provecho mediante un acto jurídico lícito o ilícito*³⁵⁴) como SÁENZ DE SANTA MARÍA VIERNA (que analiza el ánimo de lucro *con una cierta laxitud y amplitud de criterio, y no con una visión miope que lo limite a la obtención de un beneficio in pecunia numeraba pues del art. 1678 CC se deduce que es suficiente que la sociedad se constituya para proporcionar a los socios una ventaja en el más amplio sentido*³⁵⁵).

Sin embargo, la mayoría de autores descarta que pueda considerarse incluido en el “animus lucrandi” la búsqueda de ventajas que no tengan carácter patrimonial: en este sentido, SÁNCHEZ PÉREZ describe tal concepto, en un sentido técnico, afirmando que representa *simplemente el beneficio o ganancia empresarial, prescindiendo del tipo de mercado en que se genera (competencia perfecta o imperfecta, oligopolio, monopolio, etc.) y de la estrategia que en una u otra ocasión siga el empresario (maximización del beneficio, minimización del riesgo, expansión de la firma, etc.)*³⁵⁶, CAPILLA RONCERO niega que se pueda considerar extensivamente el fin de lucro *para comprender cualquier ventaja, incluso no patrimonial*, defendiendo que solo cabe concebir el lucro no como una mera ventaja, sino como *ganancia en sentido estricto*³⁵⁷ o BLASCO GASCÓ identifica la obtención de

³⁵⁴ “Ánimo de Lucro” en *Enciclopedia Jurídica*, ARNALDA ALCUBILLA, E. (coord.), Vol. 2º, 1ª ed., La Ley, Las Rozas, 2009, pg. 893.

³⁵⁵ “Los clubs de fútbol, ¿sociedades anónimas?”, en *Diario La Ley*, tomo IV, 1988, LA LEY 18700/2001.

³⁵⁶ “Las sociedades sin ánimo de lucro: ¿una rara avis?”, en *Aranzadi Doctrinal*, Nº 2, 2013, BIB 2013\754.

³⁵⁷ “Comentario a los artículos 1665 y 1666 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.), tomo XXI, Vol. 1º, 1ª ed., Edersa, Madrid, 1986, pg. 22.

lucro con la actividad que reporte a los socios un determinado beneficio económico, como la mutualidad o la colaboración empresarial³⁵⁸.

Dentro de esta concepción que excluye del concepto ánimo de lucro la búsqueda de ventajas que no tengan carácter patrimonial, la doctrina ha mostrado dos posiciones diferentes: unos autores han entendido que el concepto ánimo de lucro debe configurarse en sentido estricto como un incremento patrimonial, mientras que otros han optado por interpretarlo de forma extensiva concibiéndolo como cualquier tipo de provecho económico, aunque no conlleve un incremento del patrimonio (el análisis del ánimo de lucro ha tenido lugar mayoritariamente con ocasión del estudio del lucro como elemento fundamental del contrato de sociedad contenido en el artículo 1665 del CC³⁵⁹ -ánimo de partir las ganancias- y en el artículo 116 del CCo³⁶⁰ -obtención de lucro- y de la comparación de la asociación y la sociedad como figuras afines):

i) Entre quienes se han mostrado partidarios de extender el significado del concepto se muestran los siguientes autores:

a. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, entre las dos formas de interpretar la finalidad lucrativa (*el propósito de obtener beneficios en sentido*

³⁵⁸ *Op. cit.*

³⁵⁹ Artículo 1665.

La sociedad es un contrato por el cual dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias.

³⁶⁰ Artículo 116.

El contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas para obtener lucro, será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código.

Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos.

*estricto, sea, excedentes patrimoniales susceptibles de ser repartidos, o el de proporcionar a los socios una ventaja patrimonial aunque ésta no consista precisamente en un beneficio repartible), opta por la segunda al considerar que este requisito debe ser entendido en sentido lato*³⁶¹. Este autor insiste en que el fin lucrativo, *ánimo o deseo de obtener una ganancia, un beneficio*, debe ser interpretado en un sentido muy lato, entendiendo que la sociedad deberá perseguir una finalidad de carácter patrimonial susceptible de aportar una ventaja a los socios, aunque esta ventaja no consista en un lucro sensu stricto³⁶².

- b. URÍA GONZÁLEZ considera que el beneficio individual puede consistir en un incremento positivo de riqueza, o en cualquier otra ventaja patrimonial de distinto orden, aunque no se traduzca directamente en una ganancia (v. gr., la evitación de pérdidas o de gastos)³⁶³.
- c. MENÉNDEZ MENÉNDEZ parece optar por esta concepción amplia del ánimo de lucro aludiendo al Derecho Francés en el que se ha permitido ensanchar la noción estricta del ánimo de lucro, incluyendo en ella tanto el «lucro subjetivo» («en vue de partager, le

³⁶¹ "El contrato de sociedad. ¿Crisis del concepto?", en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, tomo VII, 1993, VLEX-231427.

³⁶² *Estudios de Derecho Mercantil*, Vol. I, 1972, Editorial de Derecho Financiero, pg. 173.

³⁶³ *Op. cit.*, pg. 120.

benéfice»), como el «lucro objetivo» («ou de profiter de l'économie qui pourra en résulter»)³⁶⁴.

ii) En una posición contraria se posicionan quienes descartan la interpretación amplia del ánimo de lucro y optan por configurar tal concepto en sentido estricto:

a. VICENTE Y GELLA expuso que *la definición de sociedad como unión de personas y bienes como ánimo de partir beneficios o ganancias conviene por igual a sociedades civiles y mercantiles*; con tal manifestación parece que aportó una definición en sentido estricto del ánimo de lucro descartando incluir en dicho concepto cualquier provecho o utilidad no patrimonial³⁶⁵.

b. PAZ-ARES RODRÍGUEZ descarta adoptar esta interpretación extensiva dado que entiende que se corre el peligro de transformar tal concepto influyendo tanto en el Derecho Societario como en el Derecho Extrasocietario (el cual parte de una concepción estricta); este autor concibe que el lucro debe ser considerado en su sentido originario como el incremento del patrimonio neto o divisible. Dicho de otra manera: *solo hay ánimo de lucro cuando éste previsto que la sociedad realice un saldo activo entre*

³⁶⁴ "Sociedad anónima y fin de lucro", en *Estudios Jurídicos de la sociedad anónima*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1995, pg. 57.

³⁶⁵ *Curso de derecho mercantil comparado*, 3ª ed., La Académica, Zaragoza, 1951, pg. 171.

*costas e ingresos («lucro objetivo») que se halla destinado a ser distribuido entre los socios («lucro subjetivo»)*³⁶⁶.

- c. VILLARINO MARZO describe el ánimo de lucro como *un concepto flexible que equivale a ganancia partible*³⁶⁷.
- d. VICENT CHULIA y PEINADO GRACIA parecen concebir el “animus lucrandi” como el ánimo de *obtener ganancias repartibles en proporción a las aportaciones o capital aportado*³⁶⁸.
- e. VICENT CHULIA igualmente facilita una concepción estricta al concebir el ánimo de lucro como *un concepto técnico, fundamental para comprender el régimen jurídico de la sociedad en sentido estricto, o sociedad lucrativa, y sus conflictos de intereses específicos, que no se presentan con sus características en otras entidades...No basta con que la sociedad aspire a hacer un ahorro o economía...el fin buscado será que el incremento patrimonial ilimitado está destinado a ser autodistribuido entre los socios*³⁶⁹.
- f. En relación con el artículo 3 del TRLGDCU se define el “animus

³⁶⁶ "Ánimo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del art. 2. 2º LAIE)", en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea (Estudios en homenaje al Prof. José Girón Tena)*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1991, pgs. 732 y 733.

³⁶⁷ "Profesional liberal y ejercicio en sociedad", en *Diario La Ley*, Nº 2, 2005, LA LEY 4919/2005.

³⁶⁸ "Introducción. Normas y ámbito de aplicación", en *Tratado de derecho de cooperativas*, PEINADO GRACIA, J. I., Y VÁZQUEZ RUANO, T. (coord.), 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, TOL3.981.795.

³⁶⁹ "Lección 5ª Derecho de sociedades", en *Introducción al Derecho Mercantil*, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, TOL2.727.055.

lucrandi" como el *ánimo de adquirir y repartir beneficios*³⁷⁰.

Han sido escasos los pronunciamientos judiciales que se han encontrado que aporten una definición clara del ánimo de lucro. Entre las sentencias que describen tal concepto se encuentra la SAP de Castellón de 15 de mayo de 2004 (AC 2004\927), que concibe el "animus lucrandi" como el objetivo buscado por una actividad que se mueve por un *beneficio económico o un fin crematístico*, o la STS de 2 de julio de 2008 (RJ 2008\4712), que señala que el ánimo de lucro *dirige su actuación al logro de ganancias que posteriormente puedan ser objeto de reparto entre sus partícipes*.

(i) Doctrina.

La ausencia de ánimo de lucro es citado expresamente por el artículo 3.I del TRLGDCU, junto a la actuación en un ámbito ajeno a la actividad comercial o empresarial, como requisito que debe concurrir en una persona jurídica para que ésta sea considerada como un consumidor (se defiende que estos requisitos deben concurrir acumuladamente³⁷¹). Sin embargo, el artículo 3.II no menciona el ánimo de lucro a la hora de delimitar a qué persona física debe considerarse consumidor.

³⁷⁰ MARÍN LÓPEZ, M. J., "El "nuevo" concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 9, 2014, pg. 46. <<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/465/401>>, consultado a 17 julio, 2014.

³⁷¹ MARÍN LÓPEZ, M. J., "El "nuevo" concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU", *op. cit.*, pg. 45.

La doctrina³⁷² ha destacado que la persona física que cumpla con las condiciones establecidas en el art. 3.I del TRLGDCU, esto es, que actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, será considerada consumidor a pesar de actuar con ánimo de lucro, planteándose como ejemplo el *del particular que recibe un préstamo para suscribir acciones cotizables en bolsa, con evidente ánimo de lucro.*

(ii) Toma de posición.

En primer lugar, debe comenzarse por adoptar un concepto determinado del ánimo de lucro. Con carácter previo ha de significarse que, a la hora de analizar el concepto consumidor y su relación con el ánimo de lucro, se debe ser cauteloso cuando se recurra a los razonamientos que sobre el concepto de lucro se han realizado con razón del análisis del “animus lucrandi” como elemento fundamental del contrato de sociedad del art. 1665 del CC y del art. 116 del CCo y/o de la asimilación asociación-sociedad, dado que ambas cuestiones objetivamente resultan muy diferentes.

Quien suscribe muestra conformidad con la postura mayoritaria de la doctrina que descarta que en el “animus lucrandi” quepa incluir no solo el beneficio patrimonial sino cualquier tipo de provecho; tal concepción resulta demasiado indeterminada y permite interpretar dicho concepto desde la máxima subjetividad de la persona, posición que provocaría una gran

³⁷² MARÍN LÓPEZ, M. J., “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *op. cit.*, pg. 45.

inseguridad jurídica al permitir que el concepto ánimo de lucro pudiera adoptar un significado completamente diferente para cada sujeto (se considera erróneo que el ánimo de lucro sea interpretado como la intención de una persona de obtener cualquier provecho de una actividad u objeto porque cada sujeto puede reputar incluido en el concepto provecho cuestiones radicalmente diferentes).

Una vez afirmado que el “animus lucrandi” solo puede incluir la persecución de ventajas de carácter patrimonial, debe analizarse cuál de las dos concepciones defendidas por la doctrina debe adoptarse sobre el ánimo de lucro, la concepción amplia o la estricta. Quien suscribe aprecia que se debe optar por la interpretación limitada, en el sentido de concebir el ánimo de lucro como la intención de obtener una ganancia partible no incluyendo en tal concepto otras ventajas patrimoniales como la evitación de pérdidas o de gastos. En este sentido, debe señalarse que, MARÍN LÓPEZ, único autor que se ha localizado que aporte una definición del ánimo de lucro a efectos del TRLGDCU, también opta por concebir dicho término en un sentido estricto.

A este respecto, la interpretación lata del ánimo de lucro supone una desnaturalización de dicho concepto dado que tal posición provocaría *trastornos en aquellas esferas del ordenamiento societario (v. gr. a efectos del reparto de las economías) o extrasocietario (v. gr. a efectos del impuesto de sociedades) que presuponen una concepción estricta (covert tools are reliable tools)*³⁷³. De acuerdo con la interpretación amplia de dicho concepto, una sociedad mercantil constituida

³⁷³ PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., pg. 733.

exclusivamente para la evitación de pérdidas o gastos (no para la obtención de ganancias partibles) se movería por el ánimo de lucro; esta concepción supone una alteración del concepto tradicional de sociedad mercantil, la cual se presupone que debe buscar el repartir beneficios o ganancias.

Se debe recordar la forma en la que se había comenzado el presente apartado declarando que el ánimo de lucro representaba el concepto fundamental para delimitar quién es consumidor. Deben diferenciarse aquellos supuestos en que la persona física actúa en un ámbito ajeno al comercial, empresarial, oficio o profesión, en los que adquiere un bien de consumo movido por el ánimo de lucro entendido en sentido estricto, esto es, buscando incrementar su patrimonio, de los casos en los cuales el comprador actúa ajeno a tales ámbitos operando sin la intención de obtener una ganancia por el uso de dicho bien.

En contra de lo planteado por MARÍN LÓPEZ, se considera adecuado defender que quien quiera obtener con el uso de un producto un beneficio económico (moviéndose, por tanto, con un ánimo de lucro interpretado en sentido estricto) no pueda beneficiarse de una normativa como es el TRLGDCU, más protectora que el régimen del CC. Si se piensa en el supuesto que se plantea cuando una persona física, ajena a cualquier actividad comercial, empresarial, oficio o profesión en sentido estricto, adquiere un animal como mascota para obtener ingresos al cruzar dicho animal y vender sus crías, resulta dudoso que pueda valerse el dueño de la mascota, en caso de darse un defecto

de conformidad en el animal, de un régimen protector como el Título IV, cuando ha estado obteniendo un lucro similar al que obtendría un profesional o empresario de dicho sector. En este sentido, cabría defender que por el adquirente del animal se ha realizado una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión en el sentido del artículo 3 del TRLGDCU, movido por el ánimo de lucro (entendiendo dicho concepto en sentido estricto) aunque este sujeto no pueda calificarse estrictamente como empresario o profesional y no se dedique profesionalmente ni de forma más o menos habitual a ello³⁷⁴.

La persona física que actúa en un ámbito comercial, empresarial, oficio o profesión busca en cualquier caso el lucro (concebido dicho concepto en sentido estricto), no pudiendo dicho sujeto ser considerado consumidor y usuario conforme al artículo 3 del TRLGDCU ni, por tanto, ser favorecido por su normativa protectora; en mi opinión, igualmente el sujeto que no es empresario o profesional en sentido estricto, que adquiere un bien y usa el producto con ánimo de lucro, no debe considerarse como consumidor y usuario, no debiendo regirse los vicios que se den en el mismo por el Título IV; el ánimo de lucro desvirtúa la esencia del concepto consumidor y usuario. Dicho concepto

³⁷⁴ De acuerdo con lo afirmado en este párrafo, cobra más sentido el haber optado por descartar la concepción amplia del ánimo de lucro, dado que tal interpretación llevaría a que se vaciara de contenido el concepto consumidor, algo que supondría una violación del principio que rige el TRLGDCU, el principio “pro consumatore”: la interpretación amplia del “animus lucrandi” llevaría a considerar exclusivamente consumidor a quien no se mueve por el ánimo de lucro, esto es, a quien no actúe buscando una ventaja patrimonial como pudiera ser un ahorro o evitación de pérdidas o de gastos. Piénsese en que tal interpretación amplia llevaría a excluir del concepto consumidor, por ejemplo, al particular que adquiere una lavadora con el fin de ahorrar en el gasto que le supone tener que acudir a una lavandería para el lavado de la ropa, posición que no parece razonable.

debería interpretarse partiendo de la que, bajo mi punto de vista, es la razón que lleva a interpretar que una persona, ya sea física o jurídica, tiene la condición de consumidor y usuario: el ánimo de lucro³⁷⁵.

A la causa anteriormente señalada se puede añadir otro razonamiento a favor de que se deba exigir la ausencia de ánimo de lucro a la persona física que quiera considerarse consumidor y usuario. El artículo 3.II del TRLGDCU exige de forma expresa que la persona jurídica a considerar consumidor actúe sin ánimo de lucro, mientras que las previsiones del art. 3.I del TRLGDCU no contemplan el que la persona física pierda su condición de consumidor por actuar concurriendo tal ánimo. No se encuentran razones para defender un trato distinto a ambas situaciones (siendo tan similares) y no exigir a la persona física para ser considerada consumidor el que actúe sin ánimo de lucro, algo que le es requerido a la persona jurídica.

³⁷⁵ En este sentido, GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, J., valora el lucro como criterio que excluye la adquisición de un bien de la aplicación del TRLGDCU, cuando declara la imposibilidad de reclamar el lucro cesante en la indemnización a sufragar por los daños provocados por una falta de conformidad en un bien de consumo, ya que *la adquisición de los productos de consumo como destinatarios a un uso profesional con el fin de obtener un beneficio se encuentran excluidas del ámbito de aplicación de la ley*. “Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (arts. 118 a 127)”, *op. cit.*, pg. 216. Asimismo se destaca el ánimo de lucro como elemento que delimita la aplicación del TRLGDCU: *El consumidor es protegido porque, estando abocado a consumir, no puede evitar contratar bienes y servicios para ello. Quien ingresa en el mercado con ánimo de lucro lo hace voluntariamente y no merece tal protección, aunque en ocasiones tenga que actuar fuera de su especialidad profesional o empresarial en condiciones de inferioridad por razón de ello frente al empresario profesional que le suministra bienes o servicios*. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Comentario al artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pgs. 95 y 96.

b) La persona jurídica como consumidor y usuario.

La consideración de una determinada persona jurídica como consumidor y usuario en el sentido del artículo 3 del TRLGDCU dependerá de que ésta actúe o no en una actividad empresarial o profesional.

(i) Bien usado por la propia persona jurídica.

Debe comenzarse por exponer qué personas jurídicas deben calificarse como consumidor y usuario en el sentido del artículo 3 del TRLGDCU, esto es, delimitar que personas jurídicas actúan o no sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial³⁷⁶.

(a) Doctrina.

Sobre esta cuestión AVILÉS GARCÍA³⁷⁷ considera que la adquisición de un producto de consumo *en nombre de una sociedad anónima o de responsabilidad limitada, al tener siempre carácter mercantil, las inhabilita para tipificarse como contrato de compraventa de consumo.*

³⁷⁶ Resulta relevante mencionar una sentencia que analiza el destino del producto de consumo adquirido por una sociedad limitada a los efectos de entender que dicha mercantil actuaba o no en su actividad empresarial o profesional. La SAP de Albacete de 31 de julio de 2012 (JUR\2012\291390) viene a otorgar la condición de consumidor a una sociedad limitada (dedicada a *manufacturar en aluminio persianas, puertas, etc.*) que había adquirido un vehículo, *pues al recibirlo actuó fuera de la órbita del tráfico económico de la empresa, añadiendo que en este caso el automóvil se adquirió para ser utilizado con fines de representación y que la parte demandada (el vendedor profesional) no ha acreditado que se haya incorporado en los procesos empresariales.*

No se comparte la decisión adoptada por la AP de Albacete dado que la representación de la sociedad debe considerarse una actividad a encuadrar en el *tráfico económico de la empresa* y por tanto incluida en el concepto *actividad empresarial o profesional* del artículo 3 del TRLGDCU.

³⁷⁷ *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.*

MARÍN LÓPEZ³⁷⁸ analiza más profundamente tal cuestión estableciendo que dos presupuestos deben darse acumuladamente para que una persona jurídica sea considerada consumidor: i) operar en un *ámbito ajeno a una actividad comercial o profesional* y ii) actuar *sin ánimo de lucro*.

Partiendo de dichas premisas se refiere a diferentes personas jurídicas analizando si debe otorgárseles la condición de consumidor:

i) Desde el punto de vista de la actuación en un ámbito ajeno a una actividad comercial o profesional diferencia entre las personas jurídicas mercantiles y las que denomina *civiles* (la fundación y la asociación):

- a. La persona jurídica mercantil como la sociedad anónima o la de responsabilidad limitada no la considera consumidor *pues los bienes o servicios que adquieren se destinan a una actividad comercial*.
- b. Las personas jurídicas civiles son analizadas de diferente forma: las fundaciones son consideradas consumidores, con la excepción de aquella que lleve a cabo actividades económicas celebrando contratos en desarrollo de tal actividad; en cuanto a las asociaciones, i) las conformadas por empresarios o profesionales no se consideran nunca consumidores, ii) el resto de asociaciones serán consideradas consumidores atendiendo al destino de los bienes o servicios adquiridos: se consideran consumidores

³⁷⁸ “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *op. cit.*, pgs. 45 a 47.

aquellas que actúan en un ámbito ajeno a una actividad comercial o profesional, esto es, *cuando los bienes o servicios adquiridos revierten directa o indirectamente en sus socios*³⁷⁹; en cambio, si la asociación desarrolla actos dentro de una actividad comercial o profesional beneficiándose a terceros, no podrá ser considerada consumidor³⁸⁰.

ii) Desde la perspectiva de la actuación en ausencia de ánimo de lucro, se parte de que las personas jurídicas mercantiles (la SA, la SL, etc.) tienen por naturaleza ánimo de lucro; en las personas jurídicas civiles (las fundaciones y las asociaciones) se distingue atendiendo a si los beneficios obtenidos se van a destinar a los fines de la fundación/asociación o a ser repartidos entre los socios, estando ausente el ánimo de lucro exclusivamente en el primer caso³⁸¹; se

³⁷⁹ Se plantean los siguientes supuestos como ejemplos de asociaciones (que actúan en un ámbito ajeno a una actividad comercial o profesional en la que los bienes o servicios adquiridos revierten en sus socios) las cuales deben tener la condición de consumidor: *la asociación de personas con trastorno del espectro autista (TEA) que compra un ordenador para que los logopedas de la asociación trabajen con los niños afectados; o la impresora o los folios que compra, y que serán usados para imprimir el informe que el psicólogo de la asociación redacta. Por la misma razón, también es consumidor cuando contrata servicios de telefonía para el local en que los logopedas y psicólogos realizan las terapias a los niños con TEA.* MARÍN LÓPEZ, M. J., “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *op. cit.*, pg. 46.

³⁸⁰ Se plantea el siguiente como ejemplo de asociación que actúa en el ámbito de una actividad comercial o profesional en la que los bienes o servicios adquiridos no revierten en sus socios sino a tercero (asociación a la que se niega la condición de consumidor): *la asociación de vecinos que compra un jamón para la rifa gratuita de las fiestas populares del barrio, o que contrata a un grupo de música para que toque en la plaza del barrio. En estos contratos la asociación no puede considerarse consumidora.* MARÍN LÓPEZ, M. J., “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *op. cit.*, pg. 46.

³⁸¹ Se ilustra como ejemplo de persona jurídica civil que no tiene ánimo de lucro, la cual debe considerarse consumidor, a *la asociación de personas con autismo que vende papeletas para un sorteo, cuyo premio es un estupendo jamón serrano. En la compra de ese jamón actúa como consumidora, aunque pretenda obtener beneficios con la rifa, pues éstos no van a ser repartidos entre los socios, sino usados en*

considera positivamente esta interpretación ya que incrementan los casos en que una persona jurídica puede considerarse consumidor.

(b) Toma de posición.

No se comparte la interpretación defendida por MARÍN LÓPEZ respecto del artículo 3.II del TRLGDCU; una persona jurídica, para ser considerada como consumidor, no debe cumplir las dos condiciones consistentes en operar en un *ámbito ajeno a una actividad comercial o profesional* y actuar *sin ánimo de lucro*; para quien suscribe, el citado artículo no establece dos requisitos distintos sino que viene a recoger una única situación: la actuación con ánimo de lucro que provoca que se dé una actividad comercial o empresarial; cuando tal artículo se refiere a la situación consistente en actuar *sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*, se entiende que el hecho de que una persona jurídica se mueva con dicho ánimo es lo que provocará que actúe en un ámbito comercial o profesional, lo cual debe motivar que no merezca la protección del Título IV; tal y como se ha referido en el apartado II. 4. A. a) (*Incidencia del ánimo de lucro en el concepto de consumidor y usuario*) lo relevante para considerar a una persona (física o jurídica) como consumidor es que ésta busque el lucro; en mi opinión, la persona jurídica que actúe en un ámbito comercial o empresarial, que adquiere un bien y le da uso con ánimo de lucro no debe considerarse como consumidor a los efectos del artículo 3 del TRLGDCU no pudiendo regirse los

la consecución de los fines asociativos. MARÍN LÓPEZ, M. J., “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *op. cit.*, pg. 47.

vicios que se den en tal producto por el Título IV; se debe incidir en la idea de que el ánimo de lucro desvirtúa la esencia del concepto consumidor y usuario.

Opino que resulta adecuada la posición adoptada por AVILÉS GARCÍA Y MARÍN LÓPEZ de excluir a las personas jurídicas mercantiles del concepto consumidor ya que tanto la SA como la SL, por tener ambas personas jurídicas en cualquier caso carácter mercantil, siempre actuarán buscando el ánimo de lucro en el ámbito de una actividad comercial o empresarial.

La afirmación realizada anteriormente sobre las personas jurídicas mercantiles, debe completarse aludiendo a determinadas personas jurídicas que también pueden tener un objeto comercial, profesional o empresarial. Partiendo de que BROSETA PONT y MARTÍNEZ SANZ³⁸², al igual que VICENT CHULIA³⁸³, consideran que la sociedad colectiva y comanditaria no puede reputarse mercantil cuando su actividad sea civil y no mercantil³⁸⁴, para quien suscribe, no deberá entenderse como consumidor y usuario a los efectos del artículo 3 del TRLGDCU a la sociedad colectiva y a la comanditaria cuyo objeto sea civil (actividades agrarias, artesanas, de profesionales titulados, etc.), que se dedique

³⁸² *Manual de derecho mercantil*, Vol. 1º, 19ª ed., Tecnos, Madrid, 2012, pg. 278.

³⁸³ *Op. cit.*

³⁸⁴ Conforme a ALABAU MARTÍ, L., *se consideran objetos civiles por la jurisprudencia y la doctrina de la Dirección General de los Registros, entre otros, la explotación agraria, ganadera y forestal y pesquera, la actividad artesanal, profesional, inmobiliaria, minera, editorial y educativa. "Sociedad Civil con forma mercantil"* en *Enciclopedia Jurídica*, ARNALDA ALCUBILLA, E. (coord.), Vol. 21º, 1ª ed., La Ley, Las Rozas, pg. 12017.

Conforme a VICENT CHULIA, F., la actividad de una sociedad será mercantil, si constituye su objeto el ejercicio del comercio; al contrario, se consideran actividades civiles las agrarias, artesanas, de profesionales titulados y de artistas, autores y periodistas y como mercantiles, además de las industriales, comerciales y de diversos servicios contemplados en el CCo, las editoriales y las de promoción, construcción y venta de viviendas. *Op. cit.*

a una actividad comercial o empresarial persiguiendo por tanto el ánimo de lucro. La sociedad colectiva o comanditaria cuyo objeto sea civil no podrá considerarse mercantil, por tener por objeto una actividad civil, aunque no se encuadrara en el concepto consumidor y usuario por actuar buscando el lucro en el ámbito de una actividad comercial o empresarial.

En cuanto a las personas jurídicas civiles (concepto en el que incluir a la fundación y la asociación), atendiendo a lo referido al comienzo de este apartado, apartándonos de la posición mostrada por MARÍN LÓPEZ, se entiende que será determinante el considerar si una fundación o asociación actúa con ánimo de lucro: cuando sea tal fin el buscado es adecuado entender que la fundación o asociación estará actuando en un ámbito comercial o profesional (aunque dicha persona jurídica no pueda calificarse estrictamente como empresario o profesional) no pudiendo considerarla consumidor ni aplicar el régimen del Título IV.

(ii) Bien adquirido por persona jurídica usado por su administrador o socio.

Una cuestión diferente a la consideración de una persona jurídica como consumidor y usuario, es la de entender cómo debe regularse la falta de conformidad que surge en un producto adquirido por una persona jurídica (que tiene la condición de consumidor y usuario) cuando dicho bien es usado por su socio o administrador.

(a) Doctrina.

AVILÉS GARCÍA³⁸⁵ entiende que la adquisición de un producto por una sociedad profesional no mercantil *para uso de uno o más de sus socios, en tanto en cuanto pueda acreditarse que existe un uso privado de éstos al margen de su actividad profesional o empresarial* (art. 3 del TRLGDCU), debe regularse por el régimen de garantías de los productos de consumo.

(b) Jurisprudencia.

La SAP de Barcelona de 3 de mayo de 2012 (JUR 2012\265327) establece que la compra de un vehículo realizada por una sociedad mercantil, que es destinado no para el tráfico mercantil de dicha sociedad sino para el uso y disfrute del administrador de la misma, debe entenderse realizada por un consumidor y usuario dado que el comprador actúa *en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional, esto es, interviniendo en un acto de consumo con fines privados, y sin incorporarlos directa o indirectamente, a su actividad empresarial.*

(c) Toma de posición.

No se comparte la postura manifestada por AVILÉS GARCÍA y por la SAP de Barcelona de 3 de mayo de 2012 de incluir en el concepto de consumidor el caso del uso parcial o total privado por uno de los socios o administradores de una sociedad de un bien de consumo adquirido por dicha sociedad; la consideración de una persona jurídica como consumidor y usuario a los efectos de una compraventa de un bien de consumo, dependerá de la características de dicha

³⁸⁵ *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.*

persona jurídica y no de quién y cómo se use realmente dicho bien. Si se atendiera al criterio del uso real del bien de consumo, se podría concluir que también debiera regularse por el régimen de garantías de los bienes de consumo, la compraventa de un producto realizada por una sociedad, cuando dicho producto sea usado de forma privada por uno de sus socios u administradores³⁸⁶. Sin embargo, el acudir al criterio de quién usa efectivamente el bien de consumo no parece que sea la finalidad perseguida por la norma, ya que puede estimarse que el legislador ha querido hacer énfasis en la identidad formal del sujeto que ha adquirido el bien.

En este sentido, COSTAS RODAL ha señalado que *La noción de consumidor que contiene el precepto hay que entenderla referida al comprador del bien, único legitimado activamente para dirigirse contra el vendedor, con independencia de quien utilice o disfrute efectivamente de ese bien quedando pues excluido cualquier significado material del término consumidor en el ámbito de la Ley*³⁸⁷.

³⁸⁶ Esta situación se da en muchas ocasiones cuando un bien de consumo (un automóvil por ejemplo) formalmente pertenece a la sociedad, pero quien efectivamente usa el bien es una persona física, ya sea el socio, administrador u otro sujeto. Estos supuestos pueden constituir un negocio fiduciario “cum amico”, figura declarada lícita por el Tribunal Supremo; la STS de 16 de julio de 2001 (RJ 2001\5226) sobre este contrato señala que en el mismo *el fiduciario se compromete a tener la cosa en beneficio del fiduciante o de un tercero (beneficiario), de tal modo que no ostenta una titularidad real, pues no es auténtico dueño, sino que sólo tiene una titularidad formal (en el sentido de aparente), caracterizándose precisamente la figura de que se trata por predominar el interés del fiduciante, lo que acentúa la nota de la confianza (de ahí que algunos autores consideraran la «fiducia cum amico» la forma pura o genuina del negocio fiduciario).*

³⁸⁷ *Op. cit.*, pg. 2063.

c) La entidad sin personalidad jurídica como consumidor y usuario.

La Ley 3/2014 que ha modificado el TRLGDCU transformando el concepto de consumidor para hacer referencia expresa a *las entidades sin personalidad jurídica* de manera que son consideradas consumidores aquellas entidades sin personalidad jurídica que *actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial*. Esta modificación se ha considerado que no vulnera la Directiva 2011/83/UE³⁸⁸ dado que tal norma comunitaria, aunque representa una Directiva de máximos o de plena armonización, no regula la consideración como consumidor de la entidad sin personalidad jurídica, razón por la que los Estados miembros de la UE pueden establecer la regulación que estimen conveniente al configurar tal cuestión de una materia armonizada (es adecuado entender que tampoco se vulnera la Directiva 1999/44/CE por la misma razón).

(i) Doctrina.

MARÍN LÓPEZ³⁸⁹ opina que la modificación llevada a cabo por la Ley 3/2014 ha adaptado el concepto de consumidor a la jurisprudencia que previamente había reconocido la condición de consumidor a las comunidades de propietarios en determinadas circunstancias; entiende que dicha modificación ha provocado que en el concepto de consumidor se incluyan a las comunidades

³⁸⁸ MARÍN LÓPEZ, M. J., "El "nuevo" concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU", *op. cit.*, pg. 45.

³⁸⁹ "El "nuevo" concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU", *op. cit.*, pg. 47.

de propietarios, excluyéndose a su vez a los entes sin personalidad jurídica que se constituyen con un reconocido ánimo de lucro (se plantea como ejemplo de no consumidor a la comunidad de bienes constituida para actuar en el tráfico económico).

En correspondencia con lo expuesto anteriormente en el apartado II) 4. A. b) (*Persona jurídica como consumidor y usuario*), MARÍN LÓPEZ³⁹⁰ entiende que una entidad sin personalidad jurídica será considerada consumidor si concurren el requisito consistente en que dicho ente actúe sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

(ii) Jurisprudencia.

La especial naturaleza de la comunidad de propietarios incide en su consideración como consumidor y usuario. Existiendo unanimidad a la hora de considerar que esta figura no tiene personalidad jurídica³⁹¹, la jurisprudencia, con anterioridad a la modificación llevada a cabo por la Ley 3/2014, había venido a aplicar el régimen de garantías de los bienes de consumo a tales supuestos en que una comunidad de propietarios adquiere un producto:

i) La SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 (JUR 2010\265958), basándose en la LGVBC, acuerda la resolución del contrato de compraventa e

³⁹⁰ “El “nuevo” concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU”, *op. cit.*, pg. 47.

³⁹¹ Tal y como señala la STS de 16 de febrero de 2006 (RJ 2006\642), *la Comunidad de Propietarios carece de personalidad jurídica*. En este mismo sentido, las SSTs de 5 de julio (RJ 1995\5463) y de 10 de julio de 1995 (RJ 1995\5554) afirman que *en la propiedad horizontal, el Presidente de la Comunidad, al carecer ésta de personalidad jurídica, la representa orgánicamente y su voluntad vale, frente al exterior, como voluntad de la misma*.

instalación acordado entre una comunidad de propietarios y una empresa de aluminios, por el cual esta última procedió a vender e instalar en el portal de la primera, una puerta de aluminio destinada a servir de acceso a un inmueble, ya que tras diversas reparaciones y sustituciones de la puerta objeto del contrato, ésta continuaba no siendo conforme.

ii) La SAP de Barcelona de 4 de noviembre de 2009 (JUR 2010\45318) viene a reconocer indirectamente la aplicabilidad del régimen de garantías de los bienes de consumo a la comunidad de propietarios. En el supuesto resuelto por dicha sentencia una compañía aseguradora, en vía de subrogación de los derechos de su asegurada (una comunidad de propietarios), reclama los daños ocasionados por un producto defectuoso, declarando el juzgador inaplicable la LGVBC, no por el especial carácter de la comunidad de propietarios, sino porque la pretensión ejercitada por la demandante no debía regirse por la LGVBC; procedía aplicar otra normativa (la aseguradora no pretende la reparación del objeto comprado, su eventual sustitución, rebaja del precio o resolución del contrato, sino la indemnización de daños producidos a otros objetos), de donde cabe afirmar la aplicabilidad de la LGVBC a la comunidad de propietarios.

(iii) Toma de posición.

Si bien la Ley 3/2014 ha otorgado la condición de consumidor a los entes sin personalidad jurídica acogiendo la posición adoptada en sentencias como las citadas, que reconocen la consideración de la comunidad de propietarios como

consumidor y usuario, se debe poner de manifiesto una cuestión que dificultaría la posibilidad de entender que una falta de conformidad surgida en un bien de consumo adquirido por un ente sin personalidad jurídica (por ejemplo, por una comunidad de propietarios) deba resolverse aplicando el régimen de garantías de los bienes de consumo: no puede obviarse que dicho ente no tiene personalidad jurídica propia, y que tanto la Ley 3/2014 como las sentencias referidas parecen estar tratando a las citadas entidades como personas jurídicas con personalidad propia.

En último lugar, debe mostrarse disconformidad con la apreciación realizada por MARÍN LÓPEZ sobre la necesidad de que una entidad sin personalidad jurídica actúe sin ánimo de lucro y en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial para que ésta sea considerada consumidor. De acuerdo la posición que se ha adoptado en el apartado II. 4. A. b) (*Persona jurídica como consumidor y usuario*) el ánimo de lucro es el elemento que debe determinar la condición de consumidor; para quien suscribe, cuando una entidad sin personalidad jurídica actúe con tal ánimo debe considerarse que opera en un ámbito comercial o profesional, debiéndose rechazar que dicha entidad tenga la consideración de consumidor.

d) Sujetos que dan un uso mixto al bien de consumo.

En muchas ocasiones se podrá compatibilizar por una persona el uso de un bien de consumo en un ámbito empresarial o profesional y el uso particular del mismo producto ajeno a cualquier negocio. En dichas situaciones podría

plantearse si cabe considerar al sujeto propietario como consumidor y usuario, a los efectos del artículo 3 del TRLGDCU.

(i) Doctrina.

Buena parte de la doctrina³⁹² se muestra en contra de la consideración como consumidor y usuario al sujeto que da un uso mixto (empresarial y no empresarial) a un bien de consumo; con apoyo en el Considerando 17 de la Directiva 2011/83/UE³⁹³ y en la sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de enero de 2005 (TJCE 2005\24), se señala³⁹⁴ que podrá considerarse consumidor a quien dé un uso mixto a un bien de consumo siempre que el destino comercial a dar sea marginal.

Existe, sin embargo, alguna autora que parece defender la posición contraria en torno a dicha cuestión³⁹⁵.

(ii) Jurisprudencia.

La jurisprudencia ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre este supuesto descartando la consideración como consumidor al adquirente que da un uso mixto a un bien de consumo salvo supuestos excepciones:

³⁹² MOSCOSO TORRES, P. J., *op. cit.*, pg. 761; VILATA MENADAS, S., "Las garantías de los bienes de consumo en nuestro Ordenamiento Jurídico (LGVBC, de 10 de julio)", en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, N^o 8, 2003, TOL310.217; TORRELLES TORREA, E., "Artículo 114. Principios generales. TR-LGDCU", en *Comentarios a las Normas de Protección de Los Consumidores*, CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), Colex, Madrid, 2011, pg. 1058.

³⁹³ Considerando 17.

La definición de consumidor debe incluir a las personas físicas que actúan fuera de su actividad comercial, empresa, oficio o profesión. No obstante, en el caso de los contratos con doble finalidad, si el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona y el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, dicha persona deberá ser considerada como consumidor.

³⁹⁴ MARÍN LÓPEZ, M. J., "El "nuevo" concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU", *op. cit.*, pgs. 44 y 45.

³⁹⁵ MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *op. cit.*, pg. 25.

i) De una parte, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en la mencionada sentencia de 20 de enero de 2005 (TJCE 2005\24), reconoce que debe otorgarse la condición de consumidor a quien dé un uso mixto a un producto si el uso empresarial o profesional es residual: *Una persona que ha celebrado un contrato relativo a un bien destinado a un uso parcialmente profesional y parcialmente ajeno a su actividad profesional no puede invocar las reglas de competencia específicas establecidas en los artículos 13 a 15 de dicho Convenio* (reglas específicas de competencia en materia de contratos celebrados por los consumidores establecidas en los artículos 13 a 15 del Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968), *salvo que el uso profesional sea marginal hasta el punto de tener un papel insignificante en el contexto global de la operación de que se trate, siendo irrelevante a este respecto el hecho de que predomine el aspecto no profesional.*

ii) De otra parte, la SAP de Ciudad Real de 26 de julio de 2007 (JUR 2008\61265) claramente llega a dicha conclusión: en el supuesto analizado en dicha sentencia, *el vehículo adquirido lo fue para dedicarlo tanto a su actividad profesional consistente en llevar sus productos agrícolas al mercado para venderlos usando un remolque como para trasladarse con su familia al ser el único vehículo de la misma no puede calificarse como irrelevante o insignificante el uso profesional que se le da al mismo, por lo que no puede admitirse que el actor tenga la consideración de*

consumidor a los efectos de la citada Ley, lo que excluye que le sean aplicables los mecanismos de protección que aquella le confiere.

(iii) Toma de posición.

Se entiende adecuada la posición mostrada por mayoría de la doctrina que estima que no cabe considerar como consumidor y usuario al sujeto que da un uso mixto (empresarial y no empresarial) a un bien de consumo. Con base en lo señalado en la Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas de 20 de enero de 2005 y en la SAP de Ciudad Real de 26 de julio de 2007, tan solo podrá considerarse consumidor al adquirente de un bien de consumo que dé un uso mixto al mismo cuando el uso profesional o empresarial pueda calificarse como irrelevante o insignificante.

Por ello, procede concluir que la falta de conformidad dada en un bien de consumo adquirido al que se le da un uso mixto (fuera del supuesto excepcional planteado) no debe regirse por el Título IV dado que el comprador no tendrá la condición de consumidor y usuario del art. 3 del TRLGDCU.

e) Condición de consumidor y usuario del subadquirente.

En numerosas ocasiones, ocurre que una tercera persona distinta del consumidor y usuario que ha adquirido del vendedor profesional el bien de consumo, es quien reclama a este último agente (el citado vendedor) por los defectos que dicho producto puede tener; esto es, se plantea que un tercero (que no fue parte del contrato de compraventa que concertaron el profesional y el

consumidor) pueda reclamar a dicho profesional por la falta de conformidad del bien de consumo.

(a) Doctrina.

El tercero, subadquirente que ahora resulta propietario del bien al haberlo recibido por cualquier título o que simplemente disfruta del bien sin ostentar la propiedad del mismo (por ejemplo como arrendatario o comodatario), unánimemente para la doctrina (GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, AVILÉS GARCÍA, MOSCOSO TORRES y TORRELLES TORREA) debe entenderse encuadrado en la noción de consumidor y usuario del artículo 3 del TRLGDCU, y, por tanto, amparado para hacer uso de los remedios que el Título IV facilita (ante vicios en el bien de consumo) y dirigirse contra el agente que vendió el producto al consumidor que le transmitió a su vez a este tercero la propiedad del bien o el disfrute del mismo, si bien, dichos autores opinan que determinadas condiciones son necesarias para que esta tercera persona pueda disfrutar de los derechos concedidos por el TRLGDCU:

i) El tercero deberá encuadrarse en el concepto de consumidor y usuario del artículo 3 del TRLGDCU; para AVILÉS GARCÍA existirá para dicho tercero posibilidad de ejercer los medios de tutela del Título IV *en tanto que éste mantenga su condición de consumidor y usuario, conforme dispone el art. 3 TRLGDCU*³⁹⁶ (en mismo sentido, MOSCOSO TORRES³⁹⁷).

³⁹⁶ *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.*

³⁹⁷ *Op. cit.*, pg. 758.

ii) El sujeto ajeno a la relación inicial entre consumidor y vendedor profesional de la que se deriva su posesión del bien de consumo, deberá poder acreditar la primera compra³⁹⁸ al vendedor del producto. En este sentido, AVILÉS GARCÍA entiende que quedará probado dicho hecho simplemente *a través de la factura o tique de compra correspondiente, o, incluso, con el albarán de entrega si éste fuera de fecha posterior, haciéndose abstracción de la identidad del comprador originario*³⁹⁹.

Las siguientes razones se han aportado para defender la posibilidad de que quien no formó parte del contrato inicial entre consumidor y usuario y vendedor profesional, pueda reclamar al profesional recurriendo a las formas de saneamientos ofrecidas por el Título IV:

i) Para GARCÍA-CHAMÓN CERVERA⁴⁰⁰, dado que *el amplio concepto legal de consumidor y usuario (del artículo 3 del TRLGDCU) no excluye al subadquirente, y que en ningún apartado de la regulación legal se utiliza la expresión "comprador"* (en este mismo sentido, MOSCOSO TORRES⁴⁰¹), cabría entenderse que el tercero puede dirigirse contra aquel que vendió el bien defectuoso inicialmente al consumidor.

ii) TORRELLES TORREA defiende tal posibilidad a partir de la aplicación analógica del artículo 17.1 de la LOE *donde se admite que los*

³⁹⁸ TORRELLES TORREA, E., "Artículo 114. Principios generales. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1057.

³⁹⁹ *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.*

⁴⁰⁰ GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., "Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (arts. 118 a 127)", *op. cit.*, pg. 189.

⁴⁰¹ *Op. cit.*, pg. 758.

*subadquirentes de una vivienda puedan ejercitar los derechos que les correspondían al primer comprador de los agentes de la edificación*⁴⁰² (en mismo sentido, AVILÉS GARCÍA⁴⁰³); en relación con esta previsión de la LOE, cabe señalar que la jurisprudencia que desarrolla el artículo 1591 del CC⁴⁰⁴ también reconoce *que frente a los constructores y técnicos, además que las personas que con ellos contrataron, están legitimados por subrogación los sucesivos compradores de los pisos quienes al adquirirlos adquirieron también la cobertura que el art. 1591 proporcionó al originario dueño de las obras* -S.T.S. 28-XI-1967; 22-I-1973; 20-VI-1985 (STS de 9 junio de 1989, RJ 1989\4417)⁴⁰⁵.

iii) Por ser ésta la tendencia a la que se dirige el Derecho Extranjero. AVILÉS GARCÍA señala que *La tendencia en el Derecho civil europeo va más lejos al admitirse ya en algún ordenamiento que la mera condición de usuario del producto es*

⁴⁰² “Artículo 114. Principios generales. TR-LGDCU”, *op. cit.*, pg. 1058.

⁴⁰³ *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.*

⁴⁰⁴ Artículo 1591.

El contratista de un edificio que se arruinase por vicios de la construcción, responde de los daños y perjuicios si la ruina tuviere lugar dentro de diez años, contados desde que concluyó la construcción; igual responsabilidad, y por el mismo tiempo, tendrá el arquitecto que la dirigiere, si se debe la ruina a vicio del suelo o de la dirección.

Si la causa fuere la falta del contratista a las condiciones del contrato, la acción de indemnización durará quince años.

⁴⁰⁵ El artículo 17.1 de la LOE ha plasmado en una norma la jurisprudencia del Tribunal Supremo recogida en sentencias como la aludida de 9 junio de 1989 (RJ 1989\4417) por la que se admitía la legitimación activa de los terceros adquirentes frente a los agentes de la edificación. CORDERO LOBATO, E., “Comentario al artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación” en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. C., 1^a ed., Aranzadi, Elcano, 2000, pg. 313. ARNAU MOYA, F., *Los vicios de la construcción*, 1^a ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, TOL468.388.

suficiente para considerarse beneficiario de la garantía (Código Civil Países Bajos, Libro Verde, COM (93), 509 final, p. 91)⁴⁰⁶.

(b) Jurisprudencia.

La SAP de Valencia de 3 de marzo de 2014 (JUR 2014\121215) descarta la aplicación del Título IV en un supuesto en el que, ante la falta de conformidad en un bien adquirido por unas personas físicas que tenían la condición de consumidores, una sociedad mercantil (la cual no se especifica qué relación tiene con dichas personas físicas) ejercita las acciones que el Título IV concede al comprador consumidor⁴⁰⁷.

Por el contrario, algún pronunciamiento judicial ha llegado a entender que el subadquirente de un bien de consumo debe considerarse consumidor y que, por tanto, se encuentra habilitado para recurrir a los remedios previstos en el Título IV: la SAP de Barcelona de 9 de octubre de 2008 (AC 2008\1681), en un supuesto en que resultaba la parte demandante una persona a la que se había regalado un producto (una prenda de vestir), declaró que *la actora, es consumidora, aunque no sea la adquirente inicial...sino subadquirente por donación, como es el caso en definitiva, destinataria final «ex lege» art. 1.2 LGDU.*

⁴⁰⁶ “La «garantía legal de conformidad» con el bien comprado y la «garantía comercial» en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *op. cit.*

⁴⁰⁷ Sobre esta cuestión señala la sentencia lo siguiente: *Debe comenzar el estudio de este recurso por señalar que discrepa la Sala de la afirmación de la demandante conforme a la cual el debate ha de resolverse en el marco legislativo de la protección de los derechos del consumidor pues aunque esta sea la condición que ostentan los perjudicados adquirentes de las baldosas defectuosas, lo cierto es que no son ellos quienes formulan la reclamación de la que dimana esta litis, sino la mercantil C. Blanco e Hijos S.L. que en su condición de empresario y conforme a lo dispuesto en el artículo 326 del Código de Comercio carece de la cualidad de consumidor a efectos de la protección dispensada por la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios.*

(c) Toma de posición.

Existen también motivos entender que únicamente el comprador originario del bien de consumo podrá ejercitar las opciones de saneamiento del Título IV y no otra persona cuya posesión o propiedad derive de este primero, posición que se defiende a pesar de la postura mayoritaria de la doctrina y de lo decidido en la SAP de Barcelona de 9 de octubre de 2008:

i) El principio de relatividad de los contratos que se recoge en el artículo 1257 del CC⁴⁰⁸ determina que un contrato solo pueda surtir efectos entre las partes que acordaron tal convenio; la aplicación estricta de este principio al supuesto que se plantea llevaría a que exclusivamente el consumidor (que adquirió el bien de consumo originariamente del profesional) tuviera acción contra este último y no un tercero que pudiera haber adquirido posteriormente de dicho consumidor o que disfrutara del bien por habérselo cedido este último, dado que no existe previsión legal que habilite a este tercero para dirigirse al citado profesional.

ii) Tal y como señala AVILÉS GARCÍA *ni la Directiva 1999/44/CE ni el TRLGDCU han previsto la posibilidad de ejercer los medios de tutela por un subadquirente*⁴⁰⁹.

⁴⁰⁸ Artículo 1257.

Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos, Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley.

⁴⁰⁹ *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.*

iii) Si el tercero comodatario o arrendatario, basándose en su uso derivado del comprador original, ejerciese derechos de éste último, podría llegar a ejercitar acciones totalmente ajenas a su posición; TORRELLES TORREA expone esta circunstancia planteando la situación que se daría cuando un arrendatario o comodatario, *ante una falta de conformidad del bien, decide, tras una reparación sin éxito, solicitar la resolución del contrato, caso en el que se verá beneficiado por la restitución de un precio que nunca pagó*⁴¹⁰.

iv) El TRLGDCU ha previsto expresamente la posibilidad de intervención en el sistema de remedios del Título IV de personas que no forman parte del contrato básico sobre el que gira dicho Título, esto es, la compraventa de bien de consumo; siendo el comprador consumidor y el vendedor profesional los únicos sujetos que intervienen en dicho contrato, el artículo 124 del TRLGDCU ha previsto expresamente que el consumidor que adquiere un bien de un vendedor profesional pueda reclamar a personas diferentes a este último, esto es, al productor. Sería razonable mantener, que de haber querido el legislador prever la posibilidad de que personas distintas al comprador del producto pudieran ejercitar sus acciones por éste, así lo habría previsto, como expresamente estableció con el productor.

v) Aceptar que el donatario subadquirente o el arrendatario o comodatario que usa el bien de consumo pueda valerse de los remedios del Título IV en lugar del comprador inicial del bien, nos llevaría a admitir que lo

⁴¹⁰ "Artículo 114. Principios generales. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1058.

realmente relevante es quién usa de hecho el producto, dejando de lado la identidad del comprador, criterio que como se dijo en el apartado II) 4. A. b) (*Persona jurídica como consumidor y usuario*) no se considera que sea el adecuado ya que debe primar la figura del comprador formal y real del bien de consumo sobre la cuestión de quién usa el mismo, tal y como refiere COSTAS RODAL (*La noción de consumidor que contiene el precepto hay que entenderla referida al comprador del bien, único legitimado activamente para dirigirse contra el vendedor, con independencia de quien utilice o disfrute efectivamente de ese bien quedando pues excluido cualquier significado material del término consumidor en el ámbito de la Ley*)⁴¹¹.

f) Actuación del comprador a través de intermediario.

Podría darse la situación en la que el consumidor y usuario adquiriera un bien de consumo por medio de una persona que actúe por su encargo. En este caso se deberá distinguir dependiendo de si la actuación del mandatario que interviene por orden del comprador se realiza por cuenta y en nombre del consumidor y usuario o de manera distinta.

Debe partirse de que esta intermediación que se realizaría supondría un supuesto de mandato civil y no de comisión mercantil, ya que, si se atiende a que el artículo 244 del CCo establece como requisito para que una intermediación se repute comisión mercantil el que el mandato tenga por objeto un acto u operación de comercio y que sea comerciante o agente mediador del

⁴¹¹ *Op. cit.*, pg. 2063.

comercio el intermediario, no se encontraría presente el primero de los requisitos (necesidad de que la transacción se considere acto u operación de comercio), dado que el artículo 326 del CCo no considera mercantil y, por tanto, acto u operación de comercio *las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de las personas por cuyo encargo se adquieren*⁴¹²; en este sentido,

⁴¹² No existe una respuesta clara sobre la cuestión de considerar *Las compras de efectos destinados al consumo del comprador o de las personas por cuyo encargo se adquieren*, como compraventas civiles o mercantiles.

Existe jurisprudencia que considera civiles todas las compras cuyo objeto se dedique al consumo propio, incluidas aquellas en las que un empresario o profesional adquiere un bien para incluirlo en su proceso productivo sin revenderlo. Así, la STS de 9 de julio de 2008 (RJ 2008\4477) dice textualmente que *el empleo de los muebles adquiridos para quedar instalados en un complejo hotelero excluye la nota de especulación propia de la compraventa mercantil, que requiere la adquisición con ánimo de reventa y de obtención de lucro en la misma; por lo cual el contrato fue correctamente calificado como de compraventa civil.*

Existe otra rama de la jurisprudencia que entiende que cuando un bien es adquirido por un empresario o profesional y éste utiliza tal bien, sin revenderlo, para su proceso productivo, tal compraventa debe considerarse como mercantil. En este sentido, la STS de 3 de mayo de 1985 (RJ 1985\2257), califica como mercantil una compraventa por la cual una sociedad fabricante de piensos compuestos para animales vende a un ganadero una partida de tales piensos, partida la cual éste último dedica a la alimentación de animales porcinos, actividad que constituye el negocio de tal ganadero. Señala esta sentencia que *se puede hoy lícitamente llegar a la conclusión de negar el calificativo de civiles respecto de aquellas compras que «para su consumo» (art. 326.1º del CCom) se hacen por empresas o particulares –incluso no comerciantes– dedicados a una explotación industrial, mercantil o agrícola, con, o, sin transformación de la mercancía, o incorporada ésta al revender, por entenderse que esas compras no están incluidas en la excepción del número primero del citado artículo 326, en relación con el 325 del Código Mercantil, es decir, por no estar destinadas al consumo particular o familiar, o exceder de éste, sino al fin empresarial o comercial de producción, transformación o inversión productiva (ciclo producto-dinero-producto).* Esta línea jurisprudencia sigue encontrándose hoy en día vigente, tal y como demuestra el hecho de que haya sido aplicada por la SAP de 24 de enero de 2012 (JUR 2012\41338), sentencia la cual señala lo siguiente: *Este Tribunal prefiere la segunda postura (la que considera el supuesto expuesto como mercantil) apoyada por la Doctrina más autorizada, que predica la mercantilidad de la compraventa para uso o consumo industrial basándose en que tal carácter se halla aceptado de modo implícito en el artículo 325 del Código de comercio y no puede entenderse incluido en el número 1.º del artículo 326. Esa postura, que apoyan las SSTS de 16 junio 1972 [RJ 1972\2744], 21 diciembre 1981 [RJ 1981\5280], 20 noviembre 1984 [RJ 1984\5617], las citadas más arriba y otras, tilda de mercantiles los contratos de compraventa cuando, aun no existiendo posterior reventa, la mercadería de que se trate es objeto de especulación por parte del comprador, o lo que es lo mismo, es destinada por éste a su propio fin comercial o empresarial, es decir, a obtener un beneficio que le permita continuar en su línea de planteamiento productivo, lo que no significa otra cosa que «uso o consumo industrial empresarial».*

Las dos posiciones de la jurisprudencia expuestas difieren en la consideración de una compraventa como mercantil o civil dependiendo de que se dé una utilización profesional por

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, señala que *las ventas hechas a un consumidor final no son nunca mercantiles*⁴¹³. A los efectos de la consideración del supuesto planteado como comisión mercantil, resulta irrelevante la concurrencia del segundo de los requisitos establecidos por el artículo 326 del CCo, el que el intermediario sea o no comerciante, ya que, no estando presente el primero de los requisitos, al ser cumulativos, aunque quien intermedie sea comerciante, no se considerará comisión mercantil la situación expuesta.

En contra de la consideración de esta operación como mandato civil y no como comisión mercantil, se presenta AVILÉS GARCÍA, cuando denomina como comisionista y no como mandatario a la persona que adquiere por cuenta y en nombre del consumidor al señalar que *la condición de consumidor no se pierde, por ejemplo, por la circunstancia de que se adquiriera el producto mediante comisionista, bastando, a tal efecto, con que éste manifieste su condición al realizar la compra del producto en cuestión (art. 247.1 C de C)*⁴¹⁴. En este mismo sentido, el INC, en su Dictamen dado en el año 2004, parece identificar también el supuesto en el que

el comprador (o persona que por cuyo encargo se adquiere) al bien en cuestión: para la primera corriente será civil la compraventa en que la que el comprador adquiere un bien para su propio consumo, aunque dicho consumo conlleve que el bien sea utilizado en la actividad profesional del comprador; para la segunda corriente, la inclusión del bien en el proceso productivo del comprador, conlleva que dicha compraventa se considere como mercantil.

En el supuesto que se plantea, compraventa encargada por un consumidor para su uso doméstico (no profesional o empresarial), no cabría plantearse si cabe aplicar una postura de la jurisprudencia u otra, dado que no existiría un uso profesional del bien ni se incluiría el mismo en ningún proceso productivo, de donde cabría concluir para tal operación representa en cualquier caso ante una compraventa civil.

⁴¹³ “Compraventa Mercantil”, en *Enciclopedia Jurídica*, ARNALDA ALCUBILLA, E. (coord.), Vol. 4º, 1ª ed., La Ley, Las Rozas, 2009, pg. 2349.

⁴¹⁴ *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.* La mención que se realiza al art. 247.1 C de C se entiende que se refiere al artículo 247.I del CCo (*Si el comisionista contratare en nombre del comitente, deberá manifestarlo; y si el contrato fuere por escrito, expresarlo en el mismo en la antefirma, declarando el nombre, apellido y domicilio de dicho comitente*).

alguien adquiere bienes por cuenta del consumidor como comisión mercantil al referirse al intermediario como *comisionista* y al venir a aplicar en dicha situación el régimen de la comisión mercantil⁴¹⁵.

(i) Actuación del intermediario por cuenta y en nombre del comprador.

En el supuesto de que el mandatario actúe manifestando que opera por cuenta y en nombre del comprador, siempre que éste último tuviera la condición de consumidor y usuario en el sentido del artículo 3 del TRLGCU y el vendedor fuera un empresario o profesional, no habría problema para que, ante un vicio en el producto adquirido por el mandante, éste reclamara directamente al vendedor, ya que, la compraventa, a todos los efectos, se habría realizado entre el vendedor profesional y el comprador consumidor y usuario, de acuerdo con las previsiones del artículo 1725 del CC⁴¹⁶.

(ii) Actuación del intermediario por cuenta del comprador y en nombre propio.

Se plantea el supuesto en el que el mandatario actúa en nombre propio, sin manifestar que está realizando un encargo del comprador consumidor y usuario.

⁴¹⁵ CG/02/04: *¿Se aplica la Ley de Garantías al comisionista que adquiere bienes por cuenta de un consumidor?* <<http://www.consumo-inc.es/Informes/garantias/preguntas/preguntas1.htm#7>>, consultado a 21 septiembre, 2011.

⁴¹⁶ Artículo 1725.

El mandatario que obre en concepto de tal no es responsable personalmente a la parte con quien contrata sino cuando se obliga a ello expresamente o traspasa los límites del mandato sin darle conocimiento suficiente de sus poderes.

Cabría interpretar que quien debiera reclamar por los vicios que se pudieran dar en el bien de consumo, fuera el intermediario, ya que, aplicando las previsiones del artículo 1717 del CC⁴¹⁷, éste habría sido el sujeto considerado comprador en la venta del bien de consumo; de acuerdo con la idea antes manifestada en el apartado anterior II) 4. A. e) (*Condición de consumidor y usuario del subadquirente*) de que debe primar la figura del comprador formal y real del bien de consumo resultando irrelevante quién usa el mismo, se debería atender a las cualidades del intermediario para determinar el régimen legal a aplicar ante los vicios que el bien adquirido pudiera tener: si el intermediario pudiera ser considerado como consumidor y usuario a los efectos del artículo 3 del TRLGCU, se aplicaría el régimen de su Título IV; por el contrario, si el intermediario mandatario actuara en un ámbito profesional o empresarial, debería acudir al régimen del CC.

Esta interpretación expuesta resulta adecuada relacionarla con una situación que se da de forma relativamente habitual en la práctica: la compra en la que ha intervenido un “personal shopper”, persona que es remunerada por asistir a

⁴¹⁷ Artículo 1717.

Cuando el mandatario obra en su propio nombre, el mandante no tiene acción contra las personas con quienes el mandatario ha contratado, ni éstas tampoco contra el mandante.

En este caso el mandatario es el obligado directamente en favor de la persona con quien ha contratado, como si el asunto fuera personal suyo. Exceptuase el caso en que se trate de cosas propias del mandante.

Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de las acciones entre mandante y mandatario.

otra en la compra de bienes, ya sea acompañándola mientras los adquiere o comprándolos por ésta⁴¹⁸.

Tomando como referencia la actuación del “personal shopper”⁴¹⁹ que ha adquirido un producto en nombre propio para una tercera persona que le encargó tal compra, resulta adecuado entender que si el “personal shopper” actuó desarrollando una actividad empresarial o profesional, siendo remunerado por su labor, no cabría aplicar el régimen de su Título IV, dado que el “personal shopper” no podría ser considerado como consumidor y usuario a los efectos del artículo 3 del TRLGDCU⁴²⁰; en caso de que el “personal shopper” actuará gratuitamente, ajeno a una actuación empresarial o profesional, si cabría aplicar a la compraventa que tuvo lugar el régimen del Título IV, por considerar a tal “personal shopper” incluido en el concepto de consumidor y usuario referido.

⁴¹⁸ Traducción realizada a partir de la definición facilitada por OXFORD UNIVERSITY PRESS. <<http://www.oxforddictionaries.com/definition/english/personal-shopper>>, consultado a 23 noviembre, 2013.

⁴¹⁹ Junto a esta situación se exponen las dudas que suscita otra circunstancia que se puede dar en la compraventa en la que actúa un “personal shopper”: a la compra realizada a un vendedor profesional por un consumidor (en su propio nombre) que ha sido aconsejado de un “personal shopper”, de acuerdo con las previsiones del TRLGDCU, debería aplicársele el régimen del Título IV, dado que la compraventa se habría dado entre un consumidor y un vendedor profesional; sin embargo, no podría obviarse que el consumidor habría adquirido tal bien estando aconsejado del “personal shopper”, persona con conocimientos técnicos sobre el bien adquirido, que bien podría calificársele como perito en el producto comprado. La repercusión que puede tener que el consumidor posea conocimientos técnicos sobre el bien que adquiere será analizada en el apartado II) 5. (REQUISITOS DE LA CONFORMIDAD).

⁴²⁰ En caso de que surgiera alguna falta de conformidad en el bien adquirido por el consumidor que fue asesorado por el “personal shopper” profesional (al que se le remuneró por tal adquisición), se podría plantear el que dicho consumidor exigiera al “personal shopper” responsabilidades por sus servicios indebidamente prestados, dado que, habiendo sido contratado para adquirir un producto conforme dicho profesional por sus especiales conocimientos sobre el bien, tal producto habría presentado vicios o anomalías.

B. El vendedor.

No existe definición exacta en un precepto determinado del TRLGDCU del concepto *vendedor* al que refiere su artículo 114, si bien su Exposición de Motivos indica que la figura del *vendedor*, *que, aunque no se define, por remisión a la legislación civil es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta ley, actuando en el marco de su actividad empresarial*; al contrario de lo que ocurre en el TRLGDCU, anteriormente la LGVBC señalaba expresamente en su artículo 1.II que debían considerarse vendedoras *las personas físicas o jurídicas que, en el marco de su actividad profesional, venden bienes de consumo*.

Debe completarse la definición dada por la Exposición de Motivos del TRLGDCU, con el contenido del artículo 1.2.c) de la Directiva 1999/44/CE que identifica como vendedor a *cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional* y el del artículo 4 del TRLGDCU⁴²¹ (este último artículo ha sido reformado por la Ley 3/2014 señalándose⁴²² tres circunstancias que definen el concepto empresario: i) tanto las personas físicas como las jurídicas y las entidades sin personalidad pueden considerarse empresarios, ii) el empresario puede tener naturaleza privada o pública y iii) el sujeto a ser considerado como empresario debe desarrollar un actividad empresarial contratando en el ámbito de dicha

⁴²¹ Artículo 4.

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

⁴²² MARÍN LÓPEZ, M. J., "El "nuevo" concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU", *op. cit.*, pg. 47.

actividad con el consumidor; se ha destacado de la modificación realizada por la Ley 3/2014 la referencia expresa que se realiza a *los colaboradores del empresario ya que normalmente actuará en el tráfico auxiliado por éstos resultando acertada su inclusión*⁴²³).

De las definiciones aportadas del concepto empresario se puede observar como la consideración de un sujeto como *vendedor* viene determinada por su actuación en el marco de una actividad profesional o empresarial. De esta forma, cuando una persona adquiera un bien de consumo de un sujeto que actúa en un ámbito empresarial o profesional, éste último vendrá obligado a prestar las garantías que el Título IV prescribe⁴²⁴.

a) Ámbito de actuación empresarial o profesional del vendedor.

Habiendo afirmado que un sujeto será considerado vendedor siempre que transmita un bien de consumo actuando en el marco de su actividad empresarial o profesional, puede surgir la duda de hasta dónde cabe extender el campo de actividad del vendedor.

⁴²³ BOTANA GARCÍA, G., *op. cit.*

⁴²⁴ Debe mencionarse a este respecto la SAP de León de 3 de diciembre de 2013 (JUR 2014 \ 9840), un singular pronunciamiento judicial cuyos razonamientos no se comparten; esta resolución considera aplicable el Título IV a cualquier supuesto de compraventa con independencia de las condiciones que tenga el vendedor (entiende que debe regirse por el Título IV una compraventa aún cuando el vendedor no actúe en el marco de su actividad empresarial, no pueda considerarse empresario, etc.); la citada sentencia razona que *los preceptos de dicha norma (el TRLGDCU) que regulan las garantías de los productos de consumo se recogen en el Título V de su libro segundo (artículos 114 y siguientes) y son aplicables a todo contrato de compraventa en el que el comprador sea un consumidor: "El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto". Resulta indiferente, por lo tanto, si el recurrente se dedica o no se dedica profesionalmente a la venta de vehículos desde el momento en el que el comprador es un consumidor.*

(i) Doctrina.

TORRELLES TORREA señala, citando a BUSTO LAGO, ÁLVAREZ LATA y PEÑA LÓPEZ, que no cabrá aplicar el régimen del Título IV cuando el vendedor actúe fuera de su actividad profesional, en *ventas privadas y aisladas de bienes que son de consumo pero que no contribuyen a o no forman parte del ámbito propio de su actividad, ya que en tal supuesto actuará como un particular*⁴²⁵. Cita TORRELLES TORREA como ejemplo la venta que realiza el distribuidor de pan de una de las furgonetas que utiliza en su actividad. En parecido sentido se pronuncia MAGRO SERVET⁴²⁶.

(ii) Jurisprudencia.

La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de julio de 2006 (AC 2006\2379), abordó la cuestión de determinar si a la venta de un vehículo realizada por una empresa la cual se dedica al alquiler de vehículos sin conductor y, de forma residual, a la venta de dichos vehículos, debe aplicársele el régimen de garantías de bienes de consumo; tal resolución responde de forma afirmativa estableciendo que cuando la compraventa *constituye una actividad residual y complementaria de lo que es el objeto principal de su negocio, debe entenderse así que tal*

⁴²⁵ “Artículo 114. Principios generales. TR-LGDCU”, *op. cit.*, pg. 1055.

⁴²⁶ Este autor manifiesta que debe considerarse consumidor al *pequeño comerciante que adquiere un producto pero de forma ajena a su actividad, lo que podría darse a entender como el titular de un comercio que contrata una línea de telefonía móvil y que luego la empresa le negara los derechos de la legislación sobre consumidores por el hecho de tener un comercio, lo que no es admitido, ya que aunque la línea se contrate para dar un servicio de llamadas en las que algunas pueden estar relacionadas con su actividad no es el objeto esencial de la contratación, sino que lo hace como consumidor.* “Análisis de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios” en *Práctica de Tribunales*, 2014, LA LEY 4508/2014.

actividad... se encuentra incluida en el marco de su actividad profesional, por lo que entra en el ámbito de aplicación de la LGVBC.

(iii) Toma de posición.

En el sentido defendido por TORRELLES TORREA y conforme a lo decidido por la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de julio de 2006, cuando el vendedor actúe en el marco de su actividad empresarial o profesional, aún cuando la venta afecte a una actividad residual y complementaria de la que es su actividad principal, tal operación deberá regirse por el Título IV. Por el contrario, cuando el vendedor actúe fuera de su actividad empresarial o profesional, a dicha venta le será de aplicación las normas del CC.

b) Actuación del vendedor a través de intermediario.

Podría surgir la duda de cómo considerar el supuesto en el que quien supuestamente vende al consumidor no fuera realmente el propietario del producto objeto de compraventa y actuara como mandatario del verdadero particular propietario del bien intermediando en la venta del bien de consumo (tal y como se ha señalado en el anterior apartado II) 4. A. f), *Actuación del comprador a través de intermediario*, la intermediación realizada debería considerarse como un mandato civil); diferente respuesta se daría a tal cuestión dependiendo de si el mandatario actuara en nombre propio o ajeno⁴²⁷.

⁴²⁷ Cabe señalar que en numerosas ocasiones en que un sujeto demandado discute su condición de vendedor cuando existe duda de ello por haber intervenido un tercero en la operación o ser dicho tercero el titular administrativo del bien (por ejemplo por ser el propietario de un vehículo de acuerdo con el permiso de circulación), se atiende a quien entrega el bien de

(i) Actuación del intermediario por cuenta y nombre del vendedor.

En el caso de que la persona que vendiese al consumidor actuase por cuenta de un tercero no profesional y en nombre de éste, no habría realizado esta persona más que una labor de intermediación, siendo el propietario del bien (mandante) que ha encargado el mandato de venta a dicho intermediario (mandatario) quien, en su caso, vendría obligado a cumplir ante el consumidor y usuario adquirente con los deberes que establezca el régimen que se determine aplicable.

(a) Doctrina.

GARCÍA VICENTE⁴²⁸ ha venido a analizar este supuesto en el que un tercer sujeto profesional viene a intermediar en la venta entre dos sujetos privados vendiendo por cuenta de tercero; este supuesto se da en muchas ocasiones en la práctica cuando un vehículo propiedad de un particular es dejado en un concesionario para que el dueño de tal negocio busque un comprador para dicho automóvil. Este autor ha intentando mostrar *qué mecanismos pueden emplearse para afrontar esta articulación jurídica del contrato de compraventa y extender, en su caso, la protección a los compradores consumidores, ya que, en principio, no cabe aplicar a dicha compraventa el régimen de garantías de los*

consumo y a la identidad del que cobra el precio de la compraventa para determinar su condición de vendedor del producto (SAP de Madrid de 8 de marzo de 2012, JUR 2012\138043).

⁴²⁸ “La compraventa de consumo de bienes de segunda mano, *op. cit.*”

productos de consumo por ser el vendedor-mandante un sujeto privado que no actúa dentro de una actividad profesional.

En este sentido, este autor presenta dos opciones para poder aplicar el régimen del Título IV:

- i) El fraude a la ley (artículos 10 del TRLGDCU⁴²⁹ y 6.4 del CC⁴³⁰).

Entiende GARCÍA VICENTE que lo que se pretende es *servirse de las permisivas reglas del Derecho común de contratos (norma de cobertura) para eludir el régimen imperativo del texto refundido (norma defraudada)*.

- ii) El principio de confianza legítima. Señala GARCÍA VICENTE que *se trata de prescindir de la representación (expresa o incluso de la manifestación también expresa de que se carece de poderes representativos) y considerar al intermediario como «vendedor» que, como profesional del tráfico, soportará el régimen imperativo de protección, pero con una eficacia inversa a su entendimiento más común en sede de intermediación. A través de este mecanismo, se busca no perjudicar al consumidor, al que el intermediario-mandatario ha generado una confianza razonable; se debe proteger la confianza del comprador de que disfruta de un régimen específico de protección y que, por tanto, su contraparte en el contrato es el «profesional» que intermedia.*

⁴²⁹ Artículo 10.

La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.

⁴³⁰ Artículo 6.4.

Los actos realizados al amparo del texto de una norma que persigan un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico, o contrario a él, se considerarán ejecutados en fraude de ley y no impedirán la debida aplicación de la norma que se hubiere tratado de eludir.

(b) Toma de posición.

La aplicación del fraude de ley en este supuesto no parece adecuada: se está queriendo plantear que, por darse la venta entre dos sujetos privados no profesionales y someterse dicha adquisición a las normas del Derecho Común, esto es, al CC (norma de cobertura), se estaría buscando dejar de aplicar el régimen del Título IV (norma defraudada). Tal planteamiento en mi opinión parte de un error, el afirmar la aplicabilidad al caso del régimen de garantías de los productos de consumo, norma defraudada, cuando en ningún momento, se ha regulado dicho supuesto por tal régimen: ya intermedie el profesional entre los dos sujetos privados, ya éstos dos negocien directamente sin intermediario, la venta se habrá dado entre dos sujetos no profesionales, siendo tal operación no cubierta por el régimen del Título IV, sino por las normas del CC. Debe recordarse que la labor del tercero profesional en este supuesto es de intermediación, no actuando como propietario del bien de consumo a vender.

El recurso a cualquiera de estos mecanismos, el fraude de ley o el principio de confianza legítima, llevaría a aplicar el régimen del Título IV a supuestos que, sin la intervención del tercero intermediario profesional, no se regirían por tal Título IV, sino por el régimen del CC por darse la venta entre dos sujetos privados no profesionales; ello supondría aplicar de una forma excesivamente extensiva el principio “pro consumatore”⁴³¹: en aras de la protección al

⁴³¹ Resulta interesante recoger los razonamientos realizados por la SAP de Cádiz de 19 de junio de 2013 (JUR\2013\258201) sobre el equilibrio consumidor/comprador y profesional/vendedor

consumidor, por la mera intermediación del mandatario profesional, se estaría llegando a aplicar el régimen de garantías de productos de consumo, a compraventas realizadas entre sujetos no profesionales, que, sin la mediación de tal intermediario, nunca se habrían regido por dicha regulación.

En este sentido, se entiende procedente diferenciar dos situaciones distintas: aquellas en las que la actuación del intermediario profesional habría tenido tal influencia en el comprador que sin su intervención el consumidor no habría adquirido el producto, y otras en las que el intermediario apenas habría intervenido en la adquisición del producto por el consumidor, no pudiendo haber afectado a la convicción del mismo:

i) Es razonable suponer que el intermediario (que actuó en nombre del vendedor no profesional en la venta del producto al consumidor) habría podido, por su condición de profesional, influir en el consumidor, encontrándose este último en una posición de desigualdad frente al intermediario; esta situación de desequilibrio podría justificar el que se aplicara el régimen del Título IV al supuesto planteado, realizándose una interpretación extensiva de las normas expuestas desde el citado principio “pro consumatore” dado que la “ratio legis” del Título IV, de acuerdo con la SAP de Cádiz de 4 de septiembre de 2009 (JUR 2010\12684), es la *posición de desigualdad que caracteriza*

que el que el TRLGDCU debe procurar: *Si la situación en la que se encuentran los consumidores y usuarios frente a los empresarios, productores y proveedores, muchas veces desventajosa, determina que se les dispense una especial protección en virtud del artículo 1 del texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias y el artículo 51.1 y 2 de la Constitución Española, no es menos cierto que su tutela sin tasa podría entorpecer el propio desarrollo económico del país.*

al consumidor, la cual justifica la aplicación de la legislación protectora (del régimen del Título IV).

ii) En aquellos casos en que el intermediario tuvo una actuación residual (no influyó en los motivos que llevaron al consumidor a adquirir el producto, a pesar de la condición de profesional del intermediario), es preferible considerar que no habría justificación para aplicar el régimen del Título IV.

(ii) Actuación del intermediario por cuenta del vendedor y en nombre propio.

De encontrarnos ante un supuesto en que el mandatario que vende el producto al consumidor actuase por cuenta de tercero pero en nombre propio, los eventuales incumplimientos en que cabría incurrirse ante el consumidor podrían consistir:

i) En primer lugar, podría darse la falta de entrega inicial⁴³² del bien de consumo vendido por parte del intermediario; situación que debe regirse por las previsiones del artículo 66 bis del TRLGDCU las cuales serán analizadas más adelante en el presente trabajo.

ii) En segundo lugar, el incumplimiento del mandatario vendedor de cosa ajena⁴³³ podría consistir en la entrega de un bien no conforme en el sentido

⁴³² Tampoco debe obviarse la posibilidad de que, una vez se haya procedido a la entrega inicial del producto, el comprador pueda ser privado del producto por sentencia firme, privación que podría plantear la posibilidad de aplicar las normas del saneamiento por evicción (art. 1475 y siguientes del CC).

⁴³³ Sobre un supuesto que versa sobre la falta de conformidad de un automóvil vendido a un consumidor, la SAP de León de 3 de diciembre de 2013 (JUR\2013\9840) señala, ante la alegación del que fue considerado vendedor de que no debía ser catalogado como tal, que *desde*

del Título IV, supuesto en el que dicho intermediario que ha actuado en su propio nombre y ha transmitido la propiedad de un bien de consumo, vendría obligado a responder por el régimen de protección establecido por el Título IV conforme a lo previsto por el artículo 1717 del CC.

c) La Administración Pública como vendedora.

Resulta extraño pensar en un supuesto en que una Administración Pública pueda verse demandada en un procedimiento por haber proporcionado a un consumidor y usuario en una relación regulada por Derecho Privado un producto de consumo no conforme. Sin embargo, nada obsta para que dicho evento pueda darse y sea posible plantear una reclamación dirigida contra una Administración Pública en su condición de vendedora de un bien de consumo que no ha cumplido con la obligación de entregar un producto conforme.

(i) Doctrina.

Si bien algún autor ha interpretado que la especial naturaleza de la Administración Pública dificulta que se le pueda exigir la responsabilidad a la que viene obligado un vendedor profesional de un bien de consumo⁴³⁴, MARÍN

el momento en el que se presenta ante el comprador como vendedor, aunque lo haga por otro, es él quien asume las obligaciones derivadas del contrato suscrito (artículo 1.717, párrafo segundo, del Código Civil y, relacionado con él, el artículo 1.725 del citado texto legal).

⁴³⁴ COSTAS RODAL, L., para excluir la subasta administrativa de bienes de segunda mano del régimen de garantías de los productos de consumo, alude a la especial naturaleza de la Administración Pública. *Op. cit.*, pg. 2049.

LÓPEZ⁴³⁵ ha defendido la consideración de la Administración como sujeto a entender incluido en el concepto de *vendedor*.

(ii) Toma de posición.

Resulta apropiado considerar que la interpretación sistemática del TRLGDCU hace extensible el concepto de vendedor a los organismos incluidos en el concepto Administración Pública. En este sentido, el propio concepto de empresario dado por el artículo 4 del TRLGDCU, utilizado para delimitar el concepto de *vendedor* a los efectos del Título IV, incluye en su definición tanto a sujetos de naturaleza pública como a los de naturaleza privada.

5. REQUISITOS DE LA CONFORMIDAD.

A. Diferentes supuestos.

Se pasa a continuación a analizar diferentes cuestiones cuyo estudio se ha considerado relevante sobre los requisitos descritos por el artículo 116 del TRLGDCU que se deben cumplir para que un producto sea conforme con el contrato.

a) Adaptación del producto a la descripción realizada y a las cualidades de la muestra o modelo.

Uno de los supuestos que recoge el artículo 116.1.a) del TRLGDCU es aquel en que se realiza la venta del bien de consumo utilizando el vendedor una

⁴³⁵ “Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *op. cit.*, pg. 1434.

muestra o modelo. Considera el legislador que no se entenderá conforme el bien vendido con el contrato convenido si dicho producto no posee las cualidades de la muestra o modelo presentado por el vendedor.

Representa una norma cuyo contenido material resulta adecuado; sin embargo, debe señalarse que en muchas ocasiones pueden existir problemas para su aplicación dada la dificultad de probar las características del bien que se utilizó como muestra o modelo.

(i) Doctrina.

En este sentido hay quien propone para este caso que sea el vendedor quien pruebe que el bien adquirido reúne las cualidades de la muestra invirtiendo la carga de la prueba establecida por el artículo 217 de la LEC⁴³⁶.

(ii) Toma de posición.

En mi opinión, resulta excesivo invertir la carga de la prueba obligando como regla general al vendedor a probar los caracteres de la muestra utilizada ya que:

i) Cargar, siempre y en todo caso, al vendedor con el deber de demostrar las características del modelo o muestra sin entrar a considerar el caso en concreto, prescribiendo la acción para reclamar las faltas de conformidad a los

⁴³⁶ De acuerdo con el artículo 217 de la LEC corresponde a quien alegue unos determinados hechos probar su certeza; a partir de tales previsiones, se defiende la posibilidad de invertir la carga de la prueba dado que al comprador *le resultará muy difícil o imposible la aportación del modelo presentado, pues una vez enseñado o probado, posteriormente se retira, que sea el empresario demandado quien aportarse el modelo original estimándose que el principio de facilidad probatoria podría servir para justificar esta solución (art. 217.6 LEC)*. AVILÉS GARCÍA, J., *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción*, op. cit.

tres años de la entrega del producto (artículo 123.4 del TRLGDCU), conllevaría que el vendedor tuviera que guardar la muestra del bien durante dicho periodo, algo que parece excesivamente gravoso para éste.

ii) El legislador, de haber querido alterar la carga del comprador de probar los caracteres del modelo usado como muestra (trasladando dicha carga al vendedor) así lo habría establecido expresamente, usando el recurso previsto por el artículo 217.6 de la LEC (*las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes*).

b) Adaptación del producto al uso especial del bien.

Otro de los criterios utilizados para determinar si el bien de consumo resulta conforme con el contrato es el recogido en la letra c) del artículo 116.1 del TRLGDCU, que alude al uso especial requerido por el consumidor en el momento de celebración del contrato, siempre que el vendedor haya admitido que el producto es apto para dicho uso.

(i) Aprobación del uso especial.

Señala el artículo 116.1.c) del TRLGDCU que el uso especial deberá haberse *puesto en conocimiento del vendedor en el momento de celebración del contrato* debiendo el vendedor haber *admitido que el producto es apto para dicho uso*. Sin embargo, nada se dice sobre cómo debe articularse la determinación del uso especial requerido ni sobre cómo habrá de verificarse que el producto entregado se adapta al uso especial solicitado.

(a) Jurisprudencia.

La SAP de Zaragoza de 24 de octubre de 2007 (JUR 2008\57817) aborda el estudio de la compraventa de un sofá del que se requirió *que reuniera determinadas características*. De dicha sentencia, resulta interesante resaltar tres cuestiones en torno al uso especial requerido:

i) De una parte, el juzgador parece dar particular relevancia al comportamiento pasivo del vendedor. En dicha sentencia se afirma que por el consumidor y usuario *se exigió que* (el producto adquirido, un sofá) *reuniera determinadas características* y que dicho mueble no respondió *a las características que había impuesto* el comprador. Podría advertirse que en este supuesto por el comprador se realizaron una serie de manifestaciones sobre el uso determinado que se deseaba, adoptando el vendedor una posición pasiva, no realizando manifestación alguna ante tal solicitud; parece desprenderse de la dicción de la sentencia que el juzgador defiende que la falta de oposición del vendedor a los usos requeridos viene a suponer una aceptación tácita al requerimiento de uso especial realizado por el vendedor.

ii) De otra parte, dicha sentencia viene a analizar cómo debe verificarse por el comprador que el bien de consumo realmente se adapta al uso especial requerido. Según tal sentencia, el hecho de que, a la hora de la entrega del producto, el comprador manifieste *conforme el cliente* en un determinado documento *no debe suponer sin más que la parte mostrara su aquiescencia con el producto ni siquiera con sus cualidades esenciales, entre otras razones porque el bien*

suele recibirse embalado o enfardado de forma que no permite ni su reconocimiento exterior. Puede deducirse de esta SAP de Zaragoza, que, para que se entienda que el comprador ha aceptado que el bien de consumo se adapta al fin especial requerido, el consumidor deberá haber tenido la oportunidad real de comprobar dicho hecho y verificar que el producto se adapta al destino particular solicitado, resultando irrelevante cualquier manifestación realizada por el consumidor en ese sentido con anterioridad a que la comprobación real haya tenido lugar.

iii) En esta sentencia se entiende que concurre un supuesto de falta de conformidad recogido en la letra c) del artículo 116.1 del TRLGDCU, y que, por tanto, el bien de consumo objeto de tal sentencia no es apto para el uso especial requerido por el consumidor y usuario al no presentar *determinadas características*. Tal sentencia se muestra partidaria de dar una interpretación amplia al concepto uso especial y descartar una interpretación estricta de tal expresión; el juzgador parece considerar encuadrables en dicho artículo 116.1.c) del TRLGDCU, tanto los casos en que el bien de consumo no pueda realizar determinadas funciones solicitadas, como también aquellas situaciones en que el producto no presente determinados caracteres meramente estéticos.

(b) Toma de posición.

Deben analizarse las tres cuestiones en torno al uso especial requerido destacadas por la SAP de Zaragoza de 24 de octubre de 2007:

i) En cuanto a la consideración de que la falta de oposición del vendedor a los usos requeridos supone la aceptación tácita al requerimiento de uso especial realizado por el vendedor, existe conformidad con tal razonamiento dado que, de una parte, es el que correspondería realizar atendiendo al principio “pro consumatore”, y, de otra, debe valorarse el ánimo con el que podría actuar el vendedor: el vendedor (que calla y no realiza manifestación alguna ante la solicitud del comprador que requiere el uso determinado) actúa desarrollando un dolo omisivo o una negligencia omisiva, lo que guardaría relación con las previsiones del artículo 10 de la LCS⁴³⁷ y con la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el valor jurídico del silencio (las SSTs de 31 de enero de 2008 -Id Cendoj: 28079110012008100081- y de 10 de junio de 2005 -Id Cendoj: 28079110012005100442- señalan que *el silencio puede entenderse como aceptación cuando se haya tenido la oportunidad de hablar... y se deba hablar... existiendo tal deber de hablar cuando haya entre las partes relaciones de negocios que así lo exijan*)

⁴³⁷ Artículo 10.

El simple error de cuenta sólo dará lugar a su corrección. El tomador del seguro tiene el deber, antes de la conclusión del contrato, de declarar al asegurador, de acuerdo con el cuestionario que éste le someta, todas las circunstancias por él conocidas que puedan influir en la valoración del riesgo. Quedará exonerado de tal deber si el asegurador no le somete cuestionario o cuando, aun sometiéndoselo, se trate de circunstancias que puedan influir en la valoración del riesgo y que no estén comprendidas en él.

El asegurador podrá rescindir el contrato mediante declaración dirigida al tomador del seguro en el plazo de un mes, a contar del conocimiento de la reserva o inexactitud del tomador del seguro. Corresponderán al asegurador, salvo que concurra dolo o culpa grave por su parte, las primas relativas al período en curso en el momento que haga esta declaración.

Si el siniestro sobreviene antes de que el asegurador haga la declaración a la que se refiere el párrafo anterior, la prestación de éste se reducirá proporcionalmente a la diferencia entre la prima convenida y la que se hubiese aplicado de haberse conocido la verdadera entidad del riesgo. Si medió dolo o culpa grave del tomador del seguro quedará el asegurador liberado del pago de la prestación.

ii) En cuanto a la necesidad de que el consumidor haya tenido la oportunidad de comprobar que el bien adquirido se adapta al fin especial requerido, para quien suscribe, el consumidor y usuario deberá haber tenido la oportunidad real de comprobar dicho hecho y verificar que el producto se adapta al destino particular solicitado, no vinculando cualquier manifestación al respecto realizada antes de haber podido comprobarlo; tal postura es la adecuada atendiendo a la interpretación gramatical, sistemática y teleológica que el artículo 3 del CC⁴³⁸ determina: no se podrá admitir que un producto es apto para un uso especial hasta que se haya tenido la oportunidad real de verificar tal circunstancia.

Para determinar qué tiempo se debe considerar necesario para comprobar que el producto se adapta al destino particular solicitado se podrían tomar como referencia las previsiones de los artículos 71 del TRLGDCU y 44 de la Ley de Comercio Minorista que fijan en siete días hábiles el plazo mínimo para el ejercicio del derecho de desistimiento en determinadas compraventas; sería razonable plantear que el consumidor y usuario debiera manifestar en el plazo de siete días hábiles a contar desde la recepción del bien, si el producto realmente se adapta al uso especial requerido, entendiéndose que la falta de manifestación sobre la inadecuación del bien al uso especial solicitado, supone

⁴³⁸ Artículo 3.

1. Las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas.

2. La equidad habrá de ponderarse en la aplicación de las normas, si bien las resoluciones de los Tribunales sólo podrán descansar de manera exclusiva en ella cuando la ley expresamente lo permita.

una aceptación tácita de que el producto se adapta al destino particular requerido.

iii) En cuanto a la consideración del concepto uso especial en los dos sentidos realizada por la citada sentencia (uno referido al destino del producto a un fin determinado y el otro relacionado con el deseo del consumidor de que el producto presente unas determinadas características estéticas u ornamentales), debe señalarse que tal razonamiento acerca las previsiones de la letra c) del artículo 116.1 del TRLGDCU a los supuestos previstos por el artículo 1453 del CC. Este último precepto regula, de una parte, la compraventa a ensayo o a prueba (*La venta hecha a calidad de ensayo o prueba de la cosa vendida*) y, de otra, la compraventa “ad gustum” (*venta de las cosas que es costumbre gustar o probar antes de recibirlas*), determinando tal artículo que ambas compraventas se presumirán hechas siempre bajo condición suspensiva. En la compraventa a ensayo, la comprobación de que el bien adquirido cumple con los fines requeridos se determina de forma de objetiva, no quedando sometida a la apreciación subjetiva del comprador; por el contrario, en la compraventa “ad gustum” se deja al libre arbitrio del comprador el determinar si el bien objeto de compraventa es de su agrado o gusto⁴³⁹.

⁴³⁹ Señala GARCÍA CANTERO, G., que *Importa dejar bien claro que el resultado de la prueba no se remite al libre arbitrio de cualquiera de las partes, sino que debe ser objetivamente valorado, si preciso fuere, mediante una prueba pericial judicialmente ordenada. Precisamente aquí radica la fundamental diferencia de régimen entre esta hipótesis y la que se regula a continuación en el mismo artículo. “Comentario al artículo 1453 del Código Civil”, en Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pgs. 98 y 99. ATAZ LÓPEZ, J., diferencia ambas compraventas argumentando que en la venta a*

Ante un supuesto en que se solicita por un consumidor al vendedor que el producto sirva para un fin determinado o presente unos caracteres estéticos especiales siendo dicho requerimiento aceptado por el vendedor, caso en que se podría aplicar tanto las previsiones del Título IV (tal supuesto se prevé por el letra c) del artículo 116.1 del TRLGDCU) como las del artículo 1453 y concordantes del CC, debería optarse por la aplicación del Título IV de acuerdo con el principio de especialidad (“lex specialis derogat legi generali”) por el que se establece que, ante la posible aplicación de varias normas a un mismo supuesto de hecho, corresponde elegir la norma de contenido más específico; el Título IV presenta un contenido más especial que el régimen establecido por los artículos 1453 y concordantes del CC⁴⁴⁰.

(ii) Forma y prueba de que se ha acordado el uso especial.

Tal y como se ha señalado, la letra c) del artículo 116.1 del TRLGDCU establece como requisito para que el producto vendido sea conforme, la necesidad de que dicho bien atienda al uso especial requerido por el

prueba la aprobación de la cosa no depende exclusivamente de la pura subjetividad del comprador sino que la aprobación o rechazo de la cosa debe basarse en razones objetivas, a diferencia de la venta ad gustum que queda sometida a la condición si volueri: el comprador solo tiene que aprobar la cosa si así lo desea, pudiendo rechazarla sin necesidad de aducir ninguna razón objetiva. “Comentario al artículo 1453 del Código Civil”, en Comentarios al Código Civil, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), tomo VII, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pg. 10256.

⁴⁴⁰ Con anterioridad a la entrada en vigor de la LGVBC, la SAP de Sevilla de 27 enero de 2003 (AC 2003\1271) resolvió un supuesto en el que un consumidor encargó un modelo de vestido de madrina para asistir a una boda a un profesional, *considerando* (el juzgador) *que la venta realizada era de las que se denominan a ensayo o a prueba y estaba sujeta a la condición suspensiva de la aquiescencia del comprador*; dado que la aprobación del comprador no se dio, se condenó a la tienda de confección encargada de hacer el vestido a la devolución de la señal que se había dado en tal compraventa. En dicha resolución se vino a aplicar el régimen establecido por los artículos 1453 y concordantes del CC, si bien todavía no se había aprobado el régimen del Título IV (ni siquiera se había promulgado la LGVBC).

consumidor y aceptado por el vendedor. Sin embargo, no se especifica la forma en que dicho uso especial ha de ser propuesto por una parte y aceptado por otra, lo que afecta a la hora de probar las condiciones en que se requirió este uso especial.

(a) Doctrina.

AVILÉS GARCÍA defiende que pueda pactarse por consumidor y vendedor un uso especial para el bien tanto expresa como tácitamente: de una parte, con respecto al comprador, acepta como válido tanto el requerimiento de un uso especial *hecho con claridad* como el *deducido de la profesión o actividad del consumidor en tanto sea conocido por el comprador*⁴⁴¹; de otra parte, *la aceptación por parte del vendedor podrá realizarse de manera expresa, aunque también puede admitirse la que se deduzca de meros actos concluyentes*⁴⁴². Llega a señalar este autor en defensa de su tesis que *el comprador no tendrá que realizar prueba alguna, bastándole con alegar que el empresario ha admitido ese uso especial y que no se ha opuesto en ningún caso a éste, siendo el empresario quien tenga que acreditar que no admitió el requerimiento del comprador sobre el uso especial del vehículo vendido.*

En contra de AVILÉS GARCÍA opina MOSCOSO TORRES⁴⁴³, quien defiende que exclusivamente debe aceptarse el pacto expreso sobre el uso especial; CASTILLA

⁴⁴¹ Debe señalarse que la posible observancia de la profesión o actividad del comprador podría poner en cuestión la condición de consumidor del comprador dado que, de acuerdo con el art. 3 del TRLDGCU, solo es consumidor la persona física o jurídica que actúa en un ámbito ajeno a una actividad empresarial o profesional.

⁴⁴² “La «garantía legal de conformidad» con el bien comprado y la «garantía comercial» en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *op. cit.*

⁴⁴³ *Op. cit.*, pg. 766.

BAREA señala que *una previsión contractual expresa de las partes ha de existir*⁴⁴⁴, y COSTAS RODAL defiende esta misma posición señalando que *Si el legislador hubiera querido tomar en consideración las manifestaciones tácitas, lo hubiera indicado como así lo hace la norma correlativa a este apartado en la Convención de Viena*⁴⁴⁵.

(b) Toma de posición.

Se considera más adecuada la postura de AVILÉS GARCÍA que defiende la posibilidad de que tácitamente se pueda pactar el uso especial requerido por el comprador: ante la solicitud realizada por el comprador del uso especial, el vendedor que calla y no se opone a tal requerimiento desarrollaría un dolo o negligencia omisiva (a relacionar, tal y como se refirió anteriormente, con el artículo 10 de la LCS y la jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre el valor jurídico del silencio (las SSTS de 31 de enero de 2008 -Id Cendoj: 28079110012008100081- y de 10 de junio de 2005 -Id Cendoj: 28079110012005100442-) actuación la cual se ha de considerar como una aceptación del uso especial requerido.

c) Adaptación del producto a la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo y a las declaraciones públicas sobre dicho bien.

La letra d) del artículo 116.1 del TRLGDCU, recoge en realidad dos supuestos de falta de conformidad en su enunciado: i) la no presencia en el

⁴⁴⁴ "La determinación de la "falta de conformidad" del bien con el contrato a tenor del art. 3.1 del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo (II Parte)", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 18, 2002, BIB 2002\2245.

⁴⁴⁵ *Op. cit.*, pg. 2057.

objeto adquirido de la calidad y prestaciones habituales y ii) la falta de correspondencia con las declaraciones públicas sobre las características concretas de los productos hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado.

(i) Calidad y prestaciones habituales en productos del mismo tipo.

En cuanto a la inadecuación del bien adquirido con la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, no resulta sencillo determinar qué es lo que el consumidor puede fundadamente esperar de un bien, esto es, qué parámetros deben tomarse como referencia para comparar el bien adquirido. Parece razonable que deba acudirse a criterios objetivos para determinar la calidad y prestaciones que pueden considerarse habituales en un producto, huyéndose de pareceres u opiniones subjetivas que puedan llevar al consumidor a adquirir un bien⁴⁴⁶.

Esta problemática se manifiesta especialmente en los bienes de *segunda mano*, bienes adquiridos de un vendedor que los había comprado previamente, productos que normalmente han sido usados antes de esta última adquisición (estos bienes de segunda mano son adquiridos de un segundo vendedor al contrario de lo que ocurre con los bienes de *primera mano*); en estos casos de uso

⁴⁴⁶ Cabe señalar lo resuelto sobre los productos de alta gama por la SAP de Madrid de 15 de marzo de 2012 (JUR 2012\115265) la cual establece que *si bien todos los objetos que se adquieren han de ser adecuados para el uso para el cual han sido comprados, es evidente que siendo un objeto de alta gama, ese nivel de exigencia es mayor aún, si cabe.*

previo a su compra por el consumidor, parece defendible que no se pueda exigir un rendimiento igual al de los productos a estrenar los cuales no han tenido un uso previo.

(a) Doctrina.

En este sentido AVILÉS GARCÍA señala que *el comprador no puede esperar fundadamente de un vehículo usado la perfección exigible a uno nuevo*⁴⁴⁷ y TORRELLES TORREA que *ante la compra de un bien de segunda mano, la falta de conformidad que pueda presentar es más fácil que pueda razonablemente intuirlo el consumidor dado que no se trata de objetos nuevos*⁴⁴⁸.

(b) Jurisprudencia.

La jurisprudencia ha venido a corroborar la postura mantenida por la doctrina de rebajar los niveles de exigencia impuestos a los productos de segunda mano; la SAP de Cáceres de 6 junio de 2012 (JUR 2012\242580) ha señalado que *Lo que realmente singulariza a los coches de segunda mano o usados es la disminución temporal en su utilidad, es decir, que su vida útil es inferior a la de un vehículo nuevo. En conclusión, un coche usado debe satisfacer la utilidad propia para la que ha sido creado, pero con una intensidad menor a la del bien nuevo* (en mismo sentido la SAP de Santa Cruz de Tenerife 12 de julio de 2006, AC 2006\2379⁴⁴⁹, y la SAP de Zaragoza de 13 junio de 2012, JUR 2012\235429⁴⁵⁰).

⁴⁴⁷ *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.*

⁴⁴⁸ "Artículo 115. Ámbito de aplicación. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1069.

⁴⁴⁹ La SAP de Santa Cruz de Tenerife 12 de julio de 2006, AC 2006\2379, en un supuesto en el que reclamó el consumidor por la falta de conformidad que presentó un camión que ya había rodado cerca de un millón de kilómetros cuando fue adquirido, ante unos defectos *debidos a la*

(c) Toma de posición.

Se entiende adecuada la postura mantenida por doctrina y jurisprudencia, si bien, en este supuesto de discordancia entre los caracteres del bien adquirido y las condiciones habituales de un producto del mismo tipo, habrá de comenzarse por determinar qué calidad y prestaciones habituales de un producto se deben esperar, como parámetro de comparación con el bien efectivamente adquirido, ocurriendo que dicha calidad y prestaciones habituales no deben fijarse por las consideraciones subjetivas del comprador que antes se han enunciado, sino por un criterio de razonabilidad que establezca qué objetivamente es lógico esperar del bien adquirido; tal y como señala dicha SAP de Santa Cruz de Tenerife de 12 de julio de 2006⁴⁵¹, *no son las expectativas del consumidor las que en realidad configuran en este supuesto la*

antigüedad del vehículo en cuestión, al desgaste del mismo debido a los años, y que las deficiencias, tanto en el aforador del depósito de combustible como en la caja de cambios, resultado de un uso normal del vehículo atendiendo a su edad y kilometraje, se declaró la no concurrencia de una falta de conformidad por los vicios expuestos.

⁴⁵⁰ La SAP de Zaragoza de 13 junio de 2012 (JUR 2012\235429) señala sobre los productos de segunda mano o de ocasión lo siguiente: *Es cierto que en compras de objetos de ocasión o de segunda mano siempre opera un componente de riesgo y que incluso por la denominada Jurisprudencia menor (sentencia de la Audiencia Provincial de Badajoz de 30 de junio de 1998, de Madrid de 11 de mayo de 1998, de Zaragoza de 21 de noviembre de 2000 y 27 de abril de 2001...) se ha venido sosteniendo que en tales supuesto la necesidad de pequeñas reparaciones no afecta al debido cumplimiento de su obligación de entrega por parte del vendedor. Ahora bien, ello no obsta a que el objeto vendido deba estar en buenas condiciones para su uso y funcionamiento al menos por cierto tiempo, máxime cuando en estos casos cobra mayor trascendencia la garantía otorgada, pues de no ser así, al tratarse de un coche usado, de segunda mano, todas sus piezas están usadas, y lo contrario conllevaría dejar en blanco y vacío de contenido la garantía comprometida y ofertada por la vendedora. Por ello es necesario diferenciar en tal campo que una cosa es que el coche y sus componente no sean nuevos y otra diferente es que se proceda a su venta con piezas en un defectuoso estado que van a provocar que el bien enajenado no pueda utilizarse correctamente ni tan siquiera dentro del período asegurado por dicha garantía.*

⁴⁵¹ En parecido sentido la SAP de Zaragoza de 30 de diciembre de 2012 (JUR 2012\38719), considera que en un producto de segunda mano se deben introducir parámetros de previsibilidad sobre el estado en que encuentre el mismo, atendiendo a circunstancias objetivas, como pueden ser su vetustez, uso y cuidados previos, etc.

conformidad, sino la naturaleza del bien objetivamente considerada, de la que hay que inferir lo que el consumidor pueda esperar.

Aunque pudiera considerarse que debe atenderse exclusivamente a la actitud que ha mostrado el consumidor que adquiere un producto de segunda mano para determinar cuáles son las prestaciones habituales que se pueden esperar en un producto de dicho tipo (debe recordarse que el art. 116. 1 d) del TRLGDCU considera que un producto es conforme cuando presente la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar), el vendedor también desarrolla un comportamiento relevante en dicha determinación de lo que es objetivamente esperable de un determinado bien de segunda mano. Tal y como manifiesta la anteriormente citada SAP de Zaragoza de 30 de diciembre de 2012 (JUR 2012\38719) *siendo el vendedor un profesional del sector en el que se presta el servicio, a él le es imputable un conocimiento más preciso del estado del vehículo (bien de segunda mano vendido) y la necesidad de exponer el mismo al comprador y fijar así el ámbito de conformidad que previene el art. 114 TRLGDCU*; en similar sentido la SAP de las Islas Baleares de 5 de julio de 2011 (JUR 2011\319574) establece que debe perjudicar al vendedor de un bien de segunda mano la falta de detalle sobre los defectos que pueda tener dicho bien en el momento de su entrega al consumidor *si en el contrato no se describe con detalle el estado y condiciones del vehículo que se vende, lo cual es imputable al vendedor que no puede verse beneficiado, en perjuicio del comprador por esa generalización o falta de especificación, máxime*

*cuando este carece de los conocimientos técnicos y específicos que pueden predicarse del vendedor*⁴⁵².

Este mismo factor de corrección de las condiciones que cabe esperar de un bien de segunda mano, podría aplicarse a determinadas compraventas *de ocasión*; en muchos casos se venden productos a estrenar, no de segunda mano, por un precio inferior al precio medio de mercado debido a un exceso de unidades en stock o por presentar un determinado defecto. Entiendo razonable aplicar a las compras de productos de ocasión cuyo menor precio viene motivado por un defecto en el producto, el factor de corrección que lleva a rebajar el nivel de exigencia de conformidad, siempre que el posible vicio que surja en el producto comprado guarde relación con el defecto que motivó el menor precio en su adquisición⁴⁵³.

Acudiendo a un ejemplo, si la adquisición de un automóvil de ocasión por un precio inferior al de medio de mercado vino motivada por un defecto en el sistema de ventanillas, no parece razonable que el consumidor reclame por tal

⁴⁵² Esta sentencia en tal sentido realiza determinadas afirmaciones que merecen destacarse: *Corresponde al vendedor, por ser profesional del ramo y contar con medios técnicos para inspeccionar el vehículo vendido, hacer una previsión razonable sobre el riesgo de averías. Es precisamente ese conocimiento técnico el que le obliga a poner en conocimiento del comprador el estado real del vehículo vendido indicándole cuáles son los riesgos previsibles de avería y de esa manera posibilitar al comprador tener un conocimiento lo suficientemente amplio a la hora de manifestar su conformidad con el estado del objeto y el precio que se pide por él. No basta, pues, con facilitarle la realización de una prueba dinámica de corta duración, donde no sea posible para alguien ajeno a los conocimientos de la mecánica automovilística detectar la existencia de fallos, ni se exime de responsabilidad por instar al comprador la alternativa de revisar a su costa el coche. El Profesional que lo vende ha de conocer su estado al detalle, y es él quien debe informar al comprador sin ocultar las posibles deficiencias.*

⁴⁵³ En este sentido, AVILÉS GARCÍA, J., considera que a la hora de adquirir bienes de segunda mano o de ocasión hay que introducir un *factor de consideración o de corrección para estimar cual deba ser el grado de conformidad que deba tener en cuenta.* “La «garantía legal de conformidad» con el bien comprado y la «garantía comercial» en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *op. cit.*

vicio, ya que se podría razonablemente esperar que dicho sistema de ventanillas fallara (la presencia de cualquier otro vicio diferente al expuesto, sí conllevaría el poder acudir a los diferentes medios de saneamiento ofrecidos por el Título IV).

La venta de un producto a un precio menor al medio de mercado normalmente conllevará que dicho bien no presente las calidades y prestaciones habituales que el consumidor pueda fundadamente esperar en un producto del mismo tipo, ya que dicho menor precio vendría motivado por el desgaste que ha sufrido el bien de segunda mano a adquirir o por los defectos que presenta el producto de ocasión que se desea comprar. Sin embargo, no siempre el menor precio en un bien de segunda mano o de ocasión debe llevar a no poder exigir que el objeto adquirido presente la calidad y prestaciones habituales que existen en un bien del mismo tipo: bien podría ocurrir que el bien de segunda mano que va a ser objeto de compra por el consumidor haya sido recientemente adquirido por su vendedor y no haya sido utilizado por éste, de manera que poca diferencia existiría entre este bien y uno de primera mano; igualmente, un bien de ocasión podría ser vendido a un menor precio que el de mercado debido a que el vendedor de éste tiene demasiadas unidades en stock y haya decidido bajar su precio de venta para dar salida a dicho exceso de existencias (el menor precio no vendría motivado por la presencia de un defecto en el producto).

Por la jurisprudencia (la SAP de Cáceres de 3 de febrero de 2012, JUR 2012\90303⁴⁵⁴) se ha llegado incluso a identificar como un supuesto de enriquecimiento injusto el hecho de que el consumidor adquiriera un producto de segunda mano a un menor precio que uno a estrenar por los defectos que dicho bien de segunda mano pudiera presentar, y luego obtenga la reparación por el mismo vendedor de esos defectos que motivaron dicho menor precio.

El criterio de razonabilidad expuesto por el artículo 116.1.d) del TRLGDCU⁴⁵⁵, sobre si un defecto debe razonablemente esperarse en un producto de segunda mano o de ocasión cuyo menor precio viene motivado en un defecto preexistente, debe relacionarse con la previsión del artículo 116.3 del TRLGDCU, que señala que *no habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad que el consumidor y usuario conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato*. Presentada la irregularidad, bien podría defenderse la imposibilidad de que se estime que el consumidor desconocía el vicio relacionado con el uso excesivo del bien de segunda mano o

⁴⁵⁴ En este supuesto, partiendo de que *el comprador tenía pleno conocimiento que adquiriría un vehículo de segunda mano, con todas las deficiencias que relata en su demanda, que ya existían antes de la compraventa, de ahí que abonara el precio convenido muy inferior al que hubiera correspondido si el vehículo hubiera estado en perfectas condiciones*, esta resolución establece que, de aceptarse que el vendedor fuese responsable de dichas deficiencias, *se produciría un enriquecimiento injusto para el mismo, pues después de adquirir un vehículo de segunda mano, conociendo sus deficiencias y en función de su estado se fija el precio, ahora pretende que se reparen todas aquellas deficiencias, -insistimos, que no averías-, obteniendo con ello un vehículo de mayor calidad al adquirido, al que hubiera correspondido un precio superior al abonado*.

⁴⁵⁵ El criterio de razonabilidad expuesto por el artículo 116.1.d) consistente en que el bien presente la calidad y prestaciones habituales de un producto del mismo tipo que el consumidor y usuario pueda fundadamente esperar, debe tener en cuenta dos circunstancias a la hora de determinar si el producto que se adquiere tiene las mismas características que otro de la misma clase y especie: de una parte, el estado de la ciencia y la técnica existente en el momento de fabricación y/o adquisición del producto; de otra, el precio satisfecho por el bien.

el defecto que provocó el menor precio en el bien de ocasión, ya que no podía fundadamente ignorar los posibles defectos del bien de segunda mano o de ocasión.

(ii) Declaraciones públicas sobre características concretas del bien.

El segundo supuesto de falta de conformidad recogida en la letra d) del artículo 116.1 del TRLGDCU señala como vicio al que aplicar los remedios del Título IV la no correspondencia del bien de consumo con las declaraciones hechas sobre el producto adquirido. En su enunciado, tal artículo 116 delimita las condiciones que deben concurrir para que se dé dicho supuesto de falta de conformidad:

- i) La declaración pública deberá haberse dado con publicidad.
- ii) Vincularán al vendedor las declaraciones sobre el bien de consumo realizadas por determinados sujetos intervinientes en la operación de compraventa: las realizadas por él mismo, por el productor o por su representante.
- iii) El vendedor quedará exonerado de toda responsabilidad por la declaración pública realizada sobre el producto si i) desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, ii) si dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o iii) si dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el producto.

(a) Doctrina.

La doctrina ha analizado de diferente forma las condiciones que se han indicado que deben concurrir para que se dé dicho supuesto de falta de conformidad:

i) Sobre la vinculación de las declaraciones realizadas por el vendedor, por el productor o por su representante, REYES LÓPEZ⁴⁵⁶ analiza cómo actuar ante las manifestaciones realizadas por el ayudante o auxiliar del vendedor planteando *el problema que puede existir cuando dichas manifestaciones (las declaraciones públicas sobre las cualidades de un bien de consumo) hayan sido efectuadas por un ayudante o por un auxiliar (del vendedor), respondiendo que en estos casos habría que aplicar las normas y los efectos propios de la representación.*

ii) COSTAS RODAL reconoce la dificultad de probar si una declaración pública pudo llegar a influir en el consumidor en su decisión de adquirir un bien de consumo, indicando que *la prueba (sobre si la declaración pública del bien adquirido incidió o no en el consumidor) corresponde al vendedor, y no siempre será una cuestión fácil de probar... de ahí que la doctrina hubiera abogado por la exclusión de esta causa*⁴⁵⁷.

(b) Toma de posición.

Junto a las cuestiones destacadas por la doctrina han de analizarse otros aspectos relevantes de este supuesto de falta de conformidad:

⁴⁵⁶ *Op. cit.*, pg. 287.

⁴⁵⁷ *Op. cit.*, pg. 2059.

i) Si bien existe una mención expresa de que el vendedor quedará vinculado por lo declarado *en particular en la publicidad o en el etiquetado*, la referencia a la publicidad o al etiquetado no deja de ser ejemplificativa (y no una enumeración “*numerus clausus*”) dada la forma en que se formula (*en particular*) y que lo previsto mediante dicha norma (la vinculación del vendedor por lo publicitado o recogido en etiquetas) es simplemente una aplicación concreta del deber general de considerar la publicidad como parte del contrato⁴⁵⁸.

ii) Sobre la vinculación de las declaraciones realizadas por el vendedor, por el productor o por su representante⁴⁵⁹, conforme a lo señalado por REYES LÓPEZ,

⁴⁵⁸ La publicidad forma parte del contrato tal y como establece el artículo 61.2 del TRLGDCU (*El contenido de la oferta, promoción o publicidad, las prestaciones propias de cada bien o servicio, las condiciones jurídicas o económicas y garantías ofrecidas serán exigibles por los consumidores y usuarios, aún cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato*); el incumplimiento de la oferta del producto realizada puede constituir una infracción administrativa, de acuerdo con las previsiones de la LGPu (especialmente debe atenderse a su artículo 5.6), siendo posible asimismo que tal actuación sea constitutiva de un acto de competencia desleal de acuerdo con las previsiones de la LCD (en este sentido su art. 5 considera desleal por engañosa cualquier conducta que contenga información falsa o información que, aun siendo veraz, por su contenido o presentación induzca o pueda inducir a error a los destinatarios, siendo susceptible de alterar su comportamiento económico, siempre que incida sobre alguno de un serie de aspectos: la existencia o la naturaleza del bien o servicio, sus características principales, etc.).

⁴⁵⁹ En este sentido, se entiende adecuado citar lo resuelto por la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27 abril de 2012 (JUR 2012\301201). En este supuesto en primera instancia, el JPI N° 1 de Valverde de El Hierro consideró que procedía resolver el contrato de compraventa concertado entre el consumidor y la mercantil que le había vendido el vehículo declarado defectuoso, debiendo tal sociedad devolver las cantidades recibidas por el vehículo declarándose asimismo al administrador de dicha mercantil responsable civil solidario del pago de la expresada cantidad. La AP en su sentencia de apelación, vino a establecer que la posible *responsabilidad que corresponda al administrador de la sociedad codemandada es una cuestión cuyo enjuiciamiento excede de la competencia de este Tribunal, por estar atribuida a los Juzgados de lo Mercantil* aludiendo a la doctrina jurisprudencial mantenida por dicha Sala desde el año 2005 la cual *ha venido estimando la imposibilidad de acumulación de acciones cuando una de ellas sea la de la responsabilidad de los administradores en las deudas sociables, cuyo conocimiento corresponde a distintos órganos judiciales*.

parece lógico que tales declaraciones vinculen al vendedor, ya que quien contrata con el consumidor será la persona física o jurídica vendedora, a la que habrán de imputarse las declaraciones realizadas por sus ayudantes o auxiliares⁴⁶⁰. En este sentido, la Ley 3/2014 que ha modificado el TRLGDCU ha

⁴⁶⁰ La figura del ayudante o auxiliar del vendedor bien podría identificarse según el caso con el factor de comercio, recogido en los artículos 281 y siguientes del CCo.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., describe al factor como un *gerente de una empresa o establecimiento que actúa por cuenta ajena y está autorizado para administrarlo, dirigirlo y contratar sobre las cosas concernientes a él*.

Siguiendo la descripción realizada por este autor, resulta clave delimitar el ámbito de representación del factor, para lo que habrá que atender a la publicidad que se haya dado a terceros de su poder de actuación; tal publicidad podrá darse a través del Registro Mercantil, dado que el art. 22 del CCo prevé la inscripción en el Registro Mercantil del poder que habilite al factor, o bien a través de la publicidad de hecho que se derive de la actuación día a día del factor, en la figura que se denomina *factor notorio* y que cuya regulación se recoge en el art. 286 del CCo (*Los contratos celebrados por el factor de un establecimiento o empresa fabril o comercial, cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas, se entenderán hechos por cuenta del propietario de dicha empresa o sociedad, aun cuando el factor no lo haya expresado al tiempo de celebrarlos, o se alegue abuso de confianza, transgresión de facultades o apropiación por el factor de los efectos objeto del contrato, siempre que estos contratos recaigan sobre objetos comprendidos en el giro y tráfico del establecimiento, o si, aun siendo de otra naturaleza, resultare que el factor obró con orden de su comitente, o que éste aprobó su gestión en términos expresos o por hechos positivo*).

Ante la inexistencia de publicidad registral del poder del factor, rigen las previsiones del citado artículo 286 vinculando el factor al empresario por todos los actos realizados por el primero comprendidos en el giro o tráfico del establecimiento o empresa en el que actúe; tal ámbito de representación del factor supone un mínimo de representación inderogable impuesto por la ley. Cuando el apoderamiento del factor se encuentra inscrito en el Registro Mercantil y, por tanto, existe publicidad del ámbito de representación del factor, resulta posible que el empresario limite las facultades del factor (art. 283 del CCo), aún cuando se encuentre habilitado por un poder general para actuar en el giro o tráfico del establecimiento o empresa en el que opere. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2004, pgs. 222 a 226.

En parecido sentido, URÍA GONZÁLEZ, R., describe al factor como un *apoderado general, colocado al frente de un establecimiento para realizar en nombre y por cuenta del empresario (art. 281), administrando dirigiendo y contratando sobre las cosas concernientes a dicho establecimiento (283)*. Este autor, también distingue entre el *factor notorio* (al que *la Ley ha tenido que reputarle dotado de un poder general comprensivo de todas las operaciones concernientes al giro o tráfico del establecimiento, precisamente en defensa de esos terceros que no pueden conocer el ámbito del poder tácitamente otorgado*) y el factor con apoderamiento inscrito en el Registro Mercantil (*del que los terceros pueden conocer las limitaciones del poder y la Ley presume que las conocen*). *Derecho Mercantil*, 27ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000, pgs. 48 a 50.

En similar sentido a los autores citados, la jurisprudencia del Tribunal Supremo analiza la figura del factor, doctrina que puede resumirse en lo expuesto por la STS de 2 de abril de 2004 (RJ 2004/2073), con cita en la de 30 de septiembre de 1960: *Los principios sobre los que descansa la figura jurídica del Institutor o factor mercantil, como una forma del mandato permanente y general de*

dado una nueva redacción al artículo 3 de dicha norma (considerando

comerciante, contenidos en los arts. 281 a 291 de nuestro Código de Comercio, pueden sintetizarse del modo siguiente:

- a) Capacidad necesaria para obligarse.
- b) Poderes de representación de su principal, por cuya cuenta y en su nombre haga el tráfico.
- c) Actuación dentro de los poderes conferidos, expresando en todos los documentos que suscriba que obra con poder y en nombre de sus mandantes (*contemplatio domini*).
- d) Vincular a éstos con terceros contratantes cuando obra dentro de los límites de las facultades recibidas.
- e) Por excepción, y con el fin de proteger a los terceros de buena fe, el factor obliga también al comerciante cuando notoriamente pertenezca a una empresa o sociedad conocidas y los contratos inciden o recaen sobre el giro, tráfico o actividad propia del establecimiento. Esta letra e) describe al factor notorio, institución descrita en el artículo 286 del CCo.
- f) Si actúa a nombre de otra persona, expresándolo así, el factor obliga a ésta, pero no al principal, salvo, en todo caso, ratificaciones en términos contundentes.

El ayudante o auxiliar del vendedor igualmente podría identificarse con el dependiente (art. 292 del CCo) o con el mancebo de comercio (art. 294 del CCo), figuras que han sido analizadas por BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*, op. cit., pgs. 231 a 234. Este autor define a los dependientes como los auxiliares del comerciante que tienen un poder singular comprende todas las operaciones propias del rama de actividad que se les hubiere encomendado y a los mancebos de comercio como aquellos que tienen poder para realizar operaciones determinadas propias del giro o tráfico del establecimiento. Partiendo de la confusa distinción que se da entre ambas figuras, concluye que:

1. El mancebo es el encargado de vender en establecimiento abierto al público o venta al por mayor, y el encargado de recibir las mercancías.
2. Ambas figuras son apoderados singulares, cuyos poderes no pueden inscribirse en el Registro Mercantil dadas las previsiones del artículo 22 del CCo que niegan la posibilidad de inscribir los apoderamientos generales. La publicidad del poder del dependiente o del mancebo de comercio no depende de que el apoderamiento se inscriba en el citado Registro sino de la publicidad que se dé en la realidad a tal circunstancia, ya sea verbal, escrita o de hecho (en el mancebo se indica que el poder que tiene atribuido para vender o recibir mercaderías deriva de la publicidad de hecho que resulta de estar en el establecimiento o almacén... igual que hay que considerar que quien está sentado en a caja del establecimiento, por eso solo hecho, tiene poder para efectuar cobros).

Como jurisprudencia aplicable al respecto merece destacarse la SAP de Madrid de 16 de diciembre de 2008 (JUR\2009\115581) la cual manifiesta que *en el ámbito negocial los comerciantes quedan vinculados a los actos que por ellos realicen los factores o mancebos en el ámbito propio del tráfico a que se dediquen, según se dispone en los artículos 292 a 294 del Código de Comercio*; la SAP de Pontevedra de 24 de septiembre de 2009 (JUR\2009\460957), la cual considera que los mancebos de comercio a que se refieren los arts. 292 y ss Código de Comercio desempeñan de cara al público determinadas funciones propias del giro o tráfico de su comerciante o principal, autorizados para cobrar, siendo válidos sus recibos (art. 294 Código de Comercio), y la SAP de La Coruña de 10 de marzo de 2011 (Id Cendoj: 15030370032011100119), que relaciona las figuras del factor, el dependiente y el mancebo: *En función del ámbito de su apoderamiento, el Cdc distingue entre el factor o apoderado general y los dependientes y mancebos, que son apoderados singulares. El apoderamiento del factor se extiende al giro o tráfico de la empresa (art. 283 Cdc), entendido como "conjunto de operaciones propias de una empresa", mientras que el de los apoderados singulares se limita a ciertas operaciones, como vender en el establecimiento abierto al público o recibir las mercancías (arts. 293-295 Cdc). El Código mercantil admite que el empresario pueda limitar los poderes del factor, siempre que dicha limitación no desdibuje el carácter general del apoderamiento, si bien dicha limitación sólo tiene efectos frente a terceros si se inscribe en el Registro Mercantil.*

empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión) haciendo referencia expresa a la actuación del empresario a través de persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones⁴⁶¹.

Se exonera al vendedor como responsable de la declaración pública realizada si tal declaración no llevó al comprador a adquirir el bien de consumo. En contra de lo manifestado por COSTAS RODAL, entiendo que no cabe trasladar la carga de la prueba (sobre si la declaración pública incidió o no en el consumidor) siempre y en todo caso, sino que habrá de estarse a las reglas de la sana crítica y a las máximas de la experiencia en la carga de la prueba para demostrar que una declaración pública influyó en el consumidor⁴⁶².

⁴⁶¹ BOTANA GARCÍA, G., ha interpretado esta modificación introducida por dicha Ley 3/2014 considerando que tal novedad produce la inclusión expresa de los colaboradores del empresario ya que normalmente (el empresario) actuará en el tráfico auxiliado por éstos resultando acertada su inclusión. *Op. cit.* Igualmente señala MAGRO SERVET, V., al respecto que la modificación operada por la Ley 3/2014 debe poner fin a una determinada actuación llevada a cabo por ciertas empresas con el fin de no ser consideradas empresarias: *las empresas se estaban amparando en que la contratación no la hacían ellas, sino otra persona aunque actuara en su delegación, con lo que pretendían excluir la aplicación de la legislación de consumidores, por lo que se les incluye también ahora cuando actúen por tercero. Op. cit.*

⁴⁶² No debe olvidarse que el juez para demostrar que una declaración pública influyó en el consumidor debe atenerse a las reglas de la sana crítica, es decir, de las máximas de común experiencia o de los que se siguen para formar los juicios humanos (STS de 24 junio de 1994, RJ 1994\6500), criterio reflejado en diferentes artículos de la LEC: 295.4, 316, 326, 334, 348...; las máximas de la experiencia, posibilitan la formulación de un juicio hipotético a partir de hechos o circunstancias conducentes a conclusiones razonables en un orden normal y que el Juez puede utilizar sin sobrepasar el principio de aportación de parte, ocurriendo que la deducción o inferencia realizada a partir de dichas máximas no resulta en modo alguno irracional y se atiene a la común experiencia de la vida (STSJ de Navarra de 6 febrero de 2006, RJ 2006\2216); sobre los conceptos de sana crítica y máximas de la experiencia debe indicarse que con frecuencia ambas figuras se equiparan (conforme a ABEL LLUCH, X., *La prueba pericial*, ABEL LLUCH, X., Y PICÓ I JUNOY, J. (dir.), 1ª ed., ESADE-Bosch, Barcelona, 2009, VLEX-57758771).

Con respecto a esta posibilidad de que las declaraciones públicas puedan incidir en el consumidor a la hora de comprar el bien de consumo, parece que deberá analizarse qué es lo que se ha manifestado por vendedor, productor o su representante, ya que habrá que considerar lo declarado y la posibilidad de que ello sea realizable. Existirán declaraciones sobre los bienes que, más que afirmaciones sobre sus cualidades y caracteres, sean fórmulas publicitarias que el consumidor medio entienda como meras estrategias de marketing para hacer un producto más apetecible (tales manifestaciones nunca deberán considerarse declaraciones sobre un producto las cuales poder exigir que se cumplan⁴⁶³). Piénsese en la bebida energética “Red Bull” cuyo anuncio señala que la ingesta de dicho refresco *te da alas*; el consumidor medio no considera de forma literal

⁴⁶³ Sobre esta actitud del vendedor de publicitar un productor de forma exagerada, debe señalarse que la doctrina ha distinguido el “dolus malus” y el “dolus bonus”, *entendiendo por éste último aquel margen de engaño que es admitido en el tráfico, como por ejemplo la exagerada ponderación de las excelencias de un producto, que sería irrelevante desde el punto de vista jurídico, no produciendo, en consecuencia, la anulación del contrato.* VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (coor.), 3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, pg. 388.

La publicidad superlativa, la cual debería incluirse en este ámbito del “dolus bonus”, no es capaz de llevar a error o engaño al consumidor; en este sentido se ha manifestado la doctrina (señala VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., *que el tráfico moderno ha distinguido el llamado dolus bonus, que no tiene incidencia en el fenómeno jurídico, porque se reconocen ciertos hábitos comerciales que al exagerar las propiedades del producto, aunque aparece un engaño evidente, sin embargo, son de uso frecuente y tolerado y, en este sentido, el ejemplo más claro se advierte en la publicidad.* “Comentario al Artículo 1269 del Código Civil”, en *Contratos. Comentarios a los artículos 1254 a 1314 del Código Civil*, 1ª ed., vLex, Barcelona, 2009, VLEX-59898458) e igualmente la jurisprudencia (la SAP de Toledo de 5 de noviembre de 2008, JUR 2009\146067, establece que *la forma en que se hace el ofrecimiento de la venta del derecho de aprovechamiento no equivale a dolo en el sentido del Art. 1269, si acaso a lo que se considera tradicionalmente como dolus bonus, esto es, una exageración de las ventajas o beneficios de la prestación que sin ser inciertos tampoco suponen llegan al límite que se pretende hacer ver. Que ello es así resulta del Art. 1270 que exige que el dolo sea grave y este dolo no supone un vicio de consentimiento...por todo ello, la conclusión es que los demandantes no sufrieron una maquinación que les indujo a contratar que se haya probado como grave y motivadora de que los adquirentes contrataran realmente sin conocimiento de lo que era objeto de contratación o que no tuvieran posibilidades desplegando una mínima diligencia).*

lo anunciado sobre esta bebida, y, por tanto, no exigirá que dicho refresco posibilite volar. Relacionando este ejemplo con las declaraciones públicas que se realicen sobre un bien de consumo, deberá estimarse que el vendedor quedará obligado a cumplir por lo manifestado públicamente siempre que dichas afirmaciones sean razonablemente realizables.

d) Incorrecta instalación y/o uso.

El artículo 116 en su apartado 2, ha venido a recoger otro supuesto de falta de conformidad que viene a unirse a los cuatro previstos en su apartado 1: *La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del producto se equiparará a la falta de conformidad del producto cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa o suministro regulados en el artículo 115.1 y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o por el consumidor y usuario cuando la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación.*

(i) Incorrecta instalación.

Junto al supuesto previsto en el apartado 2 del artículo 116, a continuación se expondrá cómo resolver la situación que se da cuando la falta de conformidad ha sido producida por el consumidor atendiendo a las indicaciones dadas por el vendedor sobre cómo usar el bien de consumo.

(a) Jurisprudencia.

Cuando la instalación de un producto es realizada por el vendedor o por su encargo, la jurisprudencia parece liberar al consumidor de toda responsabilidad sobre los defectos que puedan derivarse de dicha instalación, aún cuando le

hubiera facilitado el vendedor documentación al consumidor en la que se informara las condiciones de instalaciones del producto; así la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de julio de 2011 (JUR 2011\405614), en un supuesto en que se advirtieron unos defectos en un producto instalado en el domicilio del consumidor, llega a considerar que la apreciación de dicha falta de conformidad no podía atribuirse al *comprador aún cuando tuviera las instrucciones del aparato, instrucciones de instalación...que, en todo caso, el actor no tenía ni por qué leer ya que la instalación corría a cargo del vendedor.*

(b) Toma de posición.

La SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25 de julio de 2011 realiza una interpretación lógica del apartado 2 del artículo 116. La falta de conformidad que derive de una incorrecta instalación se equiparará a la falta de conformidad del producto (siendo responsable de tal vicio el vendedor) cuando se dé cualquiera de las dos condiciones señaladas por tal precepto (las cuales no son cumulativas): i) que la instalación esté incluida en el contrato de compraventa o suministro regulados en el artículo 115.1 y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o ii) que la instalación haya sido realizada por el comprador y el error derive de las instrucciones de instalación. Así, cuando la falta de conformidad venga causada porque la instalación se realizó incorrectamente, estando incluida la misma en el contrato que formalizó el vendedor y habiendo sido realizada por el vendedor o bajo su

responsabilidad, será irrelevante el que las instrucciones de instalación presenten un error o carezcan del mismo.

(ii) Incorrecto uso.

Este supuesto de falta de conformidad recogido en el apartado 2 del artículo 116 prevé la situación en la que el consumidor, siguiendo las instrucciones facilitadas, realiza una incorrecta instalación del bien de consumo; sin embargo, nada se dice sobre la situación que se puede producir cuando el consumidor, atendiendo a las indicaciones dadas por el vendedor sobre el uso del producto, provoca su inutilidad u otro defecto⁴⁶⁴.

(a) Doctrina.

AVILÉS GARCÍA señala que dicha vicisitud no debe abordarse por el TRLGDCU, ya que *toda información errónea, incompleta o incomprensible que pueda darse por el vendedor profesional sobre el uso de los vehículos vendidos no debería afectar, en principio, al juicio de conformidad de la garantía legal tal y como aparece en el TRLGDCU; El concepto amplio de una “incorrecta instalación” del producto no debe en ningún caso desbordar el marco de lo que son por definición estrictas faltas de conformidad*⁴⁶⁵.

⁴⁶⁴ Debe referirse en relación con la falta de conformidad que pueda darse por el incorrecto uso del producto por parte del consumidor, que SÁNCHEZ LÓPEZ, C., con respecto al indebido uso del bien por éste y de los posibles daños que pueda sufrir, refiere que *es fácil hallar casos en los que se pueda apreciar una culpa de concurrente de la víctima como consecuencia de un uso inadecuado del producto*, añadiendo que *para que la culpa del consumidor produzca la interrupción del nexo causal es necesario que la información suministrada con relación al carácter del producto sea la adecuada*. “Sentencia de 22 de mayo de 2001. Responsabilidad del fabricante y distribuidor por daños causados al consumidor. Exoneración de los mismos y condena del suministrador. Producto defectuoso y defecto de información. Calificación de responsabilidades”, *op. cit.*, pg. 226.

⁴⁶⁵ *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.*

(b) Jurisprudencia.

La SAP de Burgos de 4 de junio de 2013 (JUR\2013\219530) ha declarado que las *"faltas de conformidad"* posteriores al momento de la entrega que se deban al uso indebido del bien por el consumidor (o a cualquier causa imputable a éste) no pueden afectar al vendedor, al ser ajeno a ellas, si bien esta sentencia no aborda cómo resolver el problema referente a los defectos derivados de las malas instrucciones de uso dadas por el vendedor.

(c) Toma de posición.

El TRLGDCU no ha regulado (ni la jurisprudencia ha analizado) cómo afrontar desde un punto de vista civil la situación que surge cuando se manifiestan defectos derivados de las malas instrucciones de uso dadas por el vendedor, si bien, desde un punto de vista administrativo, en su artículo 18.2, ha establecido la obligación de que todos los bienes puestos a disposición de los consumidores y usuarios deberán facilitar *instrucciones o indicaciones para su correcto uso o consumo, advertencias y riesgos previsibles*, deber cuyo incumplimiento conlleva la imposición de la correspondiente sanción pecuniaria de acuerdo con los artículos 49 y concordantes del TRLGDCU.

Yendo más allá de la postura manifestada por AVILÉS GARCÍA, se considera que el hecho de que no se hayan establecido previsiones en el TRLGDCU para resolver *"inter partes"* el problema de los vicios provocados por las malas instrucciones de uso dadas por el vendedor, no excluye que dicho problema venga resuelto por otra normativa. Tal y como se defiende en el presente

trabajo, el régimen particular determinado por el Título IV del TRLGDCU, resulta de aplicación preferente sobre el régimen del Código Civil, en todas aquellas materias previstas por ambas normas; sin embargo, en todas las parcelas no reguladas por tal Título IV, resultará de aplicación el Código Civil.

Basándose en dicha aplicación supletoria del Código Civil para todas las vicisitudes no previstas por el Título IV del TRLGDCU, las erróneas instrucciones de uso dadas por el vendedor que produzcan defectos en el bien por su incorrecta utilización por parte del consumidor provocarían que el vendedor debiera hacer frente a dichos defectos dada su responsabilidad contractual (artículos 1101, 1124 y concordantes del CC) con respecto al consumidor comprador.

B. Acumulabilidad de los criterios de conformidad.

Requiere el artículo 116.1 del TRLGDCU para que un bien sea conforme con el contrato que éste cumpla con *todos los requisitos* referenciados anteriormente *salvo que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable*.

Del contenido de dicho apartado 1 del artículo 116, se deduce que los criterios de conformidad enumerados en las letras a), b), c) y d), a los hay que añadir el criterio del apartado 2 sobre la instalación del bien, representan requisitos cumulativos cuya presencia se hace necesaria para entender que un bien de consumo es conforme. Un producto deberá reunir todas las condiciones referidas anteriormente, a menos que concurra la excepción prevista por el

inciso final del apartado 1, esto es, *que por las circunstancias del caso alguno de ellos no resulte aplicable*⁴⁶⁶.

a) Doctrina.

Hay quien afirma⁴⁶⁷ que resultan incompatibles los criterios de conformidad reseñados en las letras b) y c) del artículo 116 del TRLGDCU (aptitud para el uso ordinario al que se destina el producto y para el uso especial requerido por el consumidor, respectivamente).

b) Toma de posición.

En opinión de quien suscribe, el negar siempre y en cualquier caso la posibilidad de aplicar simultáneamente los criterios de conformidad reseñados en las letras b) y c) del artículo 116.1 del TRLGDCU resulta un tanto aventurado ya que deberá analizarse caso por caso si dichos criterios de conformidad son compatibles entre sí y con el resto de criterios; siguiendo el ejemplo planteado sobre un vehículo adquirido para un uso especial, como pudiera ser el transporte de materiales de construcción, no habría razón para excluir la posibilidad de exigir también que dicho automóvil respondiera al uso ordinario que se le da, entendiendo por uso ordinario el transporte de personas.

⁴⁶⁶ Sobre esta última excepción, señala AVILÉS GARCÍA, J., que *la circunstancia de que uno o varios de los criterios del art. 116 TRLGDCU no puedan ser utilizados en un caso determinado, por no darse los presupuestos necesarios para ello, no impedirá la utilización de los demás. Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.*

⁴⁶⁷ Para AVILÉS GARCÍA, J., *si el consumidor informa al empresario vendedor, por ejemplo, de que el vehículo adquirido va a ser destinado a un uso especial, específico o peculiar, y el vendedor admite su aptitud para tal uso (criterio del art. 116.1.c TRLGDCU) parece claro que no pueda acudir al criterio de los usos ordinarios de vehículos del mismo (criterio del art. 116.1.b TRLGDCU) ya que la aplicación del primer criterio hace inaplicable o cierra el segundo por aplicación del principio de autonomía de la voluntad. Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.*

C. Causas de exoneración.

El artículo 116.3 del TRLGDCU, señala que *no habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad que el consumidor y usuario conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato*. Se establecen así varias causas de exoneración de responsabilidad para el vendedor, entre ellas, aquella por la que se le exime de cualquier responsabilidad por los defectos que el consumidor no podía razonablemente desconocer cuando se celebró el contrato.

Las citadas causas de exoneración previstas en el artículo 116.3 del TRLGDCU, tienen su origen en el artículo 2.3 de la Directiva 1999/44/CE, que determina que *Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podía fundadamente ignorarlo, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor*. Las previsiones del artículo 2.3 de la Directiva fueron traspuestas al Derecho Español sin alterar sustancialmente su contenido a través del artículo 3.3 de la LGVBC⁴⁶⁸, precepto este último que presenta la misma redacción que la expuesta del artículo 116.3 del TRLGDCU.

El contenido de este artículo 116.3 guarda relación con las previsiones contenida en el artículo 1484 del CC, el cual forma parte del régimen del

⁴⁶⁸ Artículo 3.3.

No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad que el consumidor conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato o que tengan su origen en materiales suministrados por el consumidor.

saneamiento por vicios ocultos del Código Civil y señala que el vendedor de un bien *estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos.*

La doctrina ha desarrollado estas previsiones del artículo 1484 del CC señalando que entre los requisitos necesarios para ejercitar las acciones edilicias debe darse que el defecto sea oculto⁴⁶⁹, variando la consideración de un vicio como oculto atendiendo a los caracteres del comprador: cuando se pueda entender que quien adquiere es un perito sobre el bien que se compra y tiene especiales conocimientos sobre el mismo, no se considerarán ocultos los defectos que *se puedan apreciar fácilmente en la oportuna inspección del bien con motivo de la entrega*⁴⁷⁰; al contrario, cuando el comprador no presente especiales conocimientos sobre el bien que adquiere, *se requiere que el defecto no sea*

⁴⁶⁹ La doctrina cita como ejemplos de vicios ocultos los siguientes:

1. *Tratándose de productos alimenticios, el vicio será oculto si únicamente puede descubrirse mediante análisis químicos; tratándose de máquinas si el vicio aparece después de su puesta en funcionamiento, luego de haberse realizado los oportunos ensayos; tratándose de automóviles, si sólo aparece después de rodar varios cientos o miles de kilómetros.* GARCÍA CANTERO, F., “Comentario a los artículos 1484 a 1490 del Código Civil”, *op. cit.*, pg. 371.

2. *Un vicio de construcción en una casa, un defecto de calidad o solidez de un objeto mueble, la pérdida de la facultad de germinar tratándose de granos comprados para simiente.* BADENES GASSET, R., *op. cit.*, 692.

⁴⁷⁰ PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario al artículo 1484 del Código Civil”, pg. 1725.

*manifiesto o esté a la vista, de manera que pueda ser reconocido por cualquiera*⁴⁷¹ (sobre el nivel de diligencia que debe mostrar el comprador que no puede considerarse perito⁴⁷² se señala que *al comprador profano se le exige una mínima diligencia para comprobar que la cosa está exenta de defectos, no siendo el vicio calificado como oculto cuando sea manifiesto, esto es, cuando su no descubrimiento por parte del comprador sea constitutivo de un comportamiento negligente omisivo, constitutivo de culpa lata*⁴⁷³).

En el régimen del saneamiento por vicios ocultos del CC puede observarse cómo incide la condición de perito en la posición de comprador, de tal manera que se exonera al vendedor por los vicios que presentara el bien vendido si el comprador, por su especial cualificación profesional de perito, debía haber detectado dichos defectos y no los detectó⁴⁷⁴. Sin embargo, nada parecido se

⁴⁷¹ PEÑA LÓPEZ, F., “Comentario al artículo 1484 del Código Civil”, *op. cit.*, pg. 1725.

⁴⁷² Tomando como referencia los casos en que el vicio versa sobre si un inmueble incumple alguna norma urbanística y se analiza su calificación como deficiencia oculta para los compradores cuando éstos son consumidores y no tienen conocimientos técnicos para apreciar dicha infracción, PEÑA LÓPEZ, F., afirma que, en los litigios en los que surge esta cuestión, resulta necesaria la intervención de un arquitecto para que el *Juzgador pueda constatar que, efectivamente, existe la infracción urbanística alegada, que, por consiguiente, resulta absolutamente desconocida e incognoscible para una persona cuyas ocupaciones cotidianas nada tienen que ver con el mundo de la construcción, la arquitectura o el Derecho. ... Aplicando este baremo de «apariencia», es más que evidente que un defecto que sólo puede ser apreciado por un Arquitecto (no por un Juez o por un Notario) al que se le encomienda la realización de un informe, o por el Ingeniero Municipal (en su caso) encargado de velar por el cumplimiento de la normativa urbanística, es un defecto oculto e incognoscible para un particular lego en sus conocimientos técnicos y jurídicos. “La entrega de una vivienda o un local comercial con irregularidades urbanísticas: ¿incumplimiento del contrato de compraventa?”*, *op. cit.*, pg. 56.

⁴⁷³ DE VERDA Y BELMONTE, J. R., *Saneamiento por vicios ocultos: las acciones edilicias*, *op. cit.*, pg. 87.

⁴⁷⁴ En cualquier caso, debe manifestarse que el hecho de que un sujeto que tenga conocimientos técnicos sobre un producto por razón de su profesión o actividad laboral, aunque adquiera un producto relacionado con su actividad profesional (sobre el que, por tanto, tiene especiales conocimientos), no debe afectar a su consideración como consumidor y usuario; aunque el objeto adquirido guarde relación con los productos a los que se dedica el consumidor por razón de su actividad laboral o profesional, éste deberá considerarse consumidor dado que actúa *con*

prevé en el régimen de garantías de bienes de consumo; por ello, debe analizarse la situación que se daría de presentarse un defecto fácilmente detectable (y no detectado) en un bien de consumo adquirido por un consumidor con conocimientos técnicos sobre dicho bien. ¿Debería el vendedor responder por el defecto en el supuesto expuesto?, ¿qué nivel de diligencia debe observar el consumidor para que no opere dicha causa de exoneración de responsabilidad?

a) Doctrina.

MARTÍNEZ VELENCOSO, por no existir en el régimen de garantías de bienes del consumo un tratamiento diferenciado para el consumidor con conocimientos técnicos sobre el bien adquirido, considera que no cabe esperar una mayor diligencia en el consumidor con especiales conocimientos sobre el producto que adquiere con respecto al consumidor que no posee tales conocimientos⁴⁷⁵.

Diferente posición muestra FUENTESECA DEGENEFFE quien entiende que la causa de exoneración prevista por el art. 1484 del CC cuando el bien es adquirido por un perito igualmente debe aplicarse en caso de que un consumidor con conocimientos técnicos sobre el producto a comprar sea quien adquiere el bien dado que tanto el artículo 1484 del CC como el art. 116.3 del

un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión de acuerdo con el art. 3 del TRLGDCU. Así, por ejemplo, un mecánico de automóviles que adquiere un vehículo para su uso familiar, no perderá la condición de consumidor en dicha compra a pesar de su condición de mecánico con especiales conocimientos sobre el bien adquirido.

⁴⁷⁵ *Op. cit.*, pg. 100.

TRLGDCU prevén tal situación; por ello, afirma que se deberá exonerar al vendedor por la falta de conformidad que presente el bien de consumo vendido si el consumidor que compra, por su especial cualificación profesional de perito, debía haber detectado dichos defectos y no los detectó. Esta autora, para llegar a tal conclusión, razona, que la referencia realizada por el art. 1484 del CC (sobre la exoneración del vendedor por los defectos no manifiestos o a la vista que el comprador perito, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos) debe entenderse contenida en el artículo 2.3 de la Directiva 1999/44/CE⁴⁷⁶.

Partiendo de la consideración realizada por FUENTESECA DEGENEFEE de que el artículo 2.3 de la Directiva 1999/44/CE, en el sentido previsto por el artículo 1484 del CC, exonera al vendedor por los defectos no manifiestos o a la vista que el comprador perito, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos, dado que la Directiva 1999/44/CE, la LGVBC y el art. 116.3 del TRLGDCU presentan un contenido idéntico⁴⁷⁷ resulta razonable concluir que

⁴⁷⁶ FUENTESECA DEGENEFEE, C., manifiesta que *resulta destacable que nuestro Código Civil también alude a los vicios manifiestos en el artículo 1484 CC imponiendo idéntica consecuencia jurídica que la Directiva (113). Según el artículo 1484 CC: «no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos». La diferencia entre este pasaje del Código Civil y el artículo 2.3 de la Directiva relativo a los vicios manifiestos, radica en la mención literal del perito recogida en el artículo 1484 CC. La Directiva no utiliza esa expresión de «perito», pero creo que está contemplando este extremo cuando dice: «el consumidor tenía conocimiento de este defecto». La venta de bienes de consumo y su incidencia sobre la legislación española (Ley 23/2003, de 10 de julio), 1ª ed., La Ley, Madrid, 2007, LA LEY 20182/2009.*

⁴⁷⁷ Si se comparan los tres preceptos referidos puede observarse que dichos artículos contienen las mismas previsiones:
Artículo 2.3 de la Directiva 1999/44/CE.

este último precepto del TRLGDCU esté contemplando la exoneración del vendedor (al igual que el artículo 1484 del CC) por esos defectos no manifiestos o a la vista que el consumidor perito, por su profesión u oficio, podía sencillamente conocer.

b) Toma de posición.

Es procedente aplicar las previsiones del art. 1484 del CC referentes a la exoneración de responsabilidad del vendedor por los defectos no manifiestos o a la vista, que el comprador perito, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocer, también cuando la adquisición es realizada por un consumidor, dado que, junto a las razones aportadas por FUENTESECA DEGENEFFE, debe recordarse lo afirmado de que en caso de que se presenten lagunas en la aplicación del Título IV, debe acudir al régimen del saneamiento por vicios ocultos. Asimismo, se puede considerar que el aplicar las estipulaciones del artículo 1484 del CC a este supuesto no se contrapone a la “ratio legis” del Título IV (necesidad del consumidor de *una superior protección por su posición de debilidad en el contrato, posición que no es predicable respecto de un*

Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podía fundadamente ignorarlo, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor.

Artículo 3.3 de la LGVBC.

No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad que el consumidor conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato o que tengan su origen en materiales suministrados por el consumidor.

Artículo 116.3 del TRLGDCU.

No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad que el consumidor y usuario conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato o que tengan su origen en materiales suministrados por el consumidor y usuario.

*profesional o empresario*⁴⁷⁸) dado que, de exonerarse de responsabilidad al vendedor por defectos que el consumidor (que tiene conocimientos expertos sobre el producto que adquiere) debiera haber detectado, el consumidor (perito en relación con el bien que compra) no se encontraría en una situación de debilidad o desprotección frente al vendedor.

D. Concurrencia de culpas.

Existen diferentes supuestos en que el vendedor puede entenderse responsable de la falta de conformidad que un bien de consumo presente y en los que el comprador puede haber contribuido a la falta de conformidad. En este tipo de situaciones en que concurren las culpas de vendedor y comprador, surge la duda de cómo considerar estos supuestos, debiendo dilucidarse si se debe seguir considerando al vendedor como único y total responsable de la falta de conformidad dada.

a) Doctrina.

Esta concurrencia de culpas se da por ejemplo cuando, existiendo un defecto en el momento de la compraventa, aumenta su entidad por un mal cuidado o un indebido uso del consumidor. Recogiendo el artículo 116.3 del TRLGDCU la exención de responsabilidad del vendedor por las faltas de conformidad que tengan su origen en materiales suministrados por el consumidor y usuario, la doctrina plantea otro supuesto de concurrencia de culpas, el que ocurriría de darse una falta de conformidad en los materiales que

⁴⁷⁸ MOSCOSO TORRES, P. J., *op. cit.*, pg. 749.

han sido suministrados por un tercero de mutuo acuerdo entre vendedor y comprador⁴⁷⁹.

b) Toma de posición.

En el régimen general civil, cuando el perjudicado colabora con su actuar en la producción del evento dañoso se atenúa la responsabilidad del causante principal del daño, reduciendo su responsabilidad. En este sentido, la STS de 12 de diciembre de 2008 (RJ 2009\527) señala que *la concurrencia de culpas por parte de la víctima se interfiere en la relación de causalidad entre el acto del culpable y el resultado, introduciendo una nueva circunstancia no previsible para aquél, por lo que, dado el carácter eminentemente culpabilista de nuestro sistema punitivo no se puede atribuir al imprudente la totalidad de responsabilidad del evento ocasionado.*

Partiendo de la máxima de que el régimen del CC informa el del TRLGDCU (y en el mismo sentido que lo indicado por AVILÉS GARCÍA) deberá analizarse caso a caso para determinar si el comprador ha contribuido con su comportamiento al nacimiento de la falta de conformidad, de forma que, de haber colaborado el comprador a dicha falta de conformidad, existirá una concurrencia de culpas entre el vendedor y el consumidor, no siendo achacable al vendedor la total responsabilidad de la falta de conformidad.

⁴⁷⁹ AVILÉS GARCÍA, J., en este supuesto considera que *la exención de responsabilidad se condiciona al hecho de que la aportación (total o parcial) la realice el consumidor o, en su caso, un tercero por encargo de éste y que En cualquier caso habrá que examinar, caso por caso, aquellas situaciones en las que exista concurrencia de responsabilidades, en las que pudieran concurrir. Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.*

E. Entrega del bien.

La Ley 3/2014 ha modificado el TRLGDCU introduciendo el artículo 66 bis cuyo contenido afecta a la entrega de los bienes adquiridos mediante un contrato de venta:

1. Salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor y usuario, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato.

2. Si el empresario no cumple su obligación de entrega, el consumidor y usuario lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el empresario no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato.

Lo dispuesto en este apartado no será aplicable cuando el empresario haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor y usuario informe al empresario, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el empresario no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor y usuario, o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor y usuario tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato.

3. Cuando se haya resuelto el contrato, el empresario deberá proceder a reembolsar, sin ninguna demora indebida, todas las cantidades abonadas por el consumidor y

usuario en virtud del mismo. En caso de retraso injustificado en cuanto a la devolución de las cantidades, el consumidor y usuario podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios sufridos en lo que excedan de dicha cantidad.

4. Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento de los plazos a que se refiere este artículo.

La modificación introducida por la citada Ley 3/2014 ha supuesto la transposición casi idéntica del artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE⁴⁸⁰ a la normativa española (la única diferencia entre ambos preceptos estriba en las previsiones introducidas por el art. 66.bis.3 relativas al abono al consumidor del *doble de la suma adeudada*, singularidad que se señala permitida por la Directiva

⁴⁸⁰ Artículo 18.

1. Salvo acuerdo en contrario de las partes sobre el plazo de entrega, el comerciante entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días a partir de la celebración del contrato.

2. Si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato.

El primer párrafo no será aplicable a los contratos de venta cuando el comerciante haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor informe al comerciante, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor, o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato.

3. Cuando se haya resuelto el contrato, el comerciante deberá reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas en virtud del mismo.

4. Además de resolver el contrato con arreglo al apartado 2, el consumidor podrá recurrir a otras soluciones contempladas en la legislación nacional.

2011/83/UE al otorgar tal artículo 66 bis.3 mayor protección que la norma comunitaria⁴⁸¹).

a) Doctrina.

Debe comenzarse por referir que, con carácter previo a que la Ley 3/2014 introdujera el artículo 66 bis del TRLGDCU, se consideraba que la no entrega de un bien de consumo por el vendedor al consumidor y usuario adquirente, se identificaba como un incumplimiento contractual a resolver conforme a los artículos 1096, 1124, 1505 y concordantes del CC, no atendándose al régimen especial del Título IV (conforme a RODRÍGUEZ MARÍN⁴⁸²). Existía también quien⁴⁸³ defendía que la entrega del producto con alguna falta de conformidad pasada la fecha que se había establecido como esencial, al frustrar las expectativas del comprador, facultaba a este último para resolver dicho contrato, sin tener que exigir previamente la reparación o la sustitución del producto, tal y como establece el artículo 121 del TRLGDCU⁴⁸⁴.

⁴⁸¹ CARRASCO PERERA, A., "Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N° 9, 2014, pg. 34. <<https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/468/404>>, consultado a 29 julio, 2014.

⁴⁸² *Op. cit.*

⁴⁸³ MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al artículo 121 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *op. cit.*, pgs. 1527 y 1528.

⁴⁸⁴ También podría considerarse que al consumidor le asiste la facultad de resolver el contrato de compraventa de un producto que se entrega con una falta de conformidad, cuando la fecha de entrega no se hubiera establecido expresamente como esencial pero así resultara de la naturaleza del contrato.

Una vez introducido el artículo 66 bis por la Ley 3/2014, CARRASCO PERERA⁴⁸⁵ ha realizado diferentes apreciaciones sobre el citado precepto que afectan al régimen del Título IV:

i) Ha considerado que el artículo 66 bis del TRLGDCU viene a completar el régimen de la falta de conformidad recogido en el Título IV, *toda vez que se trata, como en la falta de conformidad, de un supuesto de incumplimiento obligacional por el vendedor y de una regulación singularizada de un tipo de remedio (resolución contractual) frente a dicho incumplimiento.*

ii) Ha defendido que, si entre las obligaciones del vendedor se incluye la instalación del bien de consumo en los términos del artículo 116.2 del TRLGDCU, el vendedor deberá en el plazo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato no solo entregar el bien en los términos del artículo 66 bis sino también proceder a la instalación del mismo.

iii) Interpreta que el artículo 66 bis.2 [al posibilitar al comprador acudir directamente a la resolución sin conceder un plazo suplementario al vendedor para la entrega cuando i) *el empresario haya rechazado entregar los bienes*, ii) *el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración* o iii) *cuando el consumidor y usuario informe al empresario, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada*)] ha plasmado el principio establecido por la

⁴⁸⁵ *Op. cit.*

jurisprudencia⁴⁸⁶ que niega que la demora en la entrega del bien adquirido faculta siempre y en cualquier caso al comprador para resolver el contrato, sino exclusivamente cuando el plazo de entrega se estableció con carácter esencial⁴⁸⁷.

iv) En relación a la innecesariedad de conceder el citado plazo adicional de entrega cuando éste sea esencial para el comprador, ha referido que *No hace falta que se haya incluido en el mismo una declaración expresa de esencialidad, ni tampoco la simple inclusión de esta mención hace sin más esencial un plazo.*

⁴⁸⁶ Se debe partir de que el artículo 1124 del CC faculta al comprador a resolver el contrato de compraventa, siempre que éste haya cumplido con lo que le incumbe (el pago), pudiendo exigir en este caso igualmente el resarcimiento de daños y perjuicios que le hayan sido causados, habiendo establecido la jurisprudencia que el mero retraso en la entrega del bien por parte del vendedor no ampara al comprador para resolver el contrato de compraventa, a no ser que dicho plazo de entrega tenga el carácter de esencial (así lo señala la STS de 22 de marzo de 1985 -RJ 1985\1196- o de 7 de julio de 1989 -RJ 1989\5404- cuando establece que *lo meramente accesorio no genera resolución, como tampoco el mero retraso, a menos que el plazo fijado tenga carácter esencial*). Cuando se entregue el bien objeto de compraventa una vez transcurrido el plazo de entrega considerado esencial cabrá la resolución por parte del comprador ya que se entiende que se han frustrado sus expectativas y la entrega tardía no satisface las necesidades del comprador. La esencialidad del plazo en el cual entregar un bien objeto de compraventa podrá determinarse expresamente, acordándose en el contrato que el momento de entrega es esencial, o podrá derivarse de la naturaleza del contrato. Para entender el concepto de plazo esencial no expresamente convenido basta con aludir al típico ejemplo del traje de novia planteado por el Considerando 52 de la Directiva 2011/83/UE (*Tampoco debe aplicarse en determinadas circunstancias en las que el plazo de entrega sea esencial como, por ejemplo, en el caso de un vestido de novia que ha de entregarse antes de la boda*): un sastre habrá de tener listo el traje de novia antes del día de la boda aunque no se haya establecido expresamente dicho día como plazo de entrega esencial; una vez transcurrido el día de la boda, la novia no necesitará el vestido, habiéndose frustrado sus necesidades, no interesándole ya el traje; en este caso, es evidente que podría ejercitar la resolución del contrato.

⁴⁸⁷ Se ha indicado igualmente que el artículo 18.2.II de la Directiva 2011/83/UE, cuya transposición dio lugar al referido artículo 66 bis.2, representa una manifestación de los principios generales del Derecho de Contratos plasmados en los textos internacionales como la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías y los Principios sobre los contratos comerciales internacionales por el Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado (UNIDROIT). GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., "Incidencia en el derecho contractual de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 1, 2014, pg. 20. <<https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/download/26/27>>, consultado a 29 julio, 2014.

b) Toma de posición.

Nos mostramos de acuerdo con la posición expuesta por CARRASCO PERERA, especialmente con su afirmación de que las previsiones del art. 66 bis del TRLGDCU han complementado el régimen de la falta de conformidad. Habiéndose determinado que *la conformidad del bien con el contrato no es otra cosa que la adecuación, correspondencia o identidad entre el objeto y las características pactadas y lo efectivamente entregado al consumidor*⁴⁸⁸, parece que los problemas que puedan darse sobre la entrega del bien de consumo (falta de entrega, retraso en la misma, etc.), no conforman una falta de conformidad, sino un incumplimiento de naturaleza diferente.

Asimismo, es adecuado compartir los razonamientos realizados por este mismo autor en los que manifiesta que el artículo 66 bis.II, al permitir al consumidor resolver el contrato directamente (sin conceder ningún plazo adicional) cuando el vendedor ha rechazado entregar el bien o el plazo de entrega es esencial (por deducirse de las circunstancias o así haberlo manifestado el comprador), *consagra normativamente un principio largamente sostenido por la jurisprudencia civil común, dentro y fuera del Derecho de consumidores*; tales previsiones del art. 66 bis.II plasman la doctrina jurisprudencial que desarrolla el artículo 1124 del CC anteriormente expuesta que establece que el retraso en el plazo de entrega que tiene carácter esencial,

⁴⁸⁸ CASTILLA BAREA, M., "La determinación de la "falta de conformidad" del bien con el contrato a tenor del art. 3.1 del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo (I Parte)", *op. cit.*

conlleva el que se frustren las expectativas del comprador, amparándolo para resolver el contrato de compraventa.

Por último, se debe referir el supuesto planteado sobre la posibilidad de acudir directamente a la resolución del contrato ante la entrega del producto con alguna falta de conformidad cuando la entrega se realizó transcurrida la fecha que se estableció como esencial; tal y como se ha defendido, el incumplimiento consistente en el retraso en la entrega del bien de consumo cuando el plazo de entrega tiene el carácter de esencial, presenta una naturaleza distinta a la falta de conformidad, situación que posibilita que el comprador que se ha visto afectado pueda solicitar la resolución del contrato sin tener que exigir previamente la reparación o la sustitución del producto.

F. Transmisión del riesgo.

El artículo 66 ter del TRLGDCU, precepto introducido por la Ley 3/2014, regula la transmisión del riesgo en la compraventa de consumo, cuestión que afecta al régimen del Título IV: *Cuando el empresario envíe al consumidor y usuario los bienes comprados, el riesgo de pérdida o deterioro de éstos se transmitirá al consumidor y usuario cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido su posesión material. No obstante, en caso de que sea el consumidor y usuario el que encargue el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el empresario, el riesgo se transmitirá al consumidor y usuario con la entrega de los bienes al transportista, sin perjuicio de sus derechos frente a éste.*

Para una correcta exposición del presente apartado se entiende apropiado recordar brevemente cómo se regula en el Código Civil (artículos 1452, 1096, 1182 y concordantes del CC⁴⁸⁹) la atribución de los riesgos en la compraventa⁴⁹⁰:

i) En la compraventa de cosa específica y determinada, el riesgo correrá a cargo del comprador desde el momento de la perfección del contrato; si la cosa se pierde por caso fortuito, el comprador vendrá obligado a satisfacer el precio pero el vendedor quedará liberado de entregar el bien; si el bien objeto de la compraventa sufre un deterioro, el vendedor sólo estará obligado a entregar la cosa en el estado en que se encuentre, sin que pueda el comprador rebajar el precio (debe satisfacer el precio completo); en caso de que el bien experimente un incremento, éste se le atribuye al comprador.

⁴⁸⁹ Artículo 1452.

El daño o provecho de la cosa vendida, después de perfeccionado el contrato, se regulará por lo dispuesto en los artículos 1.096 y 1.182.

Esta regla se aplicará a la venta de cosas fungibles hecha aisladamente y por un sólo precio, o sin consideración a su peso, número o medida.

Si las cosas fungibles se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida, no se imputará el riesgo al comprador hasta que se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste se haya constituido en mora.

Artículo 1096.

Cuando lo que deba entregarse sea una cosa determinada, el acreedor, independientemente del derecho que le otorga el artículo 1.101, puede compeler al deudor a que realice la entrega.

Si la cosa fuere indeterminada o genérica, podrá pedir que se cumpla la obligación a expensas del deudor.

Si el obligado se constituye en mora, o se halla comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas, serán de su cuenta los casos fortuitos hasta que se realice la entrega.

Artículo 1182.

Quedará extinguida la obligación que consista en entregar una cosa determinada cuando ésta se perdiere o destruyere sin culpa del deudor y antes de haberse éste constituido en mora.

⁴⁹⁰ Se ha atendido a la exposición realizada por: GARCÍA CANTERO, G., "Comentario al artículo 1452 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pgs. 88 y 89. BADENAS CARPIO, M., "Comentario al artículo 1452 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XIXVI, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pgs. 1676 y 1677.

ii) En la compraventa de cosa genérica rige el principio “genus nunquam perit”, cuya traducción (el género nunca perece) revela que el vendedor viene obligado a entregar la cosa genérica porque nunca se extingue por su pérdida o destrucción, dado que la cosa podrá ser sustituida por otra del mismo género. Las cosas genéricas en el momento en *que se hayan pesado, contado o medido* (en el sentido del artículo 1452.III del CC) se transformarán en específicas; a partir de dicho momento, el riesgo será soportado por el comprador (en cualquier caso, la constitución en mora del comprador conlleva el que éste asuma el riesgo desde dicho momento)⁴⁹¹.

⁴⁹¹ En este sentido cabe mencionar el análisis efectuado por ATAZ LÓPEZ, J., de este precepto. Este autor ha estudiado el artículo 1452.III del CC destacando que la atribución del riesgo al comprador a partir de la especificación resulta exclusivamente aplicable al supuesto al que este precepto se refiere específicamente (las cosas fungibles que *se vendieren por un precio fijado con relación al peso, número o medida*), esto es, a la venta “ad mensuram” o venta de cosas que han de separarse de una masa; entiende que por analogía se ha llevado a defender que en cualquier tipo de venta de cosa genérica los riesgos los soporta el comprador a partir del momento de la determinación, cuando dicha regla se estipuló para un supuesto concreto, el de la compraventa “ad mensuram”.

Esta autor considera razonable la posición adoptada que amplía el ámbito de aplicación de las previsiones del art. 1452.III del CC a la compraventa de cosa genérica *puesto que el motivo de que no se desplacen los riesgos al comprador en estas ventas está en que el objeto no está enteramente determinado en una cosa concreta*.

A pesar de ello, ATAZ LÓPEZ, J., a partir de la excepción final que realiza este precepto (*a no ser que éste se haya constituido en mora*), concluye que las previsiones del art. 1452.III del CC no pueden aplicarse a la compraventa de cosa genérica dado que este artículo tiene como supuesto específico y único el de la compraventa “ad mensuram”. La salvedad final del art. 1452.III del CC establece que el comprador, cuando haya sido constituido en mora y el objeto de la compraventa sea una cosa que deba separarse de una masa, debe soportar los riesgos del contrato desde el momento en que haya incurrido en mora. Esta excepción considera que solo es aplicable a la compraventa “ad mensuram” y no a otros supuestos de compraventa de cosa genérica: *esta regla solo tiene sentido si se trata de la venta de una cosa que hay que separar de una masa (es decir: una obligación de género limitado), caso en el que es posible que se pierda toda la masa. En cualquier otro supuesto de venta genérica, el principio genus nunquam perit haría imposible que el vendedor pudiera liberarse de la obligación de entrega como consecuencia de la mora del comprador*. ATAZ LÓPEZ, J., “Comentario al artículo 1452 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), tomo VII, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pgs. 10245 y 10246.

a) Doctrina.

Se han expuesto diferentes planteamientos sobre las previsiones del artículo 66 ter que guardan relación con el régimen de la falta de conformidad en los bienes de consumo del Título IV⁴⁹²:

i) Se indica que este artículo 66 ter completa las previsiones del Título IV dado que el artículo 114 del TRLGDCU (el cual establece la necesidad de que un bien sea conforme con el contrato) no regulaba la atribución de riesgos de la entrega (en este sentido se alude al Considerando 14 de la Directiva 1999/44/CE para afirmar que tal artículo 114 no contiene una norma de atribución de riesgos⁴⁹³).

ii) Se manifiesta que, al igual que la norma general que rige la atribución de los riesgos en la compraventa (el artículo 1452 del CC) resulta compatible con el régimen de los vicios ocultos (artículo 1484 del CC), el artículo 114 del TRLGDCU que establece el régimen de la falta de conformidad es compatible con las previsiones recogidas por el artículo 66 ter del TRLGDCU.

A pesar de entenderse lógica la postura adoptada por ATAZ LÓPEZ, J., la doctrina mayoritaria ha optado por entender que en toda compraventa de cosa genérica cabe atribuir el riesgo al comprador a partir de la especificación. ALBALADEJO GARCÍA, M., *op. cit.*, pg. 50. BLASCO GASCÓ, F., "La especificación", en *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, 3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, TOL10.693. O CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, tomo II, Vol. 1º, 3ª ed., Madrid, Edersa, 2004, VLEX-215453. En este sentido, la jurisprudencia también ha adoptado tal posición; así, por ejemplo, la SAP de las Islas Baleares de 28 de diciembre de 2012 (LA LEY 223311/2012) ha reconocido *la importancia de establecer el momento de la perfección del contrato, porque si el perecimiento (de la cosa) ocurriese después de su conclusión, las consecuencias serían muy diversas, al ser a cargo del cobrador la pérdida fortuita de la cosa específica o de la genérica ya individualizada, una vez puestas a disposición del comprador (art. 1.452, en relación con 1.036 y 1.182).*

⁴⁹² CARRASCO PERERA, A., *op. cit.*

⁴⁹³ El Considerando 14 de la Directiva 1999/44/CE, la cual fue traspuesta a la normativa española a través de la LGVBC (norma cuyas previsiones posteriormente recogió el Título IV del TRLGDCU), manifestaba lo siguiente: *Considerando que las referencias a la fecha de entrega no suponen que los Estados miembros deban modificar sus normas sobre transferencia de riesgos.*

iii) Se plantea el supuesto en el que se pretende entregar una cosa determinada por su género, cuestionándose si el comprador podría rechazarla o solicitar su sustitución en aplicación del artículo 119 del TRLGDCU, precepto que se aplicaría por *analogía*, dado que el problema del riesgo presenta una naturaleza diferente a la falta de conformidad del Título IV, defendiéndose que cabría solicitar la sustitución de la cosa genérica, planteándose más dudas sobre si el comprador podría solicitar la reparación del bien dañado. Si la compraventa tuviera por objeto un bien específico y determinado, se señala que el comprador exclusivamente podría rechazar el producto y resolver el contrato, no pudiendo solicitar la sustitución del bien (por no ser existir otras iguales en su género) ni exigir la reparación del defecto. Ante la pregunta de si podría el comprador reclamar por el citado defecto una rebaja en el precio, ya fuera el bien objeto de la compraventa una cosa genérica o determinada, se refiere que *En las contingencias de riesgo que produzcan un deterioro de la cosa, además del resto de los remedios que le correspondan, el comprador siempre podrá exigir una rebaja de precio en términos equivalentes a los del art. 122 LGDCU.*

b) Toma de posición.

Se comparte la idea de que las previsiones del artículo 66 ter del TRLGDCU (que regulan el traspaso del riesgo en la entrega del bien del vendedor al comprador) complementan el régimen del Título IV, que regula la falta de conformidad; mientras que el artículo 66 ter determina quién asume los riesgos por la destrucción, deterioro o daños que pueda sufrir el bien de consumo

adquirido en el lapso temporal entre la perfección del contrato de compraventa y la entrega del bien, el Título IV regula una problemática diferente, *la necesidad de correspondencia o adecuación entre lo estipulado por las partes en el contrato y las prestaciones efectivamente llevadas a cabo por cada uno de ellos*⁴⁹⁴.

Como consecuencia lógica de afirmar que el artículo 66 ter y el Título IV de la falta de conformidad se complementan, debe indicarse que tales regímenes son compatibles: el hecho de que un bien de consumo se haya deteriorado en su transporte (debiendo aplicarse las previsiones del artículo 66 ter) no es óbice para que tal producto presente una falta de conformidad que no guarde relación con el deterioro sufrido en el transporte (falta de conformidad que dará lugar a la aplicación del Título IV).

En cualquier caso, para quien suscribe, debe rechazarse la posibilidad de aplicar los remedios del Título IV cuando se entregue una mercancía que se haya deteriorado en su transporte. Tal y como se ha señalado, el artículo 66 ter y el Título IV regulan supuestos diferentes, habiéndose establecido para cada situación unos remedios diversos. No cabe aplicar por analogía las formas de saneamiento del Título IV a este problema dado en la aplicación del artículo 66 ter del TRLGDCU a causa de la entrega del bien objeto de compraventa que ha sido dañado: el artículo 4.1 del CC establece que *procederá la aplicación analógica de las normas cuando éstas no contemplen un supuesto específico, pero regulen otro*

⁴⁹⁴ TORRELLES TORREA, E., "El leve acercamiento de la ley de garantías de los bienes de consumo a la non-performance", *op. cit.*, pg. 812.

semejante entre los que se aprecie identidad de razón, habiendo establecido la jurisprudencia las circunstancias que deben darse para que una norma pueda aplicarse analógicamente⁴⁹⁵. Aplicando dicha jurisprudencia a la presente cuestión, considero preferible no aplicar analógicamente las previsiones del Título IV (reguladas para la falta de conformidad) al problema planteado por la falta de regulación del artículo 66 ter del TRLGDCU sobre la entrega de la mercancía deteriorada en su transporte; no se aprecia entre ambos supuestos identidad de razón, requisito que debe darse para aplicar analógicamente una norma: el problema consistente en el deterioro en la entrega se relaciona con la atribución de riesgos mientras que la falta de conformidad se vincula a la exacta correspondencia, adecuación o identidad entre la prestación prevista en el programa contractual y la efectivamente ejecutada por el deudor-vendedor⁴⁹⁶.

Por último, debe destacarse que el hecho de que se transmita el riesgo de la pérdida o el deterioro del bien de consumo al consumidor en el caso de que un transportista contratado por él o distinto a los propuestos por el comerciante realice el transporte del bien, no conlleva que dicho bien se deba entender entregado al comprador cuando dicho transportista recoge el bien en cuestión, debiendo negarse igualmente que el comprador haya tomado posesión del bien

⁴⁹⁵ La STS de 11 de mayo de 1995 (Id Cendoj: 28079110011995103139) enumera los requisitos que deben concurrir para aplicar analógicamente una norma: a) *Que la norma no contemple un supuesto específico, pero sí otro semejante*; b) *que entre ambos se aprecie identidad de razón*; y c) *que no se trate de leyes penales, ni sancionadoras con pérdida de derechos*. En el mismo sentido se pronuncian las SSTs de 10 de mayo de 1996 (Id Cendoj: 28079110011996102175) y de 11 de junio de 1995 (Id Cendoj: 28079110011995101701).

⁴⁹⁶ CASTILLA BAREA, M., *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, 1ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, VLEX-292290.

en dicho momento; tal y como señala GONZÁLEZ CARRASCO⁴⁹⁷ *debe considerarse que el consumidor tiene el control de los bienes cuando un tercero indicado por el consumidor tiene acceso a ellos para utilizarlos como propietario, o posee la capacidad de revenderlos (por ejemplo, cuando ha recibido las llaves o está en posesión de los documentos de propiedad, Considerando 51*⁴⁹⁸).

6. FORMAS DE SANEAMIENTO.

Hasta el momento se ha analizado una serie de cuestiones para determinar cuándo un bien de consumo se puede considerar no conforme con el contrato por el que fue adquirido; sin embargo, no se ha abordado qué remedios se pueden aplicar cuando dicha situación concurre.

Esta cuestión viene regulada en el Capítulo II del Título IV, denominado *Responsabilidad del Vendedor y Derechos del Consumidor y Usuario*. El artículo 118, precepto con el que comienza dicho Capítulo, establece que *el consumidor y*

⁴⁹⁷ Esta autora defiende esta postura al interpretar el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE, precepto cuyo contenido ha sido trasladado sin modificaciones a la legislación nacional dando lugar al referido artículo 66 ter; por ello, sus manifestaciones sobre el artículo 20 de la referida Directiva 2011/83/UE pueden aplicarse al citado artículo 66 ter. *Op. cit.*, pg. 20.

⁴⁹⁸ Considerando 51.

Las principales dificultades que encuentran los consumidores y una de las principales fuentes de litigios con los comerciantes guardan relación con la entrega de bienes, en particular con la pérdida o deterioro de los bienes durante el transporte y las entregas tardías o incompletas. Por tanto, es preciso aclarar y armonizar las normas nacionales sobre cuándo debe producirse la entrega. El lugar y las modalidades de entrega así como las normas relativas a la determinación de las condiciones para la transmisión de la propiedad de los bienes y el momento en que dicha transmisión se produce deben seguir sometidos a la legislación nacional y, por consiguiente, no deben verse afectados por la presente Directiva. Las normas en materia de entrega establecidas en la presente Directiva deben contemplar la posibilidad de que el consumidor permita que un tercero adquiera en su nombre la posesión material o el control de los bienes. Debe considerarse que el consumidor tiene el control de los bienes cuando él o un tercero indicado por el consumidor tiene acceso a ellos para utilizarlos como propietario, o posee la capacidad de revenderlos (por ejemplo, cuando ha recibido las llaves o está en posesión de los documentos de propiedad).

usuario tiene derecho a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato, de acuerdo con lo previsto en este título.

En los artículos 119 y siguientes, se establecen las condiciones de aplicación de dichos remedios (reparación, sustitución, rebaja y resolución): *si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada (artículo 118); la rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario (artículo 121).*

Se van a pasar a estudiar determinadas cuestiones cuyo análisis resulta necesario para una completa comprensión del régimen de remedios contemplado por el Título IV.

A. Jerarquización de las formas de saneamiento y congruencia.

El Título IV, ante una falta de conformidad, establece dos remedios primarios, la reparación y la sustitución, por los que el consumidor puede optar en plano de igualdad (queda al arbitrio del consumidor qué remedio escoger, la reparación o la sustitución). En caso de que la reparación o la sustitución no se pudiera exigir, cuando el remedio elegido no se hubiera llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario, o no

hubiera corregido el defecto manifestado, podría el consumidor recurrir a los remedios secundarios, esto es, la rebaja del precio y a la resolución del contrato.

Debe partirse de tres premisas para considerar los remedios planteados por el Título IV:

i) Para que pueda determinarse la procedencia de una forma de saneamiento u otra, el consumidor habrá de comunicar al vendedor claramente cuál es el remedio por el que se ha optado. Tal y como manifiesta la SAP de Orense de 17 de enero de 2012 (JUR 2012\41713)⁴⁹⁹ nada cabe exigir al vendedor, si el *actor* (consumidor) *no llegó a ejercitar la opción entre la reparación y sustitución a que alude el artículo 119 del Real Decreto Legislativo 1/2007, ni a indicar la razón por la que considera improcedente cualquiera de aquellas soluciones y adecuada la resolución*; en parecido sentido resuelve la SAP de Segovia de 18 de julio de 2011 (JUR 2011\330701)⁵⁰⁰.

ii) Una vez efectuada la elección de una de las formas de saneamiento, no cabe modificar dicha opción. Debe partirse de lo establecido por la SAP de Asturias de 15 de marzo de 2012 (JUR 2012\138298), pronunciamiento el cual señala que *cuando dicho consumidor o usuario la ejercite y la comunique al vendedor,*

⁴⁹⁹ En este supuesto, con anterioridad a la presentación de la demanda por el consumidor, tan sólo se envió por el consumidor una *carta que remite a la demandada con fecha 11 de junio de 2009 se limita a indicar que el producto es inservible y a la concesión de un plazo de 10 días para contestar pero nada se dice sobre la solución pretendida.*

⁵⁰⁰ Esta sentencia entiende que en el supuesto por resuelve el consumidor se limitó a comunicar al vendedor los desperfectos existentes en los productos adquiridos (sin solicitar ninguna forma de saneamiento en particular); siendo propuesto por el vendedor el reparar los defectos, la citada resolución señala que *no admitido* (por la parte consumidora)...*que se procediera a la reparación de los vicios detectados ni siquiera en los concretos muebles donde resultaban nimios, no está legitimada para instar la resolución contractual.*

ambas partes deberán atenerse a la misma, hasta el extremo de que la Sentencia de la AP de Tarragona de 16 de julio de 2009 veda la posibilidad de variarla posteriormente. En este mismo sentido resuelve la SAP de Castellón de 10 de enero de 2014 (JUR 2014\103768)⁵⁰¹ y la SAP de Córdoba de 18 de octubre de 2013 (JUR 2013\375227)⁵⁰².

iii) De acuerdo con lo expuesto, el consumidor se encuentra amparado para solicitar, como remedios primarios, la reparación o la sustitución del bien defectuoso y, como remedios secundarios, la resolución o la rebaja, junto al resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados en cualquier caso⁵⁰³; para lo

⁵⁰¹ La Audiencia Provincial consideró adecuada la decisión adoptada en primera instancia por la que se desestima la demanda instada por el comprador dado que *La petición resolutoria principal porque el comprador optó en su día por la reparación, entre las varias alternativas contempladas en el artículo 5 de la Ley de aplicación. Y la subsidiaria de condena al pago de 14.000 euros por la falta de fundamento en la acreditación de esta cuantificación.*

Partiendo de que la resolución del contrato es una opción subsidiaria o en defecto de la reparación o sustitución del bien de consumo que constituya el objeto de la venta, que solamente procede cuando la falta de conformidad ostente una entidad importante, refiere la sentencia que el comprador optó por la reparación y mantuvo esta opción hasta la interposición de la demanda el día 23 de diciembre de 2010, pues incluso en el escrito presentado ante la Oficina Municipal de Información al Consumidor (folios 17 y ss) pedía la sustitución del vehículo y la devolución del dinero en el orden que acaba de exponerse, por lo que no era la resolutoria la opción preferente, lo que lleva a concluir que optó el comprador por la reparación de los defectos y la misma se ha llevado a cabo, por lo que no puede posteriormente pretender la resolución del contrato.

⁵⁰² Esta sentencia expresamente refiere que *Se ha de tener en cuenta que una vez que el consumidor comunica al vendedor la opción elegida no se le permite el cambio de criterio.*

⁵⁰³ La SAP de La Rioja de 6 de marzo de 2014 (JUR 2014\91731) consideró conforme a Derecho la acumulación de la acción por la que se requiere la reparación del bien defectuoso y la solicitud de indemnización de daños y perjuicios.

Esta resolución estimó la pretensión principal ejercitada por el consumidor por la que, ante una avería sufrida en el vehículo adquirido, solicitó la condena del vendedor a realizar las reparaciones necesarias para que dicho vehículo fuera susceptible de un óptimo funcionamiento, debiendo, asimismo, abonar una determinada cantidad correspondiente a la cuantía que había debido abonar el consumidor para intentar la puesta en marcha del vehículo y averiguar el alcance real de la avería, entendiéndose válida tal acumulación de acciones: *El demandante cuenta con base legal en su petición puesto que pues los mecanismos de resarcimiento son los interesados así (puesto que con carácter principal se interesaba y así fue admitido en la sentencia recurrida) la reparación del bien y si bien la Ley no contempla expresamente la indemnización de daños y perjuicios que la falta de conformidad haya podido generar, sí que se refiere a ella el pfo. 2º del art. 117, al*

que el consumidor no se encuentra habilitado por el Título IV es para solicitar acumuladamente las formas de saneamiento señaladas dado que estos cuatro remedios son alternativos⁵⁰⁴. En este sentido, la SAP de Barcelona de 6 de mayo de 2014 (JUR 2014\178072) rechaza la pretensión realizada por el consumidor comprador *relativa al cumplimiento del contrato mediante las reparaciones necesarias y la consiguiente reducción del precio con indemnización de daños y perjuicios a cuantificar en ejecución de sentencia, ya que la pretensión conjunta relativa a la reparación y reducción del precio no encuentra apoyo legal.*

iv) El comprador consumidor podrá solicitar la indemnización de daños por los perjuicios causados por un bien de consumo al vendedor de tal bien aún cuando no ejercite acción solicitando la reparación, la sustitución, la rebaja del precio o la resolución contractual (SAP de Madrid de 30 de septiembre de 2013 - JUR 2014\3559⁵⁰⁵-).

señalar que "en todo caso, el comprador tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad" (es decir arts. 1101 y 1124 CC). Por lo tanto su petición de reparación -dado que el vehículo no reúne las condiciones y debe serlo en debida forma- e indemnización de los perjuicios causados -por los gastos asumidos por el demandante para la reparación- encuentran acomodo legal.

La SAP de Cádiz de 19 de junio de 2013 (JUR 2013\258201) resolvió conceder la solicitud de indemnización por daños y perjuicios requerida aún cuando se desestimó la solicitud de reparación y sustitución del bien no conforme.

⁵⁰⁴ MARÍN LÓPEZ, M. J., señala que *no cabe obtener al mismo tiempo reparación y sustitución, reparación y rebaja del precio, o sustitución y resolución del contrato. "Comentario al artículo 118 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", op. cit., pg. 1485.*

⁵⁰⁵ En esta resolución la Audiencia Provincial confirma la sentencia alcanzada en primera instancia en la que se condena a la sociedad vendedora de un vehículo a satisfacer al consumidor demandante la cantidad de 7.822,03 €, cuantía que se solicitó como indemnización a satisfacer con base en los art. 1124 y 1101 del CC y que representa el importe al que ascienden las averías presentadas por el vehículo: *No habiéndose exigido la reparación, ni la sustitución, como tampoco la rebaja del precio ni la resolución contractual, es llano que no se ha accionado principalmente con asidero en el artículo 119 del Real Decreto Legislativo 1/2007, como tampoco lo ha hecho*

a) Jurisprudencia.

En relación con la jerarquización de remedios prevista por el Título IV y la imposibilidad de acudir directamente a los remedios secundarios, se van a exponer una serie de supuestos que han sido resueltos por la jurisprudencia, los cuales deberán analizarse teniendo siempre en cuenta el principio de congruencia de las sentencias que establece el artículo 218 de la LEC, cuando señala que el *tribunal, sin apartarse de la causa de pedir acudiendo a fundamentos de hecho o de Derecho distintos de los que las partes hayan querido hacer valer, resolverá conforme a las normas aplicables al caso*; una demanda siempre se concluye realizando una petición, no pudiendo el tribunal resolver concediendo un “petitum” distinto del solicitado, esto es, algo que el demandante no ha requerido⁵⁰⁶.

subsidiariamente, sino, antes al contrario, con apoyo en el artículo 1124 del CC en relación con el art. 1101 del mismo Código, puesto que, aun cuando se mencionan también los artículos 1485 y 1486 del CC, no se ha petitionado el desistimiento del contrato ni la rebaja proporcional del precio sino la indemnización, por lo que tampoco se ejercitó de forma defectiva la acción del artículo 1486 del CC.

⁵⁰⁶ En este sentido cabe referir la SAP de Barcelona de 2 de abril de 2014 (JUR\2014\190331), la cual conoció sobre una demanda en la que el consumidor no solicitó expresamente la resolución del contrato en el suplico de su demanda, tal y como correspondería de acuerdo con el principio de rogación (artículo 217 de la LEC- *Los tribunales civiles decidirán los asuntos en virtud de las aportaciones de hechos, pruebas y pretensiones de las partes, excepto cuando la ley disponga otra cosa en casos especiales-*) y el de congruencia anteriormente expuesto.

Esta sentencia, si bien desestimó la demanda interpuesta, consideró solicitada correctamente tal resolución del contrato a pesar de no estar expresamente solicitada en el suplico, dado que del resto de la demanda de manera inequívoca se deducía que la pretensión principal requería la resolución del contrato: *como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 28 de febrero de 2012, “respecto de la cuestión suscitada acerca de la falta de solicitud expresa en el “suplico” de la demanda de una declaración sobre la resolución del contrato, esta Sala se ha referido en varias ocasiones a las llamadas peticiones implícitas (sentencias, entre otras núm. 777/2010, de 9 diciembre y núm. 82/2010, de 8 marzo) partiendo de que se ha de evitar una interpretación formalista de las exigencias derivadas del principio de congruencia...En este sentido, si la parte demandante ha interesado una declaración sobre las consecuencias de la resolución contractual, es claro que está partiendo de ésta y solicitándola implícitamente, ”, con lo que, aplicando la doctrina jurisprudencial dicha al caso de autos, hay que entender que la parte demandante, al pretender que la parte demandada sea condenada al pago de la*

i) En ocasiones el consumidor y usuario, ante una falta de conformidad, reclama directamente la resolución del contrato o la rebaja en el precio, sin acudir previamente a la reparación o la sustitución; la jurisprudencia, en este supuesto, en algunos casos ha desestimado la demanda por la que el consumidor ante un defecto del bien de consumo, solicita directamente la resolución (la SAP de Sevilla de 5 diciembre de 2006, JUR 2007\180986⁵⁰⁷), si bien existen pronunciamientos que resuelven en el sentido contrario (la SAP de Zaragoza de 30 de abril de 2012, JUR 2012\182311⁵⁰⁸).

ii) En otros supuestos, el juez no ha concedido la sustitución o reparación del producto defectuoso cuando el consumidor había solicitado la resolución

cantidad que reclama, está ejercitando, implícitamente, la acción resolutoria que en el hecho octavo de la demanda adujo que era la que ejercitaba.

⁵⁰⁷ Esta SAP de Sevilla resuelve un supuesto en el que *El vendedor, en servicio postventa, ofreció al comprador la posibilidad de su reparación, ocurriendo que Esta solución no fue aceptada por el comprador que solicitó la resolución del contrato de venta concertado con la parte demandada, ante lo que la Audiencia Provincial resolvió que El comprador debió optar entre la reparación o la sustitución del bien comprado, conforme al artículo 5 de la Ley 23/2003, y al no hacerlo quebrantó el orden jerárquico de las garantías comerciales establecidas en la norma, desestimando la demanda interpuesta por el consumidor.*

⁵⁰⁸ Esta SAP de Zaragoza, ante un supuesto en el que se entregó al consumidor un producto de diferentes condiciones a las que se habían ofrecido (se había alterado el cuentakilómetros del vehículo objeto de compraventa de manera que los km que realmente había circulado dicho automóvil eran el doble de los señalados por el medidor), establece que tal supuesto representa una clara infracción de lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios, cuando dispone que Principios generales. El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto, habiendo incurrido en un claro supuesto de entrega de una cosa por otra, aplicando a esta clase de venta la doctrina jurisprudencial que entiende incumplida la obligación de entrega que compete al vendedor, con las consecuencias previstas en el artículo 1124 del Código, cuando la cosa usada vendida adolece de tales defectos que la hacen inidónea para satisfacer el interés del comprador lo que lleva a estimar la demanda formulada por el consumidor en reclamación de resolución de contrato, pese a no haberse solicitado anteriormente la reparación y/o sustitución del vehículo. Parece que en este supuesto se opta por la resolución por identificar el caso resuelto por esta sentencia como un incumplimiento de las previsiones del art. 1124 del CC si bien se reconoce expresamente que la infracción cometida por el vendedor supone una clara infracción de lo dispuesto en el artículo 114 de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios dado que el vehículo adquirido presenta una falta de conformidad.

del contrato o la rebaja del precio. Así se resolvió, aludiendo al principio de congruencia, en la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 28 mayo de 2012 (JUR 2012\302047)⁵⁰⁹ y en la SAP de Granada de 16 de septiembre de 2011 (JUR 2012\347396)⁵¹⁰; en sentido similar, la SAP de Madrid de 4 de octubre de 2011 (JUR 2011\440808) entiende que se dio una violación del principio de congruencia cuando habiéndose solicitado exclusivamente la indemnización por los daños y perjuicios causados por la falta de conformidad de un bien de consumo, procedió a concederse la sustitución del producto defectuoso⁵¹¹. Por el

⁵⁰⁹ Esta sentencia resuelve un supuesto en que el consumidor solicitó que se le indemnizara por el valor al que ascendía el vehículo que había adquirido el día en que sufrió un siniestro, junto a una cantidad en concepto de daños y perjuicios (el siniestro fue provocado por una falta de conformidad en el automóvil, el cual lo dejó inservible). Señala esta sentencia que *como denuncian las apelantes, al cambiarse la petición económica de la demandante, por la de entrega de un vehículo nuevo, se están variando los términos de la litis y perjudicando a la demandada condenada, pues ciertamente un automóvil nuevo tendrá más valor que la suma solicitada por la actora en su demanda, que la había calculado teniendo en cuenta la depreciación por el uso del coche desde su compra, en mayo de 2.007 hasta su pérdida, en agosto de 2.008*. El juzgador procede a estimar tal solicitud de que se indemnizara al consumidor por el citado valor del automóvil al identificar tal requerimiento con una solicitud de resolución del contrato (*puede concluirse que lo solicitado por la demandante es esa resolución del contrato, con la consecuencia económica interesada*).

⁵¹⁰ Tal pronunciamiento judicial establece que *en el caso enjuiciado se ha producido ese vicio de incongruencia pues la sentencia (de instancia) concede cosa diferente de lo postulado en la demanda. Ciertamente en esta se instaba, con carácter principal, la resolución del contrato de compraventa, y de manera subsidiaria, la entrega de un vehículo análogo nuevo y de iguales características al que en su día se adquirió. La sentencia, en cambio, condena en primer término a la reparación del vehículo (lo que no se había pedido en la demanda) y, en caso de no ser esa reparación eficaz, la entrega de un vehículo nuevo, de iguales características*. En este supuesto, la AP de Granada acabó por resolver que correspondía la resolución del contrato de compraventa litigioso, dado que con carácter previo a la solicitud de resolución del contrato se habían intentado reparar los defectos que había presentado el bien de consumo adquirido no habiéndose logrado tal reparación.

⁵¹¹ En el supuesto resuelto por esta sentencia, el consumidor solicitó en su demanda que por el juzgado se declarase que la sociedad vendedora había incumplido el contrato celebrado entre las partes condenando a dicha mercantil al pago de una determinada cantidad en concepto de daños y perjuicios, habiéndose estimado la demanda en primera instancia en el sentido de condenar a la vendedora a sustituir el sillón de masaje. En apelación, la AP de Madrid establece que *otorgada en sentencia la sustitución del objeto del contrato, y a pesar de tratarse de un pronunciamiento incongruente, no cabe su revocación por haber sido consentido por la parte demandada - que no ha interpuesto recurso contra la sentencia-, lo que conduce a confirmarlo en sus propios términos, so pena, además, de incurrir en una reformatio in peius en perjuicio la demandante*.

contrario, la SAP de las Islas Baleares de 5 de julio de 2011⁵¹², entendió procedente conceder la reparación del bien de consumo aunque en realidad el consumidor en su demanda hubiera reclamado el abono del valor de reparación.

iii) Debe plantearse asimismo qué ocurriría si el consumidor solicitara en un procedimiento judicial la reparación o sustitución del producto y la opción elegida resultara imposible o desproporcionada (debe recordarse que el artículo 119 del TRLGDCU ofrece la posibilidad al consumidor y usuario de exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada⁵¹³). En el supuesto planteado, ¿podría el juez, resolver concediendo la forma de saneamiento no solicitada, atendiendo a que la opción elegida resulta imposible o

⁵¹² En este supuesto el consumidor ejecutó directamente la reparación del producto defectuoso por su cuenta reclamándose a éste último el abono de tales gastos de reparación asumidos (en la sentencia no consta que se solicitara la reparación de los defectos objeto de enjuiciamiento ni que ésta se rechazara y/o efectuara); la AP de las Islas Baleares, ante la reclamación de cantidad efectuada por el consumidor solicitando el abono del valor de la reparación, resuelve que el vendedor debe reparar el bien defectuoso aunque *En el caso de autos es cierto que no interesa al actor en su demanda la reparación por parte del demandado del vehículo litigioso, sino el valor de su reparación, pero aún así se estima que su acción ha de prosperar, por ajustarse a la finalidad de las normas antes señaladas y su conducta queda plenamente justificada por la pérdida de confianza a la vista de las declaraciones de las partes vertidas en el acto del juicio y de la prueba documental obrante en autos.*

⁵¹³ La SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 18 de julio de 2013 (JUR\2013\317939), en un procedimiento que conoció de la demanda instada por el consumidor contra el vendedor solicitando la resolución del contrato de compraventa alcanzado, consideró que correspondía al vendedor probar que la sustitución del producto resultaba desproporcionada en el sentido del art.119 del TRLGDCU. El establecer que corresponde al vendedor la carga de demostrar que la reparación resultaba desproporcionada se entiende adecuado en aplicación del 217.3 de la LEC el cual establece que *Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que, conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.* Por aplicación de tal precepto bien podría defenderse que el vendedor es quien viene obligado a demostrar no solo que la reparación resulta desproporcionada sino también que ésta puede resultar imposible (igualmente podría concluirse que corresponde al vendedor demostrar que la sustitución resulta imposible y/o desproporcionada).

desproporcionada? De adoptarse tal decisión por el juez, ¿supondría tal fallo una violación al principio de congruencia recogido en el artículo 218 de la LEC?

Sobre esta cuestión la jurisprudencia se ha pronunciado concediendo la forma de saneamiento no solicitada si la elegida resulta imposible o desproporcionada (SAP de Segovia de 27 de julio de 2012 (JUR\2012\312772⁵¹⁴), sin entender que dicha actuación se contrapone al principio de congruencia (en mismo sentido, la SAP de Valencia de 25 de junio de 2012, JUR\2012\307704).

iv) Debe mencionarse igualmente una situación que la jurisprudencia ha entendido que infringe el principio de congruencia del art. 218 de la LEC: cuando se solicite en una demanda la reparación del bien defectuoso y se condene al vendedor o productor al pago de una cantidad, tal decisión se ha considerado que contradice el citado principio de congruencia. La SAP de Valencia de 9 de diciembre de 2011 (JUR 2012\76049), en la que *el demandante suplicó que se condenara a la reparación del vehículo o en su defecto al abono de la misma a su cargo (petición que es acorde con la regulación de derechos y deberes que contempla el Real Decreto Legislativo citado en el que tanto en el art. 118 como en el 119 se contempla el derecho a la reparación del producto cuando no fuera conforme con*

⁵¹⁴ La AP de Segovia en este supuesto señala que *el actor insta la sustitución íntegra de la tarima, pero el perito judicial, arquitecto técnico y maestro industrial, Sr. Fernando, valora la reparación en 1.700 euros, frente a los gastos de levantamiento e instalación íntegra que la propia actora y su perito entienden aproximadamente de 12.000 euros; de donde la desproporción que contempla la norma, resulta obvia, por lo que habrá de estarse a la reparación. Es cierto que la actora sólo interesa la instalación de una nueva tarima, pero ello no conlleva que resultando improcedente, por la previsión normativa tuitiva para el consumidor, deba desestimarse íntegramente la demanda, sino atender a la reparación, que en beneficio del consumidor el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, establece. De otra parte, entre sustitución y desestimación, en el ámbito propio de esta materia, la reparación debe entenderse como escalón intermedio, propio de una estimación parcial.*

el contrato), establece que no es admisible condenar al pago de cantidad líquida en sustitución de la obligación natural del vendedor que es la de reparar el vehículo.

b) Toma de posición.

Han de ser analizadas las cuatro situaciones citadas que la jurisprudencia ha resuelto, que relacionan la jerarquización de las formas de saneamiento y el principio de congruencia:

i) Ante la reclamación directa del consumidor solicitando la resolución del contrato o la rebaja en el precio, sin acudir con carácter previo a la reparación o la sustitución, se debe partir de lo establecido por la SAP de Asturias de 25 de febrero de 2010 (JUR\2010\145221): *El consumidor no dispone sin embargo de una libertad absoluta para elegir la solución que desee toda vez que tales remedios se encuentran ordenados jerárquicamente.*

La aplicación del principio de congruencia debería llevar a desestimar la demanda interpuesta por un consumidor que pretenda la resolución del contrato o la rebaja en el precio cuando no haya agotado anteriormente la posibilidad de reparar o sustituir el bien de consumo defectuoso, no pudiendo el juzgador resolver que procede la sustitución o reparación del bien, ya que estaría concediendo un remedio que no ha sido solicitado en la demanda. Se entiende adecuada la jurisprudencia que defiende esta misma posición (la SAP

de Sevilla de 5 diciembre de 2006) no compartiéndose la decisión adoptada por la SAP de Zaragoza de 30 de abril de 2012, JUR 2012\182311)⁵¹⁵.

ii) Se considera asimismo que tampoco podría el juez conceder la sustitución o reparación del bien cuando el consumidor solicitó la resolución del contrato o la rebaja del precio. El principio de congruencia citado prohíbe *al Juzgador sustituir las cuestiones debatidas por otras distintas, ya que de lo contrario se contraviene la doctrina establecida en los principios generales del derecho «quod non est in actis, non est in mundo» y «sententia debet esse conformis libelo»* (STS de 28 de junio de 2010 -RJ 2010\5417-); al tribunal, si el comprador solicitó la resolución del contrato o la rebaja del precio, no se le permite resolver concediendo una forma de saneamiento no requerida, en este caso, la sustitución o reparación del bien u otra forma de saneamiento.

Por ello, se consideran acertadas las decisiones adoptadas por la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 28 mayo de 2012, la SAP de Granada de 16 de septiembre de 2011 y la SAP de Madrid de 4 de octubre de 2011, existiendo disconformidad con lo resuelto por la SAP de las Islas Baleares de 5 de julio de

⁵¹⁵ A este respecto también pueden ser referidas las previsiones del artículo 400 de la LEC, precepto que recoge la *Preclusión de alegación de hechos y fundamentos jurídicos* deducibles y no deducidos:

1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior.

La carga de la alegación a que se refiere el párrafo anterior se entenderá sin perjuicio de las alegaciones complementarias o de hechos nuevos o de nueva noticia permitidas en esta Ley en momentos posteriores a la demanda y a la contestación.

2. De conformidad con lo dispuesto en el apartado anterior, a efectos de litispendencia y de cosa juzgada, los hechos y los fundamentos jurídicos aducidos en un litigio se considerarán los mismos que los alegados en otro juicio anterior si hubiesen podido alegarse en éste.

2011 (quien suscribe no comparte lo resuelto por la AP de las Islas Baleares en este supuesto ya que, habiéndose reclamado por el consumidor el pago de una determinada cantidad de dinero, no habiéndose requerido la reparación o sustitución del bien defectuoso tal y como establece el artículo 121 del TRLGDCU, no debía haberse estimado la demanda interpuesta).

iii) La decisión adoptada por la SAP de Segovia de 27 de julio de 2012 y la SAP de Valencia de 25 de junio de 2012 de conceder la forma de saneamiento no solicitada al resultar imposible o desproporcionada el remedio elegido, se considera que vulnera el principio de congruencia, dado que *la congruencia exigible a toda Sentencia comporta inexcusablemente una adecuada correspondencia o correlación de su parte dispositiva o fallo, no sólo con las peticiones deducidas por las partes (petitum), sino también con el soporte fáctico de las mismas (causa petendi)*, (STS de 15 de noviembre de 1995 -RJ 1995\8604-); si la petición del comprador deducida en tales sentencias consistía en una forma de saneamiento que se reveló imposible o desproporcionada, no cabe que el juzgador se aparte de lo solicitado concediendo otra forma de saneamiento distinta.

iv) En último lugar, aplicando el ya expuesto principio de congruencia, se comparte el sentido en que resolvió la SAP de Valencia de 9 de diciembre de 2011 rechazando la condena al pago de una cantidad al vendedor de un bien defectuoso, cuando el comprador solicitó la reparación del mismo, dado que lo contrario supondría que tal sentencia incurriera en incongruencia al no existir *relación entre el suplico de la demanda y el fallo de la sentencia* (ATS de 14 de enero

de 2014 -JUR 2014\46484- y STS de 11 de noviembre de 2014 - Id Cendoj: 28079110012014100612-).

B. Reparación y sustitución del bien de consumo.

Los artículos 119⁵¹⁶ y 120⁵¹⁷ son los que concretamente regulan las condiciones de ejercicio de la reparación⁵¹⁸ y sustitución del producto.

⁵¹⁶ Artículo 119.

1. Si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada. Desde el momento en que el consumidor y usuario comunique al vendedor la opción elegida, ambas partes habrán de atenerse a ella. Esta decisión del consumidor y usuario se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente para los supuestos en que la reparación o la sustitución no logren poner el producto en conformidad con el contrato.

2. Se considerará desproporcionada la forma de saneamiento que en comparación con la otra, imponga al vendedor costes que no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario.

Para determinar si los costes no son razonables, los gastos correspondientes a una forma de saneamiento deben ser, además, considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra forma de saneamiento.

⁵¹⁷ Artículo 120.

La reparación y la sustitución se ajustarán a las siguientes reglas:

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

b) Deberán llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario, habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario.

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

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

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

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

El consumidor ante una falta de conformidad en un producto podrá optar por solicitar la reparación⁵¹⁹ o por su sustitución, siempre que una de estas dos opciones no resulte objetivamente imposible o desproporcionada en el sentido del artículo 119.2 del TRLGDCU. De acuerdo con la SAP de Cantabria de 24 de marzo de 2009 (AC 2009\1382), *ninguna de las opciones prevalece sobre la otra*, de manera que el consumidor podrá discrecionalmente decidir qué remedio elegir

El consumidor y usuario no podrá exigir la sustitución en el caso de productos no fungibles, ni tampoco cuando se trate de productos de segunda mano.

⁵¹⁸ Sobre la reparación y en relación con lo previsto por la letra c) del artículo 120 del TRLGDCU, debe citarse la SAP de Santa Cruz de Tenerife de 4 de octubre de 2011 (JUR 2012\85516) la cual establece cómo debe interpretarse la suspensión del plazo de dos años en el que el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en el producto (artículo 123.1 del TRLGDCU), suspensión que opera cuando se da la reparación del bien. Tal sentencia establece que dicha suspensión del plazo no debe interpretarse en el sentido de entender que cuando se haga entrega del bien reparado comienza a computarse un nuevo periodo de dos años de garantía sino que *Teniendo en cuenta que el plazo de garantía es de dos años, (tal periodo que comenzó con la entrega del bien que resultó defectuoso) que se suspende con la reparación del producto y se vuelve a reanudar con la entrega del bien reparado - art. 6 c) de la Ley 23/2003, de Garantías en la venta de bienes de consumo, en la actualidad art. 120.c) del Texto Refundido de la Ley General de Consumidores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007... ese cómputo habría que matizarlo porque lo que contemplan tales preceptos es la suspensión del plazo de garantía y no la interrupción del mismo; la diferencia no deja de ser relevante, porque en la suspensión el plazo se reanuda (con lo cual el tiempo transcurrido hasta ese momento se sigue computando una vez finalizada la suspensión y reanudado), mientras que con la interrupción el plazo se reinicia, es decir comienza a correr de nuevo en toda su extensión.*

⁵¹⁹ Debe advertirse sobre la reparación que posibles cláusulas en las que se establezca que *el vendedor no se responsabilizará si el comprador ...reparase el vehículo, o fuere manipulado, sin que el vendedor hubiera comprobado la avería o dado su autorización, o que el vendedor determinará el modo y manera de llevar a cabo la reparación y también el taller donde deba ser examinado y, en su caso reparado,* deben considerarse abusivas conforme a lo dispuesto en el artículo 85.11 del TRLGDCU *ya que viene a suponer la concesión al empresario del derecho a determinar si el bien o servicio, en este caso la necesidad de reparación, se ajusta a lo estipulado en el contrato, o modifica, en perjuicio del consumidor, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limitan el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad (art. 86.1 Real Decreto Legislativo 1/2007) (SAP de Barcelona de 6 de septiembre de 2012, JUR 2012\347484). En el sentido opuesto a lo manifestado por la AP de Barcelona, la SAP de Madrid de 25 de enero de 2013 (JUR\2013\109960) parece negar que el consumidor pueda exigir que la reparación se realice por una empresa o profesional en concreto (el consumidor no puede exigir a la vendedora garante la reparación de un vehículo de segunda mano en un concesionario de la marca).*

entre la reparación y la sustitución, con la única limitación de la imposibilidad objetiva y/o la desproporción de la opción elegida.

a) Plazo razonable en el que realizar la reparación o sustitución.

El artículo 120. b) del TRLGDCU señala que la reparación o sustitución, deberá *llevarse a cabo en un plazo razonable...habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario*. En correspondencia con esta previsión, el artículo 121 de tal norma habilita al consumidor para solicitar la rebaja en el precio del contrato o su resolución, en el caso en que, solicitada la reparación o sustitución del bien defectuoso, ésta no se hubiera llevado a cabo en plazo razonable.

Resulta complicado determinar qué debe entenderse por plazo razonable, aun cuando el artículo 120.b) señala la naturaleza del producto y la finalidad que se haya dado al bien en cuestión como elementos para determinar tal plazo. En cualquier caso, la determinación final sobre qué periodo debe considerarse un *plazo razonable*, quedará sometida al parecer del juzgador⁵²⁰.

(i) Doctrina.

Sobre esta cuestión la doctrina defiende la posibilidad de convenir un plazo para reparar o sustituir un bien defectuoso, a no ser que se pacte un plazo tan corto que no pueda considerarse como *plazo razonable* y suficiente para realizar

⁵²⁰ Recuérdese en este sentido las previsiones del artículo 1128 del CC:

Si la obligación no señalare plazo, pero de su naturaleza y circunstancias se dedujere que ha querido concederse al deudor, los Tribunales fijarán la duración de aquél.

También fijarán los Tribunales la duración del plazo cuando éste haya quedado a voluntad del deudor.

la reparación o sustitución, supuesto en que tal plazo tan breve deberá tenerse por nulo⁵²¹.

(ii) Jurisprudencia.

Los tribunales han resuelto de diferente manera a la hora de considerar si un determinado periodo de tiempo es suficiente para realizar la reparación o sustitución:

i) La SAP de Barcelona de 28 de abril de 2009 (JUR 2009\393225), en un supuesto en el que se entregó un centro de planchado un 10 de julio a su vendedor para ser reparado, se fijó como fecha aproximada de entrega el día 30 de julio de dicho año, y no se puso el bien a disposición del consumidor hasta el día 27 de septiembre del mismo año, afirma que se dio una *demora excesiva, mucho más allá de lo previsto*.

Esta resolución parece tener muy en cuenta la posibilidad de que comprador y vendedor pacten un plazo para la reparación o sustitución del bien defectuoso o el hecho de que el vendedor anuncie una fecha aproximada para la reparación o sustitución. Esto llevaría a entender que la entrega del bien reparado o sustituido fuera de tal plazo convenido mutuamente o determinado unilateralmente por el vendedor, supondría una reparación o sustitución no llevada a cabo en un plazo razonable.

⁵²¹ MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al artículo 120 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pg. 1510.

ii) La SAP de Sevilla de 2 marzo de 2012 (JUR 2012\301978) resolvió un supuesto en que se entregaron unos muebles que se reconocieron defectuosos por el vendedor y por el consumidor en junio de 2009 se requirió la sustitución de dichos elementos de mobiliario defectuosos, procediéndose un mes y medio después (a finales del mes de julio de dicho año) a solicitarse por este comprador la resolución del contrato de compraventa. El juzgador, tomando como referencia el plazo de 50 a 75 días que se estableció para la entrega de los productos defectuosos, consideró que el plazo para la sustitución de los muebles deteriorados *podría extenderse razonablemente hasta finales del mes de agosto de 2009* habiendo ocurrido que el consumidor, amén de requerir la resolución en julio de 2009, se negó *a partir del 8 de agosto de 2009 a recibir la totalidad de la mercancía* que sustituía la deteriorada. Esta sentencia considera que la consumidora *No se atuvo, por tanto, a la opción por ella elegida, procediendo antes de que transcurriese el plazo razonable para la sustitución a exigir la resolución del contrato, no pudiéndose estimar la pretendida resolución contractual, teniendo en cuenta que en agosto la vendedora tenía el mobiliario a disposición de la compradora, la cual no quiso aceptar la entrega pues ya había decidido para entonces que prefería resolver el contrato, contraviniendo su opción de sustitución de los muebles deteriorados por otros en perfectas condiciones, y vulnerando su obligación de atenerse a la opción por ella elegida en el escrito que le envió a la vendedora el 8 de junio de 2009.*

(iii) Toma de posición.

Quien suscribe entiende que, en primer lugar, deberá atenderse a la posibilidad de que se haya pactado por las partes un plazo para la reparación o sustitución del bien, siempre considerando que no podrá establecerse un plazo irrazonable; acordar un plazo de reparación o sustitución por un periodo de tiempo no razonable podría suponer una renuncia de derechos por parte del comprador. En el sentido interpretado por MARÍN LÓPEZ, se entiende adecuado también que se deba considerar nula la fijación de un plazo tan corto en el que no sea objetivamente posible reparar o sustituir el bien defectuoso.

En defecto de acuerdo sobre el plazo en que realizar la reparación o sustitución, se considera procedente atender a las circunstancias del caso concreto, si bien podrá acudirse i) al razonamiento realizado por la SAP de Sevilla de 2 marzo de 2012 (cuando se solicite la sustitución o reparación de un bien defectuoso, para resolver, si el producto ha sido sustituido o reparado en un *plazo razonable*, podrá servir como referencia el plazo que se estableció para la entrega del bien de consumo que resultó ser defectuoso) o ii) a las previsiones del artículo 66 bis del TRLGDCU, precepto introducido por la Ley 3/2014; partiendo de que este artículo señala que *Salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor y usuario, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a partir de la celebración del contrato*, bien podría defenderse que a falta pacto expreso que fije el plazo en el que realizar la reparación o

sustitución, tal actuación deberá darse en el plazo máximo de 30 días naturales a partir de que el consumidor solicitó la reparación o sustitución, salvo que exista una razón especial para que el plazo referido debe extenderse a un periodo más largo.

b) Reparación en caso de falta de conformidad por no presentar las condiciones declaradas públicamente.

El artículo 116.1.d del TRLGDCU plantea el supuesto de falta de conformidad que se da cuando un producto no presenta las características concretas declaradas públicamente sobre el mismo.

(i) Doctrina.

Hay quien defiende que cuando concurre tal falta de conformidad existe una imposibilidad objetiva de adoptar como forma de saneamiento la reparación⁵²².

(ii) Toma de posición.

Si el bien adquirido no tiene las condiciones establecidas en declaraciones públicas por un defecto, presentando otros ejemplares del mismo bien las caracteres declarados públicamente, no se ve inconveniente legal ni material en que el bien que ha sido entregado sin presentar las características que sobre éste se declararon públicamente, sea facilitado a su vendedor para que sea reparado y modificado de manera que pase a cumplir con las condiciones declaradas públicamente sobre el mismo; de esta forma, el bien que fue inicialmente

⁵²² COSTAS RODAL, L., plantea que *Aunque la Ley nada diga, parece que en el supuesto de falta de conformidad por no presentar la cosa las cualidades expresadas en las declaraciones públicas, no tendría el consumidor el derecho de reparación. Op. cit., pg. 2059.*

entregado no siendo conforme con el contrato, sería reparado y devuelto al comprador ya sin falta de conformidad alguna.

Distinta situación puede darse cuando se declare públicamente que un bien de consumo tiene unos determinados caracteres y resulte que ninguna de las unidades producidas de dicho bien, presenta tales caracteres. Piénsese que un modelo de vehículo determinado se anuncia y vende indicándose que alcanza una determinada velocidad ocurriendo que ninguno de los automóviles producidos de dicho modelo llega a circular a tal velocidad. Puede apreciarse claramente que tal no correspondencia entre lo anunciado y la realidad supondría una falta de conformidad a encuadrar en la letra d) del artículo 116.1 del TRLGDCU dada la inadecuación del bien de consumo adquirido con las declaraciones hechas sobre el mismo. Bajo estas circunstancias, la reparación o sustitución del bien adquirido no satisfaría los intereses del comprador, dado que, en ningún caso obtendría un producto conforme a las declaraciones públicas que le movieron a contratar (podría decirse que en este caso resultaría imposible la reparación y/o la sustitución del vehículo que no alcanza la velocidad requerida⁵²³). La fórmula que más satisfaría los intereses del

⁵²³ TORRELLES TORREA, E., indica que la imposibilidad supone que *la falta de conformidad es irreversible (ha desaparecido el producto), o que la técnica, la ciencia o la ley no permitan lograr la subsanación, o que las características del bien hacen que sea insustituible o que faltan piezas de recambio o talleres de reparación.* “Artículo 119. Reparación y sustitución del producto. TR-LGDCU”, en *Comentarios a las Normas de Protección de Los Consumidores*, CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), Colex, Madrid, 2011, pg. 1093. MARÍN LÓPEZ, M. J., considera que la imposibilidad de reparar o sustituir un bien defectuoso debe determinarse desde un punto de vista objetivo. “Comentario al artículo 119 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pg. 1500.

comprador sería posibilitarle proceder a la rebaja del precio o a la resolución del contrato; en este sentido se afirma que cuando la reparación o sustitución del bien de consumo resulta imposible, procede que el comprador solicite la rebaja del precio o a la resolución del contrato⁵²⁴.

c) Prohibición legal de sustituir de productos no fungibles ni de segunda mano.

Establece el artículo 120.g) del TRLGDCU que *El consumidor y usuario no podrá exigir la sustitución en el caso de productos no fungibles, ni tampoco cuando se trate de productos de segunda mano*. De esta afirmación, podría concluirse que ante un defecto de conformidad en un bien no fungible (bienes que no pueden ser sustituidos por otros existentes en el mercado) o de segunda mano, no cabrá acudir a la sustitución sino exclusivamente a la reparación.

(i) Bienes no fungibles.

(a) Doctrina.

Sobre la imposibilidad de sustituir un bien no fungible, la doctrina ha se manifestado proclive a reinterpretar tal cuestión:

i) Para MARÍN LÓPEZ la imposibilidad de sustitución de un bien no fungible debe entenderse únicamente referida a los bienes de naturaleza

⁵²⁴ TORRELLES TORREA, E., "Artículo 121. Rebaja del precio y resolución del contrato. TRLGDCU", en *Comentarios a las Normas de Protección de Los Consumidores*, CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), Colex, Madrid, 2011, pg. 1105. MARÍN LÓPEZ, M. J., interpretando conjuntamente los artículos 119 y 121 del TRLGDCU, afirma que cabe acudir a la rebaja o resolución del contrato por el que el consumidor adquirió un bien de consumo cuando la reparación y la sustitución del bien defectuoso resulten imposibles. "Comentario al artículo 121 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *op. cit.*, pgs. 1525 y 1526.

específica, siendo posible la sustitución *cuando se trate de un bien infungible pero determinado genéricamente, siempre que dentro del género existan bienes que presenten la calidad y prestaciones iguales o superiores a las convenidas en el contrato*⁵²⁵.

ii) TORRELLES TORREA defiende la posibilidad de sustituir bienes no fungibles, siempre y cuando el producto que se entrega como recambio cumpla con la finalidad a la que venía sometido el bien sustituido. Se plantea que el usuario que compra *un bien mueble de diseño exclusivo que adolece de algún defecto, quizás no le importe que sea sustituido por otro mueble que cumpla la misma finalidad pero de distinto diseño*. Sin embargo, dicho autor expone las dudas que esta interpretación suscita ya que i) *supone realizar una interpretación muy amplia del concepto sustitución* y ii) *admitiendo esta posibilidad otorgamos el carácter de fungible a estos productos, es decir, los vemos, como productos que se pueden cambiar por otros de la misma especie y calidad y son igualmente aptos para tener el mismo rol o para desempeñar la misma función por lo que "tantundem es idem"*⁵²⁶.

(b) Toma de posición.

En opinión de quien suscribe, las posturas presentadas por MARÍN LÓPEZ y TORRELLES TORREA llevan a cabo una interpretación extensiva del concepto *sustitución* que quizás amplíe demasiado su significado; por *sustitución* debería entenderse el reemplazo de un producto defectuoso por otro de idénticas o similares características (modelo, clase, marca, etc.); entender como *sustitución*

⁵²⁵ *Op. cit.*, pg. 1521.

⁵²⁶ "Artículo 120. Régimen jurídico de la reparación o sustitución del producto. TR-LGDCU", en *Comentarios a las Normas de Protección de Los Consumidores*, CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), Colex, Madrid, 2011, pg. 1105.

el cambio de un producto que adolece de un vicio por otro que presente *calidad y prestaciones iguales o superiores* (en el sentido dado por MARÍN LÓPEZ) o que *cumpla la misma finalidad* (en el sentido dado por TORRELLES TORREA), podrá presentarse como una forma válida de satisfacer los intereses del comprador, pero en todo caso, como un remedio diferente a la sustitución que regulan los artículos 118 y siguientes; dicha sustitución del bien defectuoso por otro que presente *calidad y prestaciones iguales o superiores* o que *cumpla la misma finalidad* bien podría considerarse una novación del contrato de compraventa consentida por consumidor y vendedor en el que se habría modificado el objeto del contrato.

La consideración no extensiva del concepto *sustitución* que se defiende, concuerda con lo interpretado por la jurisprudencia que viene a aceptar la sustitución de un bien defectuoso por otro de *idénticas características* (SAP de Granada de 21 de noviembre de 2008 -JUR 2009\60612- o SAP de Alicante de 18 de diciembre de 2009 -AC\2010\717-), o de *similares características* (SAP de Zamora de 31 de julio de 2009 -AC 2009\1964- o SAP de Pontevedra de 6 de junio de 2007 -JUR 2007\293885-); se entiende que un bien defectuoso podrá sustituirse por otro que tenga características iguales o similares y sirva al mismo fin no bastando con que las calidades y las prestaciones dadas sean las mismas, debiendo existir identidad en el resto de caracteres (modelo, marca, apariencia, forma, valor, etc.).

(ii) Bienes de segunda mano.

(a) Doctrina.

Sobre la limitación a la facultad de optar por la sustitución en los productos de segunda mano, la doctrina se ha manifestado de diferente manera:

i) DÍAZ ALABART opina que *convendría una interpretación correctora del precepto que solamente eliminara la alternativa de la sustitución cuando efectivamente el bien usado fuera específico*⁵²⁷.

ii) AVILÉS GARCÍA considera que *en el caso de bienes usados la imposibilidad (de sustituir tales bienes) no es tan clara siempre, sobre todo en los casos de ventas de bienes de segunda mano que gozan de gran variedad y cantidad de bienes*⁵²⁸.

iii) TORRELLES TORREA opta por una interpretación correctora de la prohibición de sustitución de bienes de segunda mano, atendiendo a la utilidad que reporta dicho bien al consumidor; planteando el supuesto por el que se adquiere un automóvil de segunda mano que presenta un vicio, *si lo que le interesa es un utilitario que cumpla las funciones típicas de los automóviles, puede serle indiferente que se le entregue un vehículo que otro siempre que estén en buen estado, por lo que podría prosperar su sustitución*⁵²⁹.

iv) Para MARÍN LÓPEZ es posible la sustitución de determinados bienes de segunda mano; defiende la imposibilidad de sustitución de los bienes de

⁵²⁷ “La protección del consumidor en la compraventa: la ley de garantía en la venta de bienes de consumo”, en *Estudios de derecho judicial*, N^o 116, 2007, pg. 103.

⁵²⁸ “La «garantía legal de conformidad» con el bien comprado y la «garantía comercial» en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *op. cit.*

⁵²⁹ “Artículo 120. Régimen jurídico de la reparación o sustitución del producto. TR-LGDCU”, *op. cit.*, pg. 1105.

carácter específico, a los que el uso ha dotado de *características únicas e irrepetibles*; sin embargo, plantea la posibilidad de sustitución de los bienes de segunda mano de naturaleza genérica: sobre la máxima de que *el hecho de que una cosa haya sido usada incide en su especificidad, reduciendo su género, pero no la convierte necesariamente en un objeto único*⁵³⁰, defiende la posibilidad de sustituir un bien de segunda mano por otro con los mismos caracteres y cualidades que el entregado inicialmente.

En apoyo de su planteamiento MARÍN LÓPEZ acude al contenido del Considerando 16 de la Directiva 1999/44/CE, que señala, partiendo de que *la naturaleza específica de los bienes de segunda mano hace generalmente imposible sustituirlos, que para esos bienes no se puede aplicar por regla general el derecho del consumidor a la sustitución*. En buena lógica, MARÍN LÓPEZ interpreta que el Considerando 16 no excluye la sustitución de los bienes de segunda mano cuando la naturaleza de éstos haga posible sustituirlos.

(b) Jurisprudencia.

Existen pronunciamientos judiciales que niegan expresamente la posibilidad de sustituir bienes de segunda mano en estricta aplicación del artículo 120.g) del TRLGDCU; la SAP de Zamora de 26 de junio de 2014 (JUR\2014\199868) manifiesta en un supuesto que versa sobre la compraventa por un consumidor a un concesionario de un automóvil usado, que *al ser un vehículo de segunda*

⁵³⁰ “Comentario al artículo 120 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *op. cit.*, pg. 1522.

mano, no cabe optar por la sustitución, según la letra g) del artículo 6 de la ley (LGVBC); en mismo sentido, la SAP de Zamora de 4 de abril de 2014 (JUR\2014\151699).

(c) Toma de posición.

Sobre la sustitución de bienes de segunda mano, descartando la interpretación estricta de la norma que realiza la jurisprudencia, entiendo razonable la postura mantenida por MARÍN LÓPEZ; el hecho de que un bien haya sido adquirido de segunda mano, no impide el que existan otros de idénticas o similares características que puedan sustituir al bien defectuoso. No se comparte la tesis planteada por TORRELLES TORREA, sobre la posible sustitución de un automóvil adquirido de segunda mano por otro requiriéndose exclusivamente para ello que el bien que sustituya esté en buen estado; tal postura se contrapone a lo anteriormente manifestado de que la sustitución de los artículos 118 y siguientes, requiere que el bien que sustituye no solo cumpla el mismo fin que el bien sustituido, sino que también presente iguales o similares características (modelo, marca, apariencia, forma, valor, etc.).

d) Aplicación del plazo de garantía de dos años al producto sustituto.

Establece el artículo 120.e) que *La sustitución suspende los plazos a que se refiere el artículo 123 desde el ejercicio de la opción por el consumidor y usuario hasta la entrega del nuevo producto siéndole al producto sustituto de aplicación, en todo caso, el artículo 123.1, párrafo segundo que establece que Salvo prueba en contrario, se*

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

(i) Doctrina.

La doctrina ha planteado en relación con el artículo 120.e) la cuestión de cómo debe interpretarse, con respecto al bien que se da en sustitución de un producto defectuoso, el cómputo del plazo determinado por el artículo 123.1.I: ¿hasta cuándo debe responder el vendedor de las faltas de conformidad surgidas en el bien dado en sustitución?

Existen dos posiciones contrarias entre los autores:

i) Aquellos⁵³¹ que entienden que una vez entregado el bien sustituto, debe comenzar a computarse de nuevo el plazo de dos años determinado por el artículo 123.1.I, dado el principio “pro consumatore”, la falta de previsión expresa en el Título IV que determine que no se aplica de nuevo el plazo de dos

⁵³¹ En esta línea se muestra DÍAZ ALABART, S., con apoyo en los siguientes razonamientos: i) el principio “pro consumatore” regulado por el artículo 51 de la CE, demás leyes y jurisprudencia; ii) la falta de previsión expresa que establezca la obligación de no aplicar de nuevo tal plazo de dos años al bien sustituto. *Puesto que ese plazo de dos años desde la entrega del bien es algo esencial en el DLTRLGDCU, es lógico pensar que las excepciones que pueda haber al mismo se expongan con toda claridad en su articulado, ocurriendo que, a falta de una previsión expresa que establezca que tal plazo de dos años no debe aplicarse de nuevo al bien sustituto, debe considerarse que el vendedor responderá de los defectos del bien sustituto que se manifiesten en el plazo de dos años a contar desde la entrega de este último producto y iii) por ser dicha interpretación la que propugna la Directiva 1999/44/CE. “Dos cuestiones en torno a la protección del consumidor en la compraventa de productos de consumo: la garantía del producto sustituto y la del producto que se obsequia con la compra de otro”, en *Aranzadi Civil*, tomo XVII, Vol. II, 2008, pg. 2369 y 2370.*

años al producto sustituido, y ser dicha interpretación la postura que defiende la Directiva 99/44.

ii) Otra perspectiva presentan aquellos⁵³² que optan por la posición contraria a la anteriormente expuesta, esto es, quienes entienden que una vez entregado el bien sustituto comienza de nuevo a correr el plazo que se había suspendido por la solicitud de sustitución del bien inicialmente entregado, teniéndose en cuenta el tiempo que transcurrió desde que se facilitó el producto sustituido hasta el ejercicio de la opción de sustitución.

(ii) Toma de posición.

Entre las dos posturas expuestas, considero más adecuada la segunda ya que a las razones aportadas por quienes defienden tal posición deben añadirse las circunstancias que concurrieron en la promulgación de la Directiva 99/44; por el Parlamento Europeo, mediante la Resolución legislativa que contiene el dictamen del Parlamento Europeo sobre la propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo (COM(95)0520-C4-0455/96 - 96/0161(COD)) publicada en el DOCE de 6 de abril de 1998, se vino a plantear, como previsión a añadir al proyecto de Directiva 99/44, aquella que estipulaba que *el período de garantía contemplado en el*

⁵³² Defiende esta postura, entre otros, MARÍN LÓPEZ, M. J., quien propugna esta tesis apoyándose para ello en el cambio que se dio del Proyecto de LGVBC (proyecto que establecía que la *sustitución interrumpe los plazos a que se refiere el artículo 9, abriéndose unos nuevos desde la entrega del segundo bien*) a la definitiva Ley de Garantía de Ventas de Bienes de Consumo, donde tal mención desapareció, de donde cabría deducir la opción del legislador de no empezar a computar de nuevo el plazo de dos años a la entrega del bien sustituto. “Comentario al artículo 120 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *op. cit.*, pg. 1520.

apartado 1 (el periodo de dos años en que el vendedor debe responder de las faltas de conformidad del bien entregado) *empezará a correr de nuevo una vez realizada la sustitución.*

Habiéndose planteado durante la discusión de la Directiva 99/44 una previsión como la transcrita que habría establecido expresamente que al facilitarse el bien sustituido se comenzaría a computar un nuevo plazo de dos años (*empezaría a correr de nuevo* dicho plazo), se descartó tal posibilidad; de ello cabe interpretar que con tal decisión se quiso mantener que con la entrega del bien sustituto no debe comenzar a computarse un nuevo periodo de dos años de garantía, sino continuarse el plazo que se inició con la entrega del bien sustituido.

e) Reparación o sustitución del bien de consumo a costa del vendedor.

Se plantea la cuestión de entender admisible la reparación o sustitución realizada por el consumidor que acude a un tercero ajeno al vendedor para que repare o sustituya el bien de consumo, reparación o sustitución cuyos gastos se repercuten al vendedor.

(i) Doctrina.

AVILÉS GARCÍA entiende viable el acuerdo por el que consumidor y vendedor deciden que sea un tercero quien realice la reparación o sustitución del bien, afrontando el vendedor los gastos en los que se incurra, *ya que nada obsta a que el vendedor y el comprador puedan acordar entre sí «como solución [a la*

falta de conformidad], cualquier forma de saneamiento» (Cdo. 12 Preámbulo Directiva 1999/44/CE)⁵³³.

Este autor considera igualmente válido que, dada una falta de conformidad y en caso de negativa del vendedor profesional a practicar la forma de saneamiento requerida por el consumidor (reparación o sustitución), se pueda encargar a un tercero dicho cometido. *Habría que entender esta facultad como la fase previa de una prerrogativa que podrá hacerse valer procesalmente en un momento ulterior, en tanto que el comprador no se reembolse los gastos que le hubiere ocasionado la reparación o sustitución realizada por el tercero*⁵³⁴. En este sentido se posiciona igualmente MARÍN LÓPEZ admitiendo la posibilidad de que se repare el bien de consumo a costa del vendedor, en el caso de que se haya reclamado a éste último la reparación y se haya obviado tal requerimiento⁵³⁵.

(ii) Jurisprudencia.

La postura expuesta anteriormente, esto es, la viabilidad de la reparación o sustitución del bien de consumo no conforme a costa del vendedor cuando éste no atiende a los requerimientos del consumidor, ha sido corroborada por la jurisprudencia en las siguientes resoluciones: la SAP de Ávila de 18 julio de 2007 (AC 2007\2087)⁵³⁶, la SAP de Granada de 21 de noviembre de 2008

⁵³³ “La «garantía legal de conformidad» con el bien comprado y la «garantía comercial» en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *op. cit.*

⁵³⁴ *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.*

⁵³⁵ “Comentario al artículo 119 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *op. cit.*, pg. 1496.

⁵³⁶ Ante el supuesto en que *el vehículo vendido tenía fallos importantes para ser utilizado por el comprador; que éste le llevó dos veces a la entidad vendedora para su reparación, sin que en ésta se*

(JUR\2009\60612)⁵³⁷, la SAP de Madrid de 12 de septiembre de 2012 (JUR 2012\333674)⁵³⁸, la SAP de Madrid de 25 de enero de 2013 (JUR\2013\109960)⁵³⁹ o la SAP de Asturias de 23 de mayo de 2013 (JUR 2013\245135)⁵⁴⁰.

Se había considerado necesario (para que el consumidor pueda repercutir al vendedor los gastos de la reparación realizada por un tercero) que el vendedor haya sido requerido para reparar el bien y haya rechazado o ignorado tal requerimiento; así parece resolver la SAP de Toledo de 14 de noviembre de 2013

iniciara, ni siquiera se intentara, en un plazo razonable, se señala que Si al vehículo se le tuvo que hacer reparaciones para que pudiera circular sin riesgo para el comprador y los ocupantes del mismo, no cabe dudar que ello debe ser indemnizado.

⁵³⁷ Esta sentencia manifiesta que *Dada la venta de un perro que padecía estas anomalías y enfermedades antes de la entrega, como es lógico, la compradora no le quedó más remedio que acudir a un veterinario para ayudar así al pobre perro. Ninguna ley se puede aplicar con automatismo. Se hace esta observación, puesto que, en principio, la Ley 23/2003 veda a que el comprador pueda por su cuenta curar el perro recurriendo a un veterinario. Conforme al artículo 5.1 de la citada Ley, el consumidor puede optar entre exigir la reparación (en el caso, sanar el perro) o la sustitución (cambiar el perro por otro con idénticas características). No obstante, el consumidor hizo lo correcto en ese momento. Señala posteriormente que la vendedora debe asumir los gastos por el importe de 198 € -no 200 €, como se pide en la demanda- que ha ocasionado la intervención del veterinario, obligación que se establece por dicha Audiencia junto con el deber de rebaja de 130 € en el precio pagado por el perro.*

⁵³⁸ Esta sentencia cita el criterio utilizado por la sentencia de la sección 25ª de esta Audiencia Provincial de Madrid de 2 de diciembre de 2011, cual es, que "si no hubiesen estado cubiertas por el período de garantía las averías objetivadas en autos, el demandante hubiera tenido derecho a ser resarcido de los importes de las reparaciones según el caso examinado en la SAP Madrid, sec. 13ª, de 15-3-2010, nº 162/2010, rec. 355/2009, y según la de 14-7-2011, nº 380/2011, rec. 704/2010, siendo cada actuación reparadora llevada a cabo, en principio idónea y adecuada para resolver las deficiencias de funcionamiento que el vehículo presentaba, y no estando probado que la avería o averías de cierta importancia persistan después de la última reparación, no puede accederse a la resolución del contrato de compraventa (...) o a la realización de la garantía de sustitución del producto defectuoso por otro hábil (artículos 5 y 6 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo).

⁵³⁹ En esta sentencia se concluye que, *No facilitada por la vendedora la reparación de las tres anomalías a que se refiere el presente recurso, el comprador pudo solicitar, como hizo, de terceros se llevasen a cabo las operaciones de reparación que fuesen adecuadas, sin que se haya probado que las realizadas en este caso no lo fuesen. La obligación de garantía de la vendedora, por su incumplimiento, se transforma en la de reintegrar al comprador el precio de las reparaciones (artículos 1098 y 1101 del Código Civil).*

⁵⁴⁰ En el supuesto que resuelve esta sentencia, *ante la pasividad manifestada por la demandada (vendedora) a lo largo de más de dos meses pese a los múltiples requerimientos del demandante (comprador), se entiende justo que el demandante se hallase facultado para ordenar la reparación, teniendo por ello derecho a obtener el reintegro de la cantidad abonada...todo ello por aplicación de lo dispuesto en los arts. 114, 118, 119.1, 120 y 123.1 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante TRLGDCU).*

(JUR 2013\371173) la cual rechaza que el vendedor tenga que hacer frente a los gastos de la reparación efectuada por un tercero dado que el consumidor previamente no informó de tal defecto al vendedor ni le requirió la reparación cuando anteriormente ese mismo vendedor había corregido otros defectos en el mismo bien ante el requerimiento del consumidor.

Relacionado con la presente cuestión, merece exponerse el supuesto objeto de la SAP de Zamora de 1 de octubre de 2009 (AC\2009\2255) la cual resuelve sobre la reclamación (realizada por el vendedor) del precio de venta del bien de consumo no pagado por el consumidor, habiendo ocurrido que, ante un defecto dado en el producto, el consumidor tuvo que sufragar las reparaciones necesarias para remediar tal vicio. En este caso, la Audiencia condena al consumidor a sufragar la diferencia entre ambas cantidades, entendiendo quien suscribe que la AP de Zamora simplemente vino a aplicar la institución de la compensación de créditos de los artículos 1195 y 1196 del CC⁵⁴¹.

⁵⁴¹ Artículo 1195.

Tendrá lugar la compensación cuando dos personas, por derecho propio, sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra.

Artículo 1196.

Para que proceda la compensación, es preciso:

- 1) *Que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez acreedor principal del otro.*
- 2) *Que ambas deudas consistan en una cantidad de dinero, o, siendo fungibles las cosas debidas, sean de la misma especie y también de la misma calidad, si ésta se hubiese designado.*
- 3) *Que las dos deudas estén vencidas.*
- 4) *Que sean líquidas y exigibles.*
- 5) *Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras personas y notificada oportunamente al deudor.*

(iii) Toma de posición.

A favor de entender viable el reparar o sustituir a costa del vendedor el bien de consumo que presenta una falta de conformidad, se podría argumentar que en la regulación de la reparación o sustitución como forma de saneamiento ante una falta de conformidad, establecida en los artículos 119 y siguientes del TRLGDCU, se establece el derecho del consumidor a que se le repare o sustituya el producto que ha adquirido que no es conforme con el contrato, y la correlativa obligación del vendedor profesional de facilitar dicha reparación o sustitución, si bien no existe previsión expresa que establezca que dicha reparación o sustitución ha de ser efectuada obligatoriamente por el vendedor o por la persona que este elija para dicho cometido.

Habiendo señalado en el apartado II) 2. A. a) (*Forma de colmar las lagunas legales del Título IV*) que a falta de previsión expresa sobre una determinada cuestión en el Título IV, resultará de aplicación en primer lugar las acciones edilicias, y, en su defecto, el régimen general de los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC, ante la cuestión planteada de optar por la resolución o sustitución a costa del vendedor, deviene aplicable el artículo 1098 del CC que establece que *Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa.*

Partiendo de que la reparación “in natura” conforma la regla general frente a la reclamación directa de la indemnización pertinente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 22 de diciembre de 2010 -RJ 2011\145- y de 13 de

julio de 2005 -RJ 2005\5098-), ha interpretado el contenido del artículo 1098 del CC estableciendo que *el derecho del perjudicado a obtener la reparación in natura es preferente sobre la indemnizatoria, siempre que ello sea posible y el perjudicado la prefiera*, aunque sin embargo, excepciona tal afirmación cuando señala que el derecho a pedir la reparación “in natura” no excluye la posibilidad de la reclamación directa de la indemnización en su lugar, exigiendo para ello: *a) que el demandante haya requerido por cualquier medio que debe ser probado la realización de las reparaciones exigidas según el estado de la obra; b) que el demandado haya incumplido la obligación voluntariamente «por haber incurrido en dolo o culpa o con contravención del tenor de las obligaciones pactadas (artículo. 1101 CC)» (Sentencias de 3 de julio de 1989 y 12 de diciembre de 1990), y c) que el demandante prefiera la indemnización, dado el constatado incumplimiento del deudor, por depender el cumplimiento de una relación personal que se ha demostrado contraria a las reglas de conducta propias de las relaciones contractuales.*

Aplicando la jurisprudencia que desarrolla el artículo 1098 del CC a la falta de conformidad dada en un bien de consumo, cabe concluir que el consumidor que requiere al vendedor para reparar o sustituir el bien no conforme, dándose que el vendedor rechaza tal requerimiento o hace caso omiso al mismo, tendrá derecho a contratar a un tercero para que repare el bien de consumo defectuoso o lo sustituya, viniendo obligado el vendedor a sufragar el desembolso en que haya incurrido el consumidor por los servicios prestados por el tercero.

Si bien AVILÉS GARCÍA y MARÍN LÓPEZ, en su planteamiento sobre la posibilidad de actuar a costa del vendedor que incumple su obligación de reparar o sustituir, no hacen referencia expresa a este artículo 1098, parecen basar sus argumentaciones en el mismo, ya que sus razonamientos podrían resultar de la simple aplicación del régimen que determina tal artículo 1098 del CC; en este sentido, tampoco las sentencias referidas (que aceptan la reparación o sustitución del bien de consumo a costa del vendedor) hacen mención alguna a las previsiones del artículo 1098 del CC.

f) Suspensión del pago de las cantidades pendientes ante una falta de conformidad.

En este apartado se analiza si el consumidor que ha adquirido un bien defectuoso cuyo pago está pendiente de realizarse, al ser requerido por el vendedor para saldar tal deuda, puede suspender dicho pago con base en la doctrina derivada del artículo 1124 del CC y del deber de cumplimiento simultáneo que rige las obligaciones recíprocas.

Para ello, debe comenzarse por exponer qué se debe entender por la *excepción de incumplimiento contractual* y sus dos variantes (la “*exceptio non adimpleti contractus*” y la “*exceptio non rite adimpleti contractus*”), relacionando con posterioridad tal análisis con la aplicación de dicha excepción al supuesto que regula el Título IV, la falta de conformidad del bien objeto de compraventa realizada entre un comprador consumidor y un vendedor empresario o profesional.

Doctrina y jurisprudencia han reconocido la existencia de la *excepción de incumplimiento contractual*, basada en el carácter sinalagmático de las obligaciones que surgen de determinadas relaciones contractuales, que *justifica la posición del contratante que suspende o paraliza la ejecución de la prestación a su cargo cuando la otra parte no está cumpliendo la que le corresponde* (STS de 20 de diciembre de 2006 -RJ 2007\384-).

Esta excepción incluye dos variantes diferenciadas según la gravedad del incumplimiento en cuestión:

i) La llamada “*exceptio non adimpleti contractus*” o excepción de contrato no cumplido enerva *la reclamación hasta en tanto no se realice la prestación de la contraparte...* (STS de 20 de diciembre de 2006 -RJ 2007\384-). Por esta vía la parte a la que se requiere para que cumpla con sus obligaciones, puede oponerse a dicha pretensión, dado el incumplimiento de la parte requirente.

Para que pueda aplicarse esta figura resulta necesario que el incumplimiento de quien reclama inicialmente sea esencial, esto es, *que se trate del incumplimiento de una obligación básica* (Sentencias de 28 de abril de 1999, 26 de junio de 2002, 25 de noviembre y 3 de diciembre de 1992), *y no basta el cumplimiento defectuoso de la prestación, ni el incumplimiento de prestaciones accesorias o complementarias* (Sentencias de 22 de octubre de 1997, 17 de marzo de 1987, 20 de junio de 2002, entre otras), *pues el contratante que pretenda ampararse en la excepción ha de probar que el daño originado por el incumplimiento del demandante, frente a quien se ejercita la excepción, tiene suficiente entidad* (STS de 20 de diciembre de 2006 -RJ 2007\384-).

ii) La “*exceptio non rite adimpleti contractus*” o excepción de contrato inadecuadamente ejecutado, al contrario que la excepción anteriormente citada, no ampara al requerido para rechazar la solicitud de cumplimiento de su contraparte, ya que se trata de *supuestos de defectos que, no haciendo la prestación impropia para su destino, habrían de dar lugar a subsanación por la vía de reparación in natura o por reducción al precio*. Ante una prestación indebidamente realizada en un contrato con obligaciones recíprocas, a la parte a la que se le ha realizado la prestación defectuosa le está exclusivamente permitida *la vía reparatoria, bien mediante la realización de las operaciones correctoras precisas, bien a través de la consiguiente reducción del precio* (STS de 8 de junio de 1996 -RJ 1996\4833-), no siendo posible oponerse a la solicitud de cumplimiento dirigido contra ella.

Una vez expuesto cómo se interpreta con carácter general la *excepción de incumplimiento contractual* y sus diferentes variantes, debe analizarse tal cuestión puesta en relación con el contenido del Título IV.

(i) Doctrina.

Debe comenzarse por señalarse qué se ha dicho por la doctrina sobre tal cuestión:

i) AVILÉS GARCÍA ha analizado la posibilidad de aplicar al supuesto expuesto tanto la excepción de contrato no cumplido como la excepción de contrato inadecuadamente ejecutado.

a. Con respecto a la “*exceptio non adimpleti contractus*”, este autor declara que, ante la adquisición por un consumidor de un bien

defectuoso, la suspensión del pago del precio por el comprador se admite, en efecto, dentro de las obligaciones dimanantes de la compraventa en razón de la regla del cumplimiento simultáneo que rige las mismas, si bien condiciona dicha posibilidad al señalar que en la práctica judicial sólo se viene reconociendo esta *exceptio non adimpleti contractus* para aquellos supuestos en que exista un incumplimiento esencial, esto es, que comporte la frustración del fin perseguido por el contrato en cuanto tal⁵⁴².

- b. En relación con la “*exceptio non rite adimpleti contractus*”, igualmente reconoce la posibilidad del consumidor de suspender el pago que quede pendiente de efectuar del bien defectuoso: *el comprador puede oponer en caso de entrega defectuosa o de incumplimiento parcial de la recíproca prestación obligatoria, la excepción de cumplimiento defectuoso o excepción de contrato no cumplido regularmente (exceptio non rite adimpleti contractus)... reconociendo la facultad del comprador del vehículo de suspender el pago del precio en razón de un incumplimiento parcial o cumplimiento defectuoso de la prestación.*

⁵⁴² Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.

ii) MARÍN LÓPEZ reconoce como derecho del consumidor que adquiere un bien de consumo que adolece de una falta de conformidad *el de suspender el pago del precio si todavía no lo ha abonado en su totalidad*⁵⁴³.

Este autor, sin embargo se muestra más restrictivo que AVILÉS GARCÍA y limita la posibilidad de ejercitar tal prerrogativa y de suspender dicho pago:

- a. A los supuestos cuya falta de conformidad no es leve o menor.
- b. Exclusivamente a los supuestos en que se ejercite esta facultad sin violentar el principio de la buena fe; *el consumidor no podrá oponer la excepción de incumplimiento, si previamente y fuera del proceso (judicial) no informa al vendedor de la falta de conformidad.*

(ii) Jurisprudencia.

La jurisprudencia ha tenido la oportunidad de resolver un supuesto en el que se ha analizado la aplicación de la “exceptio non adimpleti contractus”: la SAP de Navarra de 21 de abril de 2010 (JUR\2011\19558) conoce de la controversia surgida ante la entrega de un televisor defectuoso objeto de un contrato de compraventa *en el que el vendedor debe entregar la cosa en perfectas condiciones y el comprador tiene que pagar el precio.* Ante la reclamación realizada por la vendedora solicitando el pago de la parte del precio que quedaba pendiente de abono, y la oposición de la compradora a dicho pago por una serie de defectos en la televisión no reparados, la SAP de Navarra resolvió que la

⁵⁴³ “Comentario al artículo 118 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *op. cit.*, pgs. 1487 y 1488.

compradora se encontraba legitimada para no abonar la cantidad reclamada; dado el vicio que afectaba a la televisión (la tv se veía oscura, vicio que *no es ningún defecto nimio...Un televisor debe verse claro y en perfectas condiciones*), Este es un defecto importante que legitima la excepción de incumplimiento de contrato, "*exceptio non adimpleti contractus*" que es la que alega la parte demandada y que le legitima para no satisfacer el precio. Otra sentencia que alude a este principio aplicando sus previsiones a un supuesto de falta de conformidad es la SAP de Valencia de 5 de junio de 2013 (JUR\2013\283883): *adverado el incumplimiento total por la actora del contrato en cuya virtud ésta reclama el precio de la instalación de aire acondicionado en la demanda... se ha constatado la concurrencia de la excepción la "non adimpleti contractus" que legitima a no abonar el precio reclamado en la demanda por inhabilidad total del objeto del contrato de las partes.*

Si bien no alude expresamente a la "*exceptio non adimpleti contractus*", la SAP de Alicante de 20 de febrero de 2014 (JUR 2014\102729) parece aplicar dicha excepción; en este supuesto la AP estimó la resolución del contrato de compraventa de un automóvil (en el cual quien suscribe entiende que se dio una falta de conformidad de gran entidad⁵⁴⁴) a pesar de que la compradora

⁵⁴⁴ La falta de conformidad se describe así en la sentencia: *La compradora exigió la reparación del vehículo pero tras ser reparado por Talleres Martí Benissa, S.L., el vehículo seguía sin funcionar correctamente hasta el punto de que el día 18 de junio de 2012 se paró en la localidad de Campell y fue trasladado al Taller Mayans Automoció donde le cambiaron el alternador abonando por la reparación la suma de 454,54.- €. Pero no solo se produjo esta incidencia pues en el mes de agosto siguiente volvió a detenerse el vehículo siendo trasladado con grúa haciéndose necesaria la sustitución de la batería por un precio de 132,56.- €. Además, se ha observado por el mismo Taller que el ruido que presenta el vehículo en el mes de agosto obedece al desgaste de los árboles de leva cuyo coste de reparación es muy elevado (documento número 9 de la demanda adverado por su autor en el acto de la vista.*

hubiera dejado de pagar determinados plazos del precio una vez se manifestó el defecto y éste no fue reparado por el vendedor: *se rechaza la alegación de la apelante (la vendedora) que atribuye a la actora el incumplimiento contractual al haber dejado de abonar la suma pactada de 200.- €/mes a partir de junio de 2012 porque la falta de pago obedece al previo incumplimiento imputable al vendedor pues a pesar de la inicial reparación subsistía la falta de conformidad del vehículo y así se le hizo saber mediante el burofax remitido el día 22 de mayo de 2012 (documento número 5 de la demanda).*

(iii) Toma de posición.

Se debe partir de que la doctrina sobre la “exceptio non adimpleti contractus” y la “exceptio non rite adimpleti contractus” debe entenderse aplicable a este supuesto, dado que, tal y como se refirió anteriormente en el apartado II) 2. A. a) (*Forma de colmar las lagunas legales del Título IV*), ante la falta de previsión expresa sobre una determinada cuestión en el Título IV, resultarán de aplicación en primer lugar las acciones edilicias y, en su defecto, el régimen general de los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC; ante una falta de conformidad, la posible suspensión del pago de las cantidades pendientes de abonar (dada la ausencia de regulación sobre tal situación en el Título IV y en el régimen de las acciones edilicias) debe acudir a la doctrina sobre la “exceptio non adimpleti contractus” y la “exceptio non rite adimpleti contractus”.

Poniendo en relación el concepto que la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece sobre la “exceptio non adimpleti contractus” y la “exceptio

non rite adimpleti contractus” i) con su posible aplicación al supuesto de hecho del Título IV y ii) con la opinión de AVILÉS GARCÍA y MARÍN LÓPEZ sobre dicha cuestión, quien suscribe entiende, en sentido parecido a lo señalado por MARÍN LÓPEZ, que tan solo en el caso en el que la falta de conformidad de un bien de consumo sea relevante y no leve o menor, podrá suspenderse el pago de las cantidades pendientes de abonar por parte del consumidor, ya que dicho supuesto podrá identificarse como una situación a la que aplicar la “exceptio non adimpleti contractus”, excepción que sí ampararía la suspensión del pago requerido por el vendedor. Esta posición es la que parece defender la SAP de Navarra de 21 de abril de 2010 y la SAP de Alicante de 20 de febrero de 2014.

C. Rebaja del precio y resolución del contrato.

Ya se adelantó anteriormente que el artículo 121 del TRLGDCU establece la rebaja del precio y la resolución del contrato⁵⁴⁵ como los remedios a los que acudir cuando el consumidor *no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores*

⁵⁴⁵ Al respecto, debe resaltarse que son distintas las denominaciones (resolución, rescisión, revocación, etc.) que se utilizan para referirse al mismo derecho, *la ineficacia de la relación contractual como consecuencia de la voluntad del consumidor y usuario*. REBOLLEDO VARELA, A. L., “El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos con consumidores en el RDLeg de 16 de noviembre”, en *Revista de Derecho Privado*, Nº 3, 2010, pg. 18. En este sentido, señala Díez SOTO, C. M., que los principales cuerpos legales de nuestro Derecho, el Código Civil y el Código Mercantil, *no se caracterizan precisamente por el rigor técnico en el uso de los conceptos relativos a los diferentes regímenes de ineficacia contractual*. “Comentario al artículo 44 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista”, 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*, ALONSO ESPINOSA, F.J., LÓPEZ PELLICER, J. A., MASSAGUER FUENTES, J., y REVERTE NAVARRO, A., (coord.), 1ª ed., McGrawwHill, Madrid, 1999, pgs. 543 y 544.

inconvenientes para el consumidor y usuario, prohibiendo dicho precepto acudir a la resolución cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia.

Pasan a analizarse diferentes casos⁵⁴⁶ en que puede cuestionarse la aplicación de dichas formas de saneamiento consistentes en la rebaja del precio y en la resolución del contrato⁵⁴⁷.

a) Solicitud directa de la rebaja del precio o de la resolución del contrato ante la imposibilidad de localización del vendedor.

Son numerosas las ocasiones en que puede resultar imposible llegar a localizar al vendedor de un bien para poder requerir cualquiera de las formas de saneamiento primarias, esto es, la sustitución o reparación del bien defectuoso.

(i) Jurisprudencia.

Esta prohibición de acudir directamente a la resolución prevista por el artículo 121 del TRLGDCU puede encontrar una excepción en supuestos como el objeto de la SAP de Barcelona de 25 de enero de 2012 (JUR\2012\133664).

Esta sentencia resuelve un supuesto en el que el vendedor cerró su

⁵⁴⁶ Junto a estas cuestiones que se exponen, resulta interesante mencionar los razonamientos realizados por la SAP de Granada de 21 de noviembre de 2008 (JUR\2009\60612) la cual, ante la falta de conformidad dada en el producto adquirido, estima compatible la rebaja en el precio del bien objeto de la compraventa y la indemnización por los daños y perjuicios causados. Señala esta resolución expresamente que *La rebaja del precio no excluye la indemnización por los perjuicios que haya sufrido la consumidora por la entrega de un perro enfermo* (la falta de conformidad en este caso consistía en la enfermedad que afectaba al perro objeto de la compraventa).

⁵⁴⁷ Sobre la relación de resolución del contrato y la declaración en concurso de acreedores del consumidor comprador y/o del vendedor profesional del bien de consumo, véase DÍEZ SOTO, C. M., "Resolución y Concurso", en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Y GARCÍA PÉREZ, C. L. (coord.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pgs. 339 a 396.

establecimiento y se dio de baja en la línea telefónica cuyo número había facilitado a la compradora como contacto, no constando que ello fuera comunicado a la adquirente; ante esta situación en la que el consumidor demandó a la vendedora requiriendo directamente la resolución, resuelve esta sentencia que *en el supuesto de autos, probada la falta de conformidad del producto, estimamos que cabe, en aplicación del transcrito artículo 121, que la consumidora opte por la resolución del contrato. Efectivamente, teniendo en cuenta el cierre del establecimiento en que adquirió la camilla y la baja de la línea telefónica ha de considerarse que no pudo solicitar la sustitución, y en cualquier caso la sustitución no se ha llevado a cabo en un plazo razonable (desde la entrega hasta la demanda ha transcurrido un año).*

(ii) Toma de posición.

De este supuesto resuelto por la SAP de Barcelona de 25 de enero de 2012, cuyos pronunciamientos se consideran adecuados, puede concluirse que resultará posible solicitar directamente la rebaja del precio o la resolución del contrato sin proceder previamente a requerir la sustitución o reparación del bien defectuoso si no le es posible al consumidor localizar al vendedor para requerir tal sustitución o reparación debido a la negligencia de este último.

b) Enriquecimiento injusto de quien resuelve y ha aprovechado del bien no conforme.

Se parte de que cuando se resuelve el contrato de compraventa existe obligación, por parte del comprador, de devolver el bien objeto del contrato con

sus frutos, y, por parte del vendedor, de restituir el precio junto a sus intereses⁵⁴⁸, por aplicación de los artículos 1124, 1295 y 1303 del CC⁵⁴⁹ conforme a la jurisprudencia⁵⁵⁰ y la doctrina⁵⁵¹.

⁵⁴⁸ Desde el punto de vista económico, pueden destacarse las especiales condiciones que presentan los automóviles, objetos sobre los cuales versan la mayoría de procedimientos judiciales que se resuelven aplicando el Título IV. Tal y como destaca LÓPEZ SÁNCHEZ, C., éstos bienes se caracterizan por sufrir una rápida depreciación una vez han sido matriculados. “La venta financiada de vehículos automóviles”, *op. cit.*, pg. 1167. El hecho de que se deprecie rápidamente un vehículo nuevo vendido por el simple hecho de haber sido matriculado afecta de manera especial al vendedor: una vez dada la resolución, tras haber restituido el vendedor el precio obtenido con la compraventa y que le haya sido devuelto el automóvil vendido, el vendedor se encontrará con que el valor de mercado del vehículo en cuestión ha disminuido drásticamente en comparación con el valor que tenía el mismo vehículo antes de ser matriculado.

⁵⁴⁹ Artículo 1295.

La rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses; en consecuencia, sólo podrá llevarse a efecto cuando el que la haya pretendido pueda devolver aquello a que por su parte estuviese obligado.

Tampoco tendrá lugar la rescisión cuando las cosas, objeto del contrato, se hallaren legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe.

En este caso podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión.

Artículo 1303.

Declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses, salvo lo que se dispone en los artículos siguientes.

⁵⁵⁰ La STS de 17 junio de 1986 (RJ 1986\3554), que resuelve un supuesto en la que no se aplica el TRLGDCU, señala que *Es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos, no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir, no con efectos ex nunc, sino ex tunc, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se halla establecido para los casos de rescisión en el artículo 1.295 del Código Civil al que expresamente se remite el artículo 1.124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para los casos de nulidad en el artículo 1.303, y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1.123.*

La SAP de Zamora de 26 de junio de 2014 (JUR\2014\199868), en un supuesto en el que aplicando el TRLGDCU se adopta la resolución del contrato solicitada por comprador consumidor, establece que *corresponde decantarse por la resolución del contrato y como la Ley aplicable no regula sus efectos, hay que acudir a las normas del Código Civil, sin olvidar el contenido del segundo párrafo de la Disposición adicional de la norma especial, en especial los artículos 1.124 en relación con el artículo 1.303, debiendo devolverse recíprocamente el precio pagado por el vehículo y el vehículo entregado; en mismo sentido la SAP de Zamora de 4 de abril de 2014 (JUR\2014\151699).*

El Considerando 15 de la Directiva 1999/44/CE estableció la posibilidad de que los Estados miembros al transponer dicha Directiva previeran que el importe que viene obligado a devolver el vendedor al consumidor cuando se resuelve el contrato, fuera reducido⁵⁵² teniendo en cuenta el uso que el consumidor haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado, si bien, el Estado Español, no adoptó tal medida ni en la LGVBC ni en el Título IV.

Se ha planteado si procede reducir la cantidad que el vendedor debería devolver (precio con sus intereses) dado el provecho y uso que el consumidor

⁵⁵¹ Conforme a BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., en “Comentario al artículo 1124 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pg. 1320.

⁵⁵² Como criterio para fijar la cuantía que debiera devolverse por el consumidor que ha sacado provecho del bien de consumo puede atenderse a lo manifestado por GARCÍA PÉREZ, C. L., al respecto de la integración judicial del precio del contrato de compraventa. En caso de que el precio de una compraventa no se haya fijado y tampoco se hayan establecido criterios para su determinación, se plantea la posibilidad de que el juez fije el precio diferenciando si el bien adquirido representa un objeto común o, si por el contrario, conforma un bien singular: si se tratara de un objeto usual o común, el precio vendría determinado por aquellos bienes iguales o similares que pueden encontrarse en el mercado, siendo la posibilidad de oscilación del precio *mínima, pudiendo conocerse dicho precio de forma aproximada* (se atenderían a criterios como el precio de mercado, precio equitativo, precio justo...); por el contrario, cuando el objeto de la compraventa fuese un bien especial, el precio podría variar ostensiblemente dado que entrarían en juego otra serie de factores subjetivos que harían que el precio se fijara atendiendo a circunstancias de otra índole (*finés especulativos, precios o de posibles compradores extravagantes o maniáticos*). GARCÍA PÉREZ, C. L., “Sobre la posibilidad de integración judicial del precio determinable”, en *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, CARRASCO PERERA, A. (dir.), tomo II, 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pgs. 916 y 917.

Entendemos que las consideraciones realizadas para la determinación del precio de un bien común y de uno especial, pueden ser aplicadas en la fijación de las cantidades en las que reducir la cuantía a devolver al vendedor profesional dado el uso por el comprador consumidor del bien de consumo: si se tratara de un bien usual, por ejemplo un automóvil cuyo modelo ha sido producido en serie, la cantidad a reducir podría fijarse aplicando criterios objetivos similares existentes en el tráfico económico (así, de tener que devolverse el automóvil del que se ha disfrutado unos meses, bien podría atenderse por ejemplo al precio de mercado que se paga por el arrendamiento de un automóvil del mismo modelo); al contrario, si el producto de consumo a devolver fuese un objeto especial o singular, no solo criterios objetivos como los citados entrarían en juego sino que también deberían tenerse en cuenta factores más subjetivos y difícilmente determinables (como los aludidos *finés especulativos, precios o de posibles compradores extravagantes o maniáticos*).

ha obtenido del producto a devolver, posibilidad que se ampara en muchas ocasiones en la figura del enriquecimiento injusto⁵⁵³. En este sentido y en relación con la obligación de devolver el producto objeto del contrato, cabe mencionar la SAP de de Navarra de 3 de febrero de 2014 (AC 2014\443) que considera que la falta de restitución por el comprador del bien entregado, una

⁵⁵³ Se considera necesario exponer sucintamente en qué consiste el enriquecimiento injusto para una correcta comprensión de este apartado. La STS del 13 de diciembre de 1991 (RJ\1991\9002) describe la figura del *enriquecimiento injusto o sin causa, que carece de un tratamiento unitario en el C.C., en cuanto que aparece disperso a través de diversos preceptos que a él se refieren más o menos directamente y autorizan a la doctrina y jurisprudencia a hacer uso del mismo con distintas denominaciones (conditio indebite; ob causam tata, ob injustam causam, ob causam turpem) es en realidad una figura de construcción doctrinal y jurisprudencial que esta última considera como un principio general del derecho determinante de la prohibición de que alguien pueda enriquecerse en perjuicio de otro. De acuerdo con la STS de 17 de febrero de 1994 (RJ 1994\1620) dicha figura se dirige a evitar un lucro contrario a la equidad, se refiere a adquisiciones patrimoniales que no se corresponden con una causa válida de atribución, siendo la noción sin causa de la atribución, como observa la sentencia de 28 de enero de 1956. la primordial, definitiva y básica para corregir adjudicaciones patrimoniales antijurídicas con base al presupuesto de una situación objetivamente injusta, siendo los requisitos que deben darse para que concurra un supuesto encuadrable en el enriquecimiento injusto los siguientes (SSTS de 31 de marzo de 1992 -RJ\1992\2315-, de 5 de marzo de 1999 -RJ 1999\1403- y de 20 de febrero de 2012 - Id Cendoj: 28079110012012100075-):*

- a) Aumento del patrimonio del enriquecido o, una no disminución del mismo.
- b) correlativo empobrecimiento del actor, representado por un «damnum emergens» o por un «lucrum cesans».
- c) Falta de causa que justifique el enriquecimiento. Entendiéndose por justa causa, aquélla situación jurídica que autorice al beneficiario de un bien a recibirlo, sea porque exista una expresa disposición legal en ese sentido, o sea porque se ha dado un negocio jurídico válido y eficaz (STS de 14 de julio de 2009 - RJ 2009\4467-).
- d) Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio.

Debe mencionarse que la doctrina más actual pone en duda que se requiera para aplicar la figura del enriquecimiento injusto el que concurra la segunda de las condiciones referidas, el empobrecimiento del actor; si bien la jurisprudencia más reciente (se puede aludir a la SAP de Barcelona de 26 de junio de 2014 -Id Cendoj: 08019370142014100233- y a la STS de 13 de enero de 2015 - Id Cendoj: 28079119912015100006-) ha parecido exigir la concurrencia de este requisito, BASOZABAL ARRUE, X., rechaza que resulte necesario para aplicar esta figura que tenga que existir un daño en el empobrecido, esto es, que concurra el *correlativo empobrecimiento del actor*; para defender tal postura alude al panorama jurídico germánico en el que la *responsabilidad por enriquecimiento es independiente de la existencia de un daño en el patrimonio del titular del derecho usurpado. Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1998, pg. 101.

vez resuelto el contrato de compraventa por falta de conformidad, conforma un enriquecimiento injusto por parte del comprador⁵⁵⁴.

(i) Doctrina.

Desde la doctrina se han presentado diferentes posturas frente a la posibilidad de disminuir la cantidad a devolver por el vendedor ante el beneficio obtenido por el consumidor por el uso del bien:

i) DÍAZ ALABART⁵⁵⁵ considera que el no disminuir la cantidad a devolver por el vendedor cuando ha habido un uso por el comprador *significaría un enriquecimiento injusto para el consumidor*. Esta autora estima adecuado disminuir la suma a restituir por el vendedor de un producto que, aun defectuoso, presta servicios al consumidor, con apoyo en la decisión adoptada por la SAP de Castellón de 28 de noviembre de 2005 (AC\2006\219), a la cual se aludirá a continuación.

ii) MOSCOSO TORRES, con base en la falta de desarrollo de la prerrogativa dada por el Considerando 15 de la Directiva 1999/44/CE, niega la posibilidad de disminuir la cantidad a devolver al consumidor por el uso que haya podido dar

⁵⁵⁴ Esta sentencia resuelve otra interesante cuestión sobre el enriquecimiento injusto; en este supuesto en que se adoptó la resolución del contrato de compraventa de una prótesis la cual fue sufragada por el comprador en parte mediante una ayuda pública, la Audiencia Provincial considera que no se puede aplicar la doctrina del enriquecimiento injusto al hecho de que al comprador, por haberse resuelto el contrato, se le haya devuelto el precio pagado por la prótesis el cual incluye la ayuda económica recibida por el comprador; tal supuesto no supone un enriquecimiento injusto *toda vez que la apelante (la vendedora) no está legitimada para reclamar la ayuda, al no resultar perjudicada ni haber realizado el pago de suma alguna en tal concepto*. En este caso, no se podría aplicar tal figura dado que faltaría el requisito anteriormente referido que obliga a que se haya dado *correlativo empobrecimiento del actor*.

⁵⁵⁵ “La protección del consumidor en la compraventa: la ley de garantía en la venta de bienes de consumo”, *op. cit.*, pgs. 120 y 121.

este último al producto: *Tal posibilidad se contempla en la Directiva 1999/44/CE...Sin embargo, nada de ello se ha establecido en la LGVC de manera que lo normal es que no quepa la posibilidad de reducción alguna en dicho concepto*⁵⁵⁶.

iii) COSTAS RODAL se muestra a favor de reducir la cantidad a pagar por el vendedor: *En base a la equidad, quedaría permitido al juzgador para evitar situaciones injustas moderar el importe de la devolución, teniendo en cuenta circunstancias tales como el rendimiento obtenido por el consumidor del bien a pesar de la falta de conformidad*⁵⁵⁷.

iv) Por GARCÍA-CHAMÓN CERVERA se plantea la posibilidad de reducir las cantidades a devolver por el vendedor aludiendo a determinadas sentencias que así lo establecen en el caso de la garantía comercial (entre otras, la SAP de Santa Cruz de Santa Cruz de Tenerife de 23 de octubre de 1999 -AC 1999\2398-) aplicando la doctrina del enriquecimiento injusto⁵⁵⁸.

v) TORRELLES TORREA se limita a recoger diversa jurisprudencia en la que, a través de la figura del enriquecimiento injusto, *se ha tenido en cuenta el uso del producto en el sentido que ha beneficiado al consumidor evitando así un desequilibrio económico*⁵⁵⁹ reduciendo la cantidad que le correspondía al comprador que le fuera devuelta.

⁵⁵⁶ *Op. cit.*, pg. 797 y 798.

⁵⁵⁷ *Op. cit.*, pg. 2071.

⁵⁵⁸ "Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (arts. 118 a 127)", *op. cit.*, pgs. 213 y 214.

⁵⁵⁹ "Artículo 121. Rebaja del precio y resolución del contrato. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1108.

(ii) Jurisprudencia.

La SAP de La Coruña de 18 de julio de 2011 (JUR 2011\308479)⁵⁶⁰, aplicando la doctrina del enriquecimiento injusto procedió a reducir en un 20% el precio que el vendedor debía devolver al consumidor dada la resolución del contrato de compraventa acordada al entenderse que el consumidor había podido usar durante dieciséis meses el bien de consumo en cuestión; en este sentido, la SAP de La Coruña de 24 de septiembre de 2007 (AC 2008\435)⁵⁶¹, la SAP de Pontevedra de 30 de junio de 2010 (JUR 2010/76355)⁵⁶² y la SAP de de

⁵⁶⁰ Para proceder a dicha reducción en el que precio a devolver por el vendedor esta sentencia aplica:

1. La jurisprudencia del TS la cual establece que la resolución, como apunta el Tribunal Supremo en sentencia de 17 de marzo de 1964, si bien implica la extinción de la relación contractual con alcance retroactivo, no debe entenderse de modo que deja en beneficio de un contratante las prestaciones que del otro haya recibido antes de la resolución.

2. la exigencia legal del art. 11 de la LGDCU cuando dice que "el 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, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente en caso de incumplimiento", en orden a moderar la cuantía de la indemnización, y, en definitiva, de la devolución del precio...

3. la facultad de moderación a que se refiere el art. 1903 del CC, y del que se hace uso en esta sentencia.

⁵⁶¹ Señala esta sentencia expresamente que La pretensión contenida en el suplico en la demanda de que se condene a los demandados a que de forma solidaria abonen al actor la cantidad de 8.138,96 euros, en concepto de devolución equitativa y parcial del precio pagado por el actor en el momento de la adquisición del vehículo litigioso deviene en este concreto caso improsperable por desproporcionado, pues el mismo produjo una utilidad al demandante quien al menos lo utilizó durante casi 18.000 kilómetros, aunque lo fuera soportando sus defectos y sometido a reparaciones, por lo que teniendo en cuenta la depreciación por el uso del vehículo, lo que está claro es que el valor del mismo en el mercado, en el momento en que el actor procedió a su venta difícilmente supera la suma que le fue abonada de 18.000 euros. De ahí que no se aprecie una sola justificación en el recurso planteado para acceder a fijar como indemnización aquella diferencia, cuando el conductor disfrutó del vehículo durante un tiempo (cuando menos seis meses) y circuló casi 18.000 kms. La indemnización no puede corresponder, tras seis meses de uso y con un recorrido de 18.000 km., al precio íntegro del vehículo en el momento en que se compró, como pretende el recurrente, cuando consta acreditado que había circulado varios meses desde la compra (al menos seis meses), y unos 18.000 km, que unido a lo percibido por el actor por dicho vehículo (18.000 euros).

⁵⁶² Esta sentencia resuelve una venta de varios vehículos realizada por un concesionario, en la que se demandó judicialmente por los compradores al citado concesionario por los defectos

Pontevedra de 4 de febrero de 2014 (JUR\2014\72727)⁵⁶³ también han resuelto que corresponde que el vendedor reduzca las cantidades que debía restituir al consumidor por el provecho y uso que éste último obtuvo del producto. En sentido contrario a estas sentencias se muestra la SAP de Madrid de 19 de febrero de 2014 (JUR\2014\93151); esta Audiencia Provincial, ante un supuesto en que acordó la resolución del contrato de compraventa de un vehículo no conforme, rechaza de forma taxativa que el vendedor pueda alegar el enriquecimiento injusto del comprador⁵⁶⁴.

dados en dichos vehículos, requiriéndose la sustitución de los mismos por automóviles de idénticas características y, subsidiariamente, la resolución del contrato con devolución del precio pagado por cada uno de ellos más el interés correspondiente, amén de una indemnización de 600 € por daños morales causados. La sentencia de instancia estimó parcialmente la demanda en su petición subsidiaria, teniendo por resuelto el contrato de compraventa, condenando asimismo al abono de 11.200 € (dicha cantidad se fijó deduciendo del precio objeto de restitución un 20% de depreciación del valor de cada turismo). Ante la alegación en el recurso de apelación interpuesto por el concesionario de que *la depreciación del valor de los vehículos hecha por el tribunal de instancia en un 20 por ciento, después de algo más de dos años de uso es insuficiente y apela a la doctrina del enriquecimiento injusto, de aplicación forzada en este caso, al estimar que el valor de uso incorporado a su patrimonio durante este tiempo es superior*, la SAP de Pontevedra estimó *ponderada y razonable la reducción acordada por la juzgadora de instancia sin que consideremos haya razón para modificar este extremo de la sentencia.*

⁵⁶³ Esta sentencia describe la situación referida señalando que *Nos encontramos en supuesto de inhabilidad parcial de un bien que se adquiere en abril de 2009 y que se utiliza hasta primer trimestre de 2013, es decir, durante un período de casi cuatro años, aun soportando la relevante deficiencia explicada, habiendo recorrido en torno a 57.100 Kms. Constituirá inaceptable enriquecimiento injusto la concesión del precio total al comprador, imponiéndose la moderación prudencial judicial al amparo de arts. 1.103 y 121 ss. LGDCU.*

⁵⁶⁴ Para ello esta sentencia manifiesta que *No se puede desconocer que la resolución del contrato se produce como consecuencia del incumplimiento del vendedor, y de la parte ahora apelante, dada la falta de conformidad del vehículo, como consecuencia de que el mismo no era apto para su destino, pues en ningún momento procedió a su reparación de forma correcta, y menos aún a la sustitución del vehículo dada la falta de conformidad, por lo que no se puede alegar que exista un enriquecimiento injusto, cuando la causa de la resolución del contrato es el incumplimiento del vendedor de la parte apelante de la garantía legal que debe prestar la propia marca. Sin que se pueda desconocer las consecuencias tan graves y negativas que ha tenido para el comprador el mal funcionamiento del vehículo, que ha llevado a que en numerosas ocasiones se haya parado y haya tenido que ser retirado por la correspondiente grúa, con los inconvenientes y pérdida de tiempo que tales averías implica.*

(iii) Toma de posición.

La cuestión sobre si corresponde que el vendedor reduzca las cantidades que debería restituir al consumidor por el provecho y uso que éste ha obtenido del producto a devolver, se estima que no representa una laguna legal que se haya de colmar con la institución del enriquecimiento injusto. En parecido sentido a lo defendido por MOSCOSO TORRES, para quien suscribe, el Considerando 15 de la Directiva 99/44 instaba a nuestro legislador a que si lo consideraba pertinente previera tal posibilidad de reducir dicha cantidad a devolver por el vendedor, si bien ni en la LGVBC ni en el Título IV, se hizo uso de tal prerrogativa. Si el legislador no desarrolló una previsión por la que se permitiera al vendedor reducir tal cantidad a devolver al consumidor, considero que la ausencia de tal previsión se debe a que no se quiso establecer tal posibilidad, de manera que, en la disyuntiva de entender procedente o no que el vendedor reduzca las cantidades que debería restituir al consumidor por el provecho y uso que éste último ha obtenido del producto a devolver, se defiende que no procede tal reducción.

Estimo que no se ha dado un enriquecimiento injusto en el comprador que ha aprovechado el producto y no ha visto reducida la cantidad que el vendedor tenía que devolver, puesto que, estableciendo la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 31 de marzo de 1992 -RJ\1992\2315- y de 5 de marzo de 1999 -RJ 1999\1403-) que resulta necesario para que concurra esta figura que se dé la *Inexistencia de un precepto legal que excluya la aplicación del principio*, se entiende

que este requisito no concurre. Si bien no existe una previsión legal que excluya la aplicación del enriquecimiento injusto en el supuesto planteado, como hemos referido, se considera que (al no haberse desarrollado en la normativa nacional la posibilidad ofrecida por el Considerando 15 de la Directiva 99/44 de establecer tal reducción), el legislador ha excluido indirectamente la aplicación del enriquecimiento injusto en este supuesto (tal cuestión representa una circunstancia tenida en cuenta por el legislador la cual no supone una laguna legal).

c) Obligación de devolver el bien de consumo con sus frutos e intereses.

Se ha afirmado en el apartado anterior que cuando se resuelve un contrato de compraventa de bienes de consumo, el comprador tiene la obligación de devolver el bien objeto del contrato con sus frutos de acuerdo con el artículo 1295 del CC. Dado que puede ocurrir que un bien de consumo pueda tener frutos, ¿deberían devolverse los rendimientos que el bien de consumo haya dado?

La respuesta debe ser positiva⁵⁶⁵, aunque ha de recordarse el concepto de consumidor que se está defendiendo. Se ha concluido que no debe considerarse

⁵⁶⁵ No se han encontrado autores que analizaran el Título IV tratando este asunto, si bien REBOLLEDO VARELA, A. L., con respecto al derecho de desistimiento recogido en los artículos 68 a 79 del TRLGDCU, refiere que *en los contratos de adquisición de bienes en que se haya producido la entrega de la cosa, conforme al art. 1303 CC, el consumidor ha de devolver el objeto del contrato, en su caso con los frutos, si excepcionalmente los ha habido en el corto periodo de tiempo del derecho de desistimiento. “El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos con consumidores en el RDLeg de 16 de noviembre”, op. cit., pg. 40. En parecido sentido, DÍEZ SOTO, C. M., sobre el*

consumidor a la persona no profesional o empresaria que adquiere un producto y del uso de dicho bien obtiene un lucro de forma intencionada y buscada; deberá valorarse si el fruto obtenido de la compraventa del bien de consumo excluiría al comprador del concepto de consumidor. En caso de que el comprador haya adquirido un bien de consumo con el fin de explotarlo y obtener un lucro con su explotación, tal comprador no podrá considerarse consumidor; tal compraventa (y su resolución) se regulará por el régimen del CC y no por el del Título IV.

d) Nivel de gravedad en la falta de conformidad requerido para resolver el contrato.

El artículo 121 del TRLGDCU establece que *La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia*. Relacionando dicha *falta de conformidad de escasa importancia* con lo afirmado de que en el régimen general del CC de los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC se exige para la resolución de un contrato bilateral que el incumplimiento sea relevante y esencial, pueden observarse los diferentes niveles de intensidad que se exige en cada régimen: en el sistema del Título IV, no se podrá resolver una compra ante

derogado artículo 44 de la LOCM que regulaba el derecho de desistimiento que habilitaba al comprador (parte de una venta a distancia) para desistir del contrato sin penalización alguna y sin indicación de los motivos, manifiesta, con base en el artículo 1303 del CC, que el comprador que ejercita el derecho de desistimiento debe restituir los frutos que el bien adquirido haya producido desde el momento en que conoció su derecho a desistir, y, en cualquier caso, desde que ejercitó tal derecho, con la excepción de *aquellos frutos cuyo consumo fuera necesario a los efectos de tomar una decisión sobre la conveniencia de desistir*. “Comentario al artículo 44 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista”, *op. cit.*, pg. 557.

defectos de escasa importancia, pero sí por los de mediana o gran entidad⁵⁶⁶. En el sistema de las relaciones recíprocas de los artículos 1101, 1124 y concordantes del CC, no será posible instar la resolución de un contrato de compraventa ante defectos de escasa o mediana entidad, pero si ante los vicios a considerar graves⁵⁶⁷.

(i) Doctrina.

Existe quien plantea la posibilidad de que la jurisprudencia venga a exigir para la resolución de una compraventa regulada por el Título IV, que el defecto sea grave, como se requiere en el sistema general del CC, equiparándose lo no leve o que no es de escasa importancia con lo grave⁵⁶⁸.

⁵⁶⁶ Existe jurisprudencia en que, a pesar de que los defectos que conforman la causa de conformidad sean de una mínima importancia, optan por conceder la resolución del contrato. La SAP de Madrid de 20 junio de 2012 (JUR 2012\283139) en un supuesto en que los daños en unos muebles adquiridos eran de mínima importancia, la AP concedió la resolución del contrato dado que no se repararon los defectos en un tiempo razonable (*El fallo era un problema de barniz y de una moldura, que representaban el 1,5% del valor del conjunto, y a pesar de su escaso valor y de la poca enjundia de la reparación, no se solucionó el problema en un tiempo razonable*) resolviendo dicha Audiencia que *si no se cumplió fue por causa imputable al demandado, lo que justifica la opción del Art.6.f) de la Ley 23/2003 pues a pesar de la poca entidad del incumplimiento, la conducta renuente de demandado justifica la posición del actor.*

⁵⁶⁷ Cabe destacar lo resuelto por la SAP de Madrid de 23 de julio de 2012 (JUR\2012\318352) sobre la consideración de unos defectos en un elemento decorativo como una falta de conformidad de escasa o suficiente importancia; en el supuesto objeto de tal sentencia, se declara probado la existencia de unos defectos en el producto adquirido (un mueble librería con vitrina) consistentes en astillamientos, faltas de pintura o barniz y mala colocación de algunas baldas, que, aún no afectando a la estructura y, en general, a la utilidad y utilización del mueble, dan lugar a la resolución, *pues el derecho del comprador se residencia en el disfrute de un objeto en condiciones de nuevo y no simplemente reparado, sobre todo cuando parte de la utilidad del bien adquirido es al objeto de adorno y embellecimiento*; cabe interpretar que, cuando un producto sea adquirido con fines estéticos o de ornamento, el concepto escasa importancia del artículo 121 del TRLGDCU no deberá interpretarse desde la funcionalidad o utilización del producto sino atendiendo a si dicho bien de consumo presenta defectos estéticos o de acabado.

⁵⁶⁸ MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al artículo 121 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *op. cit.*, pg. 1530.

(ii) Jurisprudencia.

La SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 31 de enero de 2012 (JUR 2012\87496) parece exigir, para que se pueda resolver una venta de producto defectuoso, que el vicio sea grave; esta sentencia, tras afirmar que al supuesto en que se presentan unos defectos en un vehículo adquirido de segunda mano *Es de aplicación la LGDCU en su versión del Texto Refundido, de 16 de noviembre de 2007, establece que el incumplimiento que se ha dado es esencial o grave que impide el fin económico normal del contrato y frustra las legítimas expectativas del comprador, por lo que procede reconocer la resolución del contrato postulada por el recurrente.*

(iii) Toma de posición.

Para quien suscribe, esta opción de aplicar las condiciones exigidas por el artículo 1124 del CC para resolver un contrato de compraventa (exigir que el defecto presente en el objeto comprado sea esencial) a los supuestos previstos por el Título IV de forma que se requiera al consumidor para poder resolver su contrato el que la falta de conformidad sea de gran importancia, contravendría el principio que inspira el régimen del Título IV, el principio “pro consumatore” anteriormente expuesto.

Dicho principio debe llevar a que en caso de que exista duda sobre qué interpretación dar a una norma, se opte por la opción más favorable al consumidor; la posición planteada de que sólo procede resolver un contrato cuando el defecto es de gran importancia, no sólo no se ajustaría a la ley (debe

recordarse que el artículo 121 del TRLGDCU señala que *La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia*), sino que también supondría la vulneración de uno de los principios que inspiran dicha norma, el principio “pro consumatore”.

D. Otros remedios como forma de saneamiento diferentes a la reparación, sustitución, rebaja y resolución.

Aunque el Título IV recoge como formas de saneamiento los cuatro remedios hasta ahora expuestos (reparación, sustitución, rebaja o resolución), en la práctica se presentan ocasiones en que, ante el defecto dado en un bien consumo, se recurre a otros medios para afrontar tal situación: se procede a la emisión de un vale, se compensa en efectivo o en especie, etc.

(i) Doctrina.

Por la doctrina se han planteado remedios a los que recurrir ante un defecto en un bien de consumo:

i) Se ha defendido que el acuerdo entre comprador y vendedor por el que se establece la entrega al primero de un vale de compra en lugar de aplicar alguno de los cuatro remedios previstos en el Título IV, será válido siempre que no haya una renuncia a las formas de saneamiento previstas por el TRLGDCU⁵⁶⁹. Encuentra apoyo esta postura en la SAP de Zamora de 13 de septiembre de 2005 (JUR 2005\219897) que señala que *aunque en principio la*

⁵⁶⁹ AVILÉS GARCÍA, J. “Las garantías derivadas de la venta de bienes de consumo garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos”, *op. cit.*

compradora hubiera aceptado la entrega del vale por el importe de la cazadora devuelta, bien es cierto que ello no significaba renuncia a reclamar la devolución del precio.

ii) Otra forma de saneamiento diferente a las recogidas en el Título IV y que viene a darse en la práctica es el ofrecimiento (como bien para sustituir al defectuoso) de productos no idénticos al que se debe sustituir, pero que sí cumplen su misma función. En la doctrina se ha defendido la posibilidad de que se sustituya un vehículo de segunda mano por otro que se encuentre en buen estado, siendo indiferente que se entregue un vehículo igual o diferente al reemplazado, siempre que el vehículo sustituto pueda circular⁵⁷⁰.

En cualquier caso, AVILÉS GARCÍA ha reconocido la posibilidad de que vendedor y comprador acuerden una forma de saneamiento diferente a las previstas en el Título IV⁵⁷¹.

(ii) Jurisprudencia.

La jurisprudencia ha venido a inadmitir mayoritariamente toda forma de saneamiento diferente a las previstas en el Título IV:

i) La SAP de Barcelona de 9 de octubre de 2008 (AC 2008\1681) enumera las razones por las que no cabe admitir el otorgamiento de un vale como forma de saneamiento en caso de resolución: *no puede entenderse que el vendedor cumpla su obligación de devolver... mediante la entrega del vale, pues: a) no es identificable el*

⁵⁷⁰ TORRELLES TORREA, E., "Artículo 120. Régimen jurídico de la reparación o sustitución del producto. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1105.

⁵⁷¹ Este autor señala que *nada impide que vendedor y comprador puedan pactar entre sí, como solución [a la falta de conformidad], cualquier forma de saneamiento. Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.*

vale con el precio (y ya "nunca" será dinero efectivo, y el dinero efectivo "no caduca"); b) se limita, la libertad de compra de la consumidora, dado que con el vale solo, se pueden adquirir bienes por el "importe" del vale en los establecimientos de la vendedora (es obvio que, como se ha expuesto la recitada normativa recoge cómo derecho del comprador el de exigir el precio, como consecuencia de la resolución); ...c) y además; impone plazo de caducidad, de 3 meses que ni consta informado ni expresamente aceptado.

ii) La SAP de La Coruña de 24 de septiembre de 2007 (AC 2008\435) desestimó la demanda por la que un consumidor venía a solicitar al profesional que le vendió un automóvil el abono de la diferencia resultante entre el precio del contrato de compraventa convenido entre ambos y el precio por el que dicho consumidor posteriormente vendió a un tercero dicho mismo vehículo, el cual había sufrido diversas reparaciones de escasa cuantía. Entre otras razones, tal sentencia argumenta que *la reclamación así efectuada es del todo improcedente por no ajustarse a lo que dispone la normativa aplicable.*

iii) En el supuesto resuelto por la SAP de Madrid de 12 de septiembre de 2012 (JUR 2012\333674) el consumidor demandante requiere, como pretensión principal, la resolución del contrato de compraventa del vehículo que adquirió y, subsidiariamente, la sustitución del vehículo por otro de iguales características, así como, en ambos casos, la publicación del fallo de la sentencia en un diario especializado de máxima circulación. En este caso, la sentencia no llegó a pronunciarse sobre la solicitud de publicación de la sentencia en un

diario de máxima circulación dado que no consideró probado que el producto adquirido no era conforme con el contrato, si bien cabe destacar las alegaciones realizadas por el vendedor demandado de que la pretensión de publicar el fallo de la sentencia en un diario especializado de motor tan solo se encuentra amparada por la normativa de propiedad industrial (artículo 63.1.f de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de Patentes de Invención y Modelos de Utilidad⁵⁷²).

Aún cuando se ha referido que la jurisprudencia ha inadmitido en la mayoría de ocasiones cualquier forma de saneamiento diferente a las expresamente previstas en el Título IV, debe traerse a colación el supuesto resuelto por la SAP de Pontevedra de 6 de junio de 2007 (JUR 2007\293885) la cual interpretó ampliamente el concepto sustitución aceptando que el bien defectuoso sea sustituido tanto por un producto de idénticas características como por aquel que, no teniendo las mismas cualidades que el bien sustituido, sí tiene similares caracteres.

(iii) Toma de posición.

A pesar de que parte de la doctrina y la jurisprudencia mayoritaria opten por no admitir otras formas de saneamiento, debe destacarse la existencia de una previsión en la Directiva 1999/44/CE que justifica la defensa de otras formas de saneamiento. El Considerando 12 de tal Directiva señala que *cuando exista*

⁵⁷² Artículo 63.

El titular cuyo derecho de patente sea lesionado podrá, en especial, solicitar: ...

f) La publicación de la sentencia condenatoria del infractor de la patente, a costa del condenado, mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas. Esta medida sólo será aplicable cuando la sentencia así lo aprecie expresamente.

una falta de conformidad el vendedor siempre podrá proponer al consumidor, como solución, cualquier forma de saneamiento; que el consumidor deberá decidir si acepta o rechaza esta propuesta; una interpretación conjunta de lo señalado por doctrina, jurisprudencia y por este Considerando 12, realizada bajo la perspectiva el principio “pro consumatore” y con apoyo en lo señalado por AVILÉS GARCÍA, me lleva a entender que es posible acordar por vendedor y comprador una forma de saneamiento diferente a la reparación, sustitución, rebaja y resolución, siempre que dicho remedio acordado se establezca de manera adicional a las cuatro formas de saneamiento previstas por el Título IV, de forma que, en caso de que con ese remedio expresamente convenido el consumidor no vea saneado su defecto, éste pueda acudir a la reparación, sustitución, rebaja o resolución, según corresponda.

7. RENUNCIA DE DERECHOS.

A. Por el consumidor.

El artículo 10 del TRLGDCU establece que *La renuncia previa*⁵⁷³ *a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil* (esta previsión ya se incluía en el artículo 4.II de la LGVBC). En

⁵⁷³ Se está planteando el supuesto en el que el consumidor proceda a renunciar a los derechos que el Título IV le concede con carácter previo a que la falta de conformidad se manifieste y pueda ejercitar las facultades que le asisten. Producida la falta de conformidad, nada le impediría al consumidor renunciar a dichos derechos, de acuerdo con las previsiones del artículo 6.2 del CC (*La exclusión voluntaria de la ley aplicable y la renuncia a los derechos en ella reconocidos sólo serán válidas cuando no contraríen el interés o el orden público ni perjudiquen a terceros*).

concordancia con dicho artículo 10, el TRLGDCU en su artículo 86.1.7º señala como cláusula abusiva aquella estipulación que imponga *cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario*. De la lectura conjunta de ambos artículos del TRLGDCU, puede afirmarse el carácter imperativo e irrenunciable de los derechos que reconoce tal ley al consumidor, siendo por tanto irrenunciables las facultades reconocidas al consumidor en el Título IV; en este sentido, la Exposición de Motivos de la LGVBC ya afirmaba que *Las disposiciones de la directiva poseen carácter imperativo de modo que no cabe pactar cláusulas que excluyan o limiten los derechos conferidos al consumidor*.

a) Doctrina.

La doctrina ha venido definiendo esta nulidad de la renuncia de los derechos previstos en el Título IV⁵⁷⁴:

i) Uno de los autores que más ha analizado la cuestión de la nulidad de la renuncia de derechos ha sido AVILÉS GARCÍA⁵⁷⁵:

- a. Ha resaltado, para declarar nula la renuncia de derechos del consumidor, la irrelevancia i) del motivo que cause la renuncia (*Toda renuncia previa de derechos, con independencia de la razón que la motive, realizada por el comprador en materia de garantías será nula*; este mismo autor destaca la *irrelevancia de las ventajas que la*

⁵⁷⁴ En este sentido, refiere REBOLLEDO VARELA, A. L., con respecto al derecho de desistimiento recogido en los artículos 68 a 79 del TRLGDCU y a la posibilidad de renunciar a tal derecho antes de que finalice el plazo para su ejercicio, que, si bien bastaría con que el consumidor no ejerciera el derecho a desistir del contrato en el plazo establecido permitiendo su caducidad, no cabe realizar tal renuncia al considerar el desistimiento no tanto como un derecho sino una facultad. “El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos con consumidores en el RDLeg de 16 de noviembre”, *op. cit.*, pg. 25.

⁵⁷⁵ “La «garantía legal de conformidad» con el bien comprado y la «garantía comercial» en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *op. cit.*

renuncia le pueda otorgar eventualmente el garante o vendedor al consumidor⁵⁷⁶), ii) del pacto en que se ha acordado dicha renuncia (tanto si aparece recogida dentro de una cláusula general del contrato como si es negociada individualmente con él), y iii) de la manera en que se limite el ejercicio de los derechos del Título IV, ya sea de forma directa o indirecta: *se protege al consumidor no sólo ante los casos de renuncia de derechos expresamente reconocidos por ley, sino también de cualquier otra restricción directa o indirecta, esto es, que pueda afectar al pleno disfrute de sus derechos (limitaciones del plazo de ejercicio de la garantía legal, restricción de la operatividad de la garantía para terceros subcompradores del bien o producto, exigencia de formalidades que no están previstas en la propia Ley, etc.).*

- b. Ha defendido que la nulidad de esta renuncia de derechos tiene una eficacia relativa, *por tratarse de una nulidad establecida en interés del comprador*, lo que conlleva que solo se entiendan nulos *aquellos pactos o cláusulas que vulneren los derechos reconocidos*, no el resto de previsiones contractuales.
- c. Ha remarcado el hecho de que *El juez o tribunal que conozca de tal renuncia podrá discrecionalmente declararla nula de oficio*. Tal afirmación concuerda con la jurisprudencia del Tribunal de

⁵⁷⁶ “La «garantía legal de conformidad» con el bien comprado y la «garantía comercial» en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *op. cit.*

Justicia de las Comunidades Europeas, que en sentencias de 27 de junio de 2000 (TJCE 2000\144) o de 6 de octubre de 2009 (TJCE 2009\309), en aplicación de la Directiva 93/13/CEE, ha afirmado que el juez nacional debe apreciar de oficio el carácter abusivo de una cláusula contractual en los contratos celebrados con consumidores.

- d. Ha sostenido que si bien el artículo 10 del TRLGDCU declara nula *La renuncia previa*, cualquier renuncia por el consumidor de derechos simultánea o posterior a la firma del contrato, pero anterior a la aparición del defecto en cuestión, debe considerarse también nula; a dicha conclusión se puede llegar tras la lectura conjunta de los artículos 10 y 86.1.7⁵⁷⁷ del TRLGDCU, del 4.II de la LGVBC y de la mención a la irrenunciabilidad de derechos en su Exposición de Motivos, y del contenido de la propia Directiva 1999/44/CE, que en el artículo 7⁵⁷⁸ relativo al carácter imperativo

⁵⁷⁷ Artículo 86.

En cualquier caso serán abusivas las cláusulas que limiten o priven al consumidor y usuario de los derechos reconocidos por normas dispositivas o imperativas y, en particular, aquellas estipulaciones que prevean: ...

7. La imposición de cualquier otra renuncia o limitación de los derechos del consumidor y usuario.

⁵⁷⁸ Artículo 7.

1. Las cláusulas contractuales o los acuerdos celebrados con el vendedor, antes de que se indique a éste la falta de conformidad, que excluyan o limiten directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva, no vincularán al consumidor, con arreglo a lo establecido en el Derecho nacional.

Los Estados miembros podrán disponer que, tratándose de bienes de segunda mano, el vendedor y el consumidor podrán establecer cláusulas o acuerdos contractuales que fijen un plazo de responsabilidad por parte del vendedor menor que el establecido en el apartado 1 del artículo 5. Dicho plazo no podrá ser inferior a un año.

de sus disposiciones, no distingue el renuncia previa, simultánea o posterior. De diferente manera debe interpretarse la renuncia efectuada por el consumidor una vez dada la aparición del defecto; en este caso, se entiende posible que el consumidor pueda renunciar a los derechos que le concede el Título IV⁵⁷⁹.

ii) AVILÉS GARCÍA considera nula cualquier renuncia a los derechos previstos en el Título IV, *con independencia de la razón que la motive*⁵⁸⁰.

iii) Para MOSCOSO TORRES es necesario imposibilitar la adopción de la renuncia expuesta por *la necesidad de esta norma, que no es otra que la de evitar que la protección legal del consumidor quede sin contenido por los acuerdos mutuos*⁵⁸¹.

iv) Al analizar la SAP de Murcia de 26 de julio de 2007 (JUR 2008\79564), sentencia cuyo contenido a continuación se expondrá, considera TORRELLES

2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que el consumidor no se vea privado de la protección conferida por la presente Directiva por haberse optado por la legislación de un Estado no miembro como Derecho aplicable al contrato, cuando éste presente un vínculo estrecho con el territorio de los Estados miembros.

⁵⁷⁹ La prohibición establecida por el artículo 10 del TRLGDCU que imposibilita la renuncia de derechos por parte del consumidor que se realice con carácter previo a la aparición del defecto, busca proteger al consumidor ante la superior posición del vendedor profesional; una vez que se ha protegido al consumidor y se ha conseguido que éste no renuncie a sus prerrogativas antes de que se revele el vicio, queda sometido a su parecer el decidir si, una vez aparecido el defecto, renuncia expresamente al ejercicio de las acciones concedidas por el Título IV o simplemente no las ejercita.

Esta cuestión se relaciona con las previsiones del artículo 1102 del CC que establece que deberá declararse nula la renuncia a la acción para reclamar la responsabilidad ante el incumplimiento doloso de una obligación. Afirma SÁNCHEZ ARISTI, R., que *la norma del segundo inciso del artículo 1102 tiene un tinte marcadamente imperativo, pero esa imperatividad se manifiesta en el momento de constituirse la obligación. Una vez producido el incumplimiento doloso, nada impide que el acreedor decida no ejercitar acción alguna para exigir responsabilidad al deudor, igual que puede renunciar con carácter general al ejercicio de cualquier derecho de contenido patrimonial.* “Comentario al artículo 1102 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pg. 1280.

⁵⁸⁰ *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.*

⁵⁸¹ *Op. cit.*, pgs. 753 y 754.

TORREA como nula cualquier renuncia del comprador a los derechos de garantía que le proporciona el Título IV por no permitir la normativa de consumo disponer de los derechos del consumidor en su perjuicio⁵⁸².

b) Jurisprudencia.

De la jurisprudencia, donde se encuentran pronunciamientos judiciales que niegan expresamente la validez de cualquier renuncia del comprador a los derechos que el Título IV le concede (SAP de Murcia de 26 de julio de 2007 -JUR 2008\79564-), pueden inferirse diferentes formas de renunciar a los derechos que reconoce el Título IV:

i) El Considerando 22 de la Directiva 1999/44/CE establece como nula la cláusula que conviene que *el consumidor tenía conocimiento de todas las faltas de conformidad de los bienes de consumo existentes en el momento de celebración del contrato*; en este sentido, la SAP de Zaragoza de 24 de octubre de 2007 (JUR 2008\57817) estudia una cláusula de contenido similar a la estipulación reconocida nula por tal Considerando 22: en dicha sentencia se señala cómo debe interpretarse la firma que suele estamparse en el documento por el que se acredita la recepción de un producto junto a la expresión *conforme el cliente*. Se señala que en tal caso no debe exonerarse de responsabilidad al vendedor del bien defectuoso ya que el hecho de que junto a la mención *conforme el cliente* conste la firma *no debe suponer sin más que la parte mostrará su aquiescencia con el*

⁵⁸² "Artículo 118. Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario. TR-LGDCU", en *Comentarios a las Normas de Protección de Los Consumidores*, CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), Colex, Madrid, 2011, pg. 1090.

*producto ni siquiera con sus cualidades esenciales, entre otras razones porque el bien suele recibirse embalado o enfardado de forma que no permite ni su reconocimiento exterior, a lo que debe añadirse que bien podría interpretarse como una renuncia de derechos el considerar tal expresión conforme el cliente como el conocimiento y aceptación por parte del consumidor de los defectos habidos (y por haber) en el bien de consumo, interpretación que conllevaría la nulidad de tal renuncia*⁵⁸³.

Relacionado con el comentario que se ha realizado sobre la expresión *conforme el cliente* debe referirse el supuesto resuelto por la SAP de Asturias de 6 de octubre de 2011 (JUR 2011\368268). Esta sentencia, ante la alegación del consumidor de que el producto adquirido no era apto para el uso al que iba a ser destinado y de que no debería entenderse dicho producto conforme con el contrato, desestima tal alegación pues el consumidor *dio inicialmente su conformidad al producto, dado que pagó por transferencia bancaria el precio, aunque luego diese orden de retrocesión al Banco*. No se comparte el razonamiento utilizado por la AP de Asturias para concluir que del pago realizado por el consumidor

⁵⁸³ De manera distinta debe interpretarse la situación que se produce cuando, ante unos defectos perjuicios estéticos, se procede a la reparación firmando el consumidor el parte o informe de reparación con la rúbrica *conforme el cliente*, dado que, actuándose de tal forma por el consumidor, éste podría estar aprobando la forma de saneamiento ofrecida, mostrando su satisfacción con la misma. La SAP de Madrid de 15 de marzo de 2012 (JUR 2012\115265) ha establecido que *en cualquier caso, de entender que dichos perjuicios estéticos suponen un incumplimiento contractual del vendedor, que permitiría la entrada en aplicación de la normativa de defensa de los consumidores, es lo cierto que durante el año y medio que existió entre la fecha de la adquisición del bien y la presentación de la demanda, el servicio técnico de la empresa productora del frigorífico, a requerimiento de la empresa vendedora, han acudido reiteradamente al domicilio del actor con el objeto de reparar la falta de ajuste de las puertas. Y haciéndolo a satisfacción del actor que firmaba las correspondientes órdenes de reparación. Así figura su firma bajo la rúbrica "conforme el cliente"*.

del producto adquirido debe deducirse que este adquirente dio su aprobación a tal bien considerándolo conforme con el contrato.

ii) Otra forma de renuncia de derechos estaría representada por una cláusula que limite la responsabilidad del vendedor a una cantidad determinada; en este sentido, señala la SAP de las Islas Baleares de 10 de noviembre de 2009 (JUR\2010\8440) que *La obligación de reparar es además de íntegra, gratuita y adecuada para eliminar el vicio, y, deberá llevarse a cabo "en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el comprador en atención a la naturaleza del bien y a la finalidad que este represente para él". En consecuencia, la limitación de 1.500 euros alegada por la demandada viola el derecho del consumidor a exigir la completa reparación a costa del vendedor, por lo que deviene nula y sin efecto alguno para el comprador.*

iii) Otro ejemplo de renuncia de derechos que se podría considerar ajustada al TRLGDCU se encontraría representado por la cláusula por la que el consumidor se comprometiera a no interponer ningún tipo de acción judicial o extrajudicial contra el vendedor por cualquier causa relacionada con un producto que ha sido sustituido por uno nuevo, tal y como establece la SAP de Madrid de 25 noviembre de 2012 (JUR 2012\34965)⁵⁸⁴.

⁵⁸⁴ Esta sentencia parte del supuesto en que ante las deficiencias observadas en un vehículo adquirido por un consumidor y usuario, se procede a la entrega de un nuevo vehículo de las mismas características que el que el consumidor compró, firmándose un acuerdo entre el vendedor y el consumidor *Comprometiéndose ambas partes a no interponer ningún tipo de acción judicial o extrajudicial a la otra parte, por cualquier causa relacionada con el vehículo (sustituido)*. Señala la AP de Madrid que no cabe considerar dicho acuerdo nulo por abusivo, ya que *el acuerdo transaccional no comprende las responsabilidades que pudieran derivarse de la compra del nuevo*

iv) La SAP de Barcelona de 28 de diciembre de 2012 (AC 2013\181) analiza la validez de la cláusula del contrato de compraventa por la que *el comprador declara conocer el correcto estado actual del vehículo, por lo que exime al vendedor de cualquier tipo de garantía o responsabilidad por vicios o defectos que surjan con posterioridad a la entrega.* Esta sentencia apunta que *tal expresión ha de interpretarse que alcanza a la conformidad de aquello que pueda observar el comprador a simple vista o de lo que hubiera podido apercibirse empleando una diligencia media, es decir, la cláusula ha de interpretarse en el marco del art. 116.3⁵⁸⁵ y que cualquier exención de responsabilidad o renuncia a derechos o garantías que vaya más allá de lo indicado ha de considerarse nula, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 10 del RDL 1/2007, en relación con los art. 49.1k) y 86.*

c) Toma de posición.

Se plantea si debe entenderse nula la renuncia de derechos por parte del consumidor, cuando tal renuncia conlleva igualmente una privación equivalente de derechos del empresario o profesional; por ejemplo, podría analizarse si existe violación de los principios del sistema de garantías del

vehículo y son ambas partes las que se comprometen a no reclamarse extrajudicial o judicialmente por causa del primero de los vehículos, y no solo el actor. No puede por tanto decirse que tales pactos no han sido negociados, ni tampoco que carecen de la necesaria concreción, claridad y sencillez, ni que comporten un desequilibrio entre las recíprocas prestaciones de las partes, ni que priven o limiten los derechos del demandante que pudieran derivarse de la adquisición del nuevo vehículo. Es claro que se trata de unos pactos perfectamente legítimos que por ello no conculcan la Ley de las Condiciones Generales de la Contratación ni el T.R. para la D.C.U., y por tanto no pueden ser tachados de abusivos y como consecuencia nulos.

⁵⁸⁵ Artículo 116.3.

No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad que el consumidor y usuario conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar en el momento de la celebración del contrato o que tengan su origen en materiales suministrados por el consumidor y usuario.

TRLGDCU de darse el acuerdo por el que el consumidor adquiere un bien de consumo por la mitad de su precio de mercado aceptando a cambio que se rebajase el plazo de garantía de dos años previsto del artículo 123.1 del TRLGDCU a la mitad (el vendedor respondería de las faltas de conformidad que se manifestasen en el plazo de un año desde la entrega).

Aunque a priori podría dudarse si es posible alterar el régimen del Título IV en beneficio del consumidor cuando se diera una renuncia por parte del consumidor equitativa a la del profesional y esta renuncia no perjudicara al consumidor, no puede obviarse el carácter imperativo que presenta el Título IV y la norma en la que se integra dicho régimen, el TRLGDCU (la indisponibilidad del TRLGDCU y del Título V ha sido destacada por jurisprudencia⁵⁸⁶ y doctrina⁵⁸⁷). Se considera que no resulta posible que

⁵⁸⁶ La SAP de La Rioja de 6 de marzo de 2014 (JUR 2014\91731) sobre el TRLGDCU *reconoce que los derechos reconocidos en la Ley tienen carácter imperativo, y no cabe su renuncia previa, a la que le asigna sanción de nulidad*; la SAP de Barcelona de 28 de diciembre de 2012 (AC 2013\181) señala expresamente sobre el Título IV que *La responsabilidad del vendedor se designa como garantía (configurada como elemento esencial del contrato, que se rige por normas de carácter imperativo, sin posibilidad de derogación por la voluntad de las partes, e irrenunciable por el consumidor)*. Debe destacarse igualmente la SAP de Barcelona de 15 de diciembre de 2014 (Id Cendoj: 08019370152014100373) la cual considera que, cuando se trata de normas protectoras de los consumidores, *El concepto de norma imperativa y de orden público supone la necesidad de su aplicación por parte del juez en todo momento y ocasión, con abstracción de la posición que puedan mantener las partes*.

⁵⁸⁷ El TRLGDCU contiene *normas de carácter imperativo, y por tanto irrenunciables por parte de los consumidores, tal y como establece su art. 3, que considera nula la renuncia- expresa o implícita- a los derechos reconocidos en esta ley*. FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El nuevo marco normativo de la contratación a distancia: el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y la ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros”, en *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, 1ª ed., La Ley, 2009, LA LEY 11052/2011. Tal carácter indisponible de estas normas se entiende generalizado en todo el Derecho del Consumo; se considera que *el Derecho de consumo tiene predominante carácter imperativo*. DORAL GARCÍA, J. A., “Vicios de la construcción y garantías del consumidor adquirente de vivienda” en *La protección del consumidor de inmueble*, LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.), 1ª ed., Dykinson, Madrid, 2013, VLEX-483854358.

consumidor y vendedor dispongan del régimen previsto en el Título IV alterando sus previsiones dada la claridad con la que se expresa el artículo del 10 del TRLGDCU⁵⁸⁸ y el sentido en que se manifiesta la citada jurisprudencia y doctrina, aun cuando la modificación del citado régimen se hiciera en beneficio del consumidor.

B. Por el vendedor.

Se plantea si resultaría posible renunciar a la acción de regreso prevista por el artículo 124.3 del TRLGDCU, precepto que habilita a quien haya respondido de alguna manera frente al consumidor y usuario para repetir frente al responsable de la falta de conformidad por aquello a lo que tuvo que responder.

a) Doctrina.

AVILÉS GARCÍA niega tal posibilidad de renuncia calificándola como abusiva, aún cuando se estableciese entre comerciantes⁵⁸⁹.

b) Toma de posición.

En contra de lo manifestado, en base al matiz señalado por AVILÉS GARCÍA sobre la condición de comerciantes de aquellos sujetos que acordarían tal renuncia (vendedor, productor, distribuidor, etc.), en opinión de quien suscribe, no cabe entender como abusiva o nula la renuncia a la acción de regreso planteada, siempre que la renuncia respetara las previsiones de los artículos

⁵⁸⁸ Artículo 10.

La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios es nula, siendo, asimismo, nulos los actos realizados en fraude de ley de conformidad con lo previsto en el artículo 6 del Código Civil.

⁵⁸⁹ *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.*

1102 y concordantes del CC, y por tanto, no se renunciara a la posibilidad exigir responsabilidades en caso de incumplimiento doloso de las obligaciones contraídas. En este sentido, sería válida la previsión contractual por la que el vendedor renunciara a repetir contra el responsable de la falta de conformidad, siempre que no se renunciara también para el caso en que el responsable de la falta de conformidad actuara dolosamente.

El artículo 10 del TRLGDCU considera nula *La renuncia previa a los derechos que esta norma reconoce a los consumidores y usuarios* pero no la de otros sujetos distintos a los consumidores y usuarios; de otra parte, atendiendo al espíritu del Título IV, el cual se centra en la protección del consumidor ante su posición de desigualdad frente al profesional o empresario, tal renuncia no iría en contra de la “ratio legis” de dicho régimen porque en nada se perjudicaría al consumidor de adoptarse tal renuncia.

8. PLAZOS.

El artículo 123 del TRLGDCU viene a recoger la mayoría de los plazos que rigen el sistema de saneamiento del Título IV:

i) El primer párrafo del apartado primero de dicho artículo 123 determina el plazo en que debe manifestarse la falta de conformidad de un bien de consumo, estableciendo que el vendedor responderá de aquellos defectos que

se manifiesten en un plazo de dos años a contar desde la entrega⁵⁹⁰; para los bienes adquiridos de segunda mano, se establece la posibilidad de que vendedor y comprador pacten un plazo menor que en cualquier caso no podrá ser inferior a un año, también a contar desde la entrega del mismo.

ii) El segundo párrafo del apartado primero de dicho artículo 123 establece una regla sobre la carga de la prueba: los defectos que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del bien se entenderá que existían en dicho momento de la entrega. A este respecto, deben mencionarse las previsiones del artículo 217 de la LEC⁵⁹¹; por regla general, corresponde al actor

⁵⁹⁰ El artículo 123. 1 del TRLGDCU establece que la falta de conformidad deberá manifestarse en el plazo de dos años desde la entrega, si bien cuando el objeto de la compraventa sea un producto de segunda mano, vendedor y consumidor podrán pactar un plazo menor, que no podrá ser inferior a un año desde la entrega. Este precepto debe ser complementado con el art. 120. c) de la misma norma el cual establece que *la reparación suspende el cómputo de los plazos a que se refiere el artículo 123*, comenzando dicho periodo de suspensión a computarse en el momento en que el producto se pone a disposición del vendedor, finalizando cuando sea entregado al consumidor el producto ya reparado.

La SAP de Valencia de 26 de diciembre de 2013 (JUR\2013\119809) entiende que dicha suspensión no operará cuando las reparaciones las efectúen otros sujetos distintos al vendedor sin su conocimiento (se producirá tal suspensión exclusivamente cuando la reparación sea realizada por el vendedor o con su aquiescencia). En el supuesto resuelto por esta sentencia el consumidor en un primer momento solicitó la reparación al vendedor operando la suspensión del plazo en el sentido del art. 120.c) del TRLGDCU; posteriormente, *por su cuenta y riesgo, el consumidor decide salirse del marco previsto en la legislación de consumidores y usuarios y reparar según su conveniencia. La persona frente a la que debe exigirse la reparación es el vendedor* (sin embargo el actor acudió directamente a otros profesionales). *Estas reparaciones (efectuadas por otros sujetos) se realizan sin conocimiento del vendedor, sin que pueda intervenir el vendedor y provocando la intervención de terceros ajenos al contrato inicial, lo que implica que el consumidor no se ha ajustado a lo previsto en la legislación. Es por ello que no puede instar el amparo de aquella ley de cuyo marco él mismo se ha separado. Es por ello que tales reparaciones (no efectuadas por el vendedor) no pueden acogerse al supuesto de suspensión del plazo previsto en el art. 120.c) LGDCU, toda vez que este precepto subraya que el producto debe dejarse en manos del vendedor, provocando así la suspensión del plazo del art. 123 LGDCU.*

⁵⁹¹ Artículo 217.

2. Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición...

la carga de probar la certeza de los hechos en los que base su demanda, si bien cabe la posibilidad de que una ley altere expresamente dicho criterio desplazando la carga de la prueba del demandante al demandado. En este sentido, de no existir la regla prevista en el art. 123.1.II del TRLGDCU, correspondería al consumidor, que habría ejercitado una acción ante el defecto en un bien de consumo, probar que la falta de conformidad existía en el momento de entregarse dicho bien defectuoso. La existencia de la regla prevista en el art. 123.1.II del TRLGDCU hace que la carga de la prueba que debiera corresponder al consumidor se desplace al vendedor.

Esta regla del art. 123.1.II TRLGDCU a su vez encuentra una excepción: no se presumirá que el defecto manifestado en los seis meses posteriores a la entrega del bien existía cuando fue proporcionado el producto, cuando por la naturaleza del mismo o la índole de la falta de conformidad, resulte incompatible con que el defecto en cuestión existiera en el momento de la entrega del bien. Como ejemplo, podría plantearse la falta de conformidad que supondría el que un ordenador comprado y proporcionado en una determinada fecha se viera afectado por un virus informático creado en un momento posterior a su entrega; la lógica lleva a concluir que resultaría imposible que el ordenador en el momento de su entrega presentara la falta de conformidad consistente en tal virus informático.

6. Las normas contenidas en los apartados precedentes se aplicarán siempre que una disposición legal expresa no distribuya con criterios especiales la carga de probar los hechos relevantes.

iii) El apartado 4 del artículo 123 recoge el plazo del que el consumidor dispone para solicitar la reparación, sustitución, rebaja o resolución, estableciéndose que dicha acción prescribirá una vez hayan transcurrido tres años desde la entrega del bien de consumo.

iv) Por último, el apartado 5 del artículo 123 obliga al consumidor a informar al vendedor del acaecimiento de la falta de la conformidad en el plazo de dos meses a contar desde el momento en que tuvo conocimiento de tal defecto, determinándose que el incumplimiento por el consumidor de dicha obligación, aún cuando no conllevará la pérdida del derecho al saneamiento en cuestión, si comportará que éste deba asumir los daños o perjuicios que pudiera ocasionar al vendedor por la demora en la comunicación del defecto. Existe, a pesar de ello, jurisprudencia que parece interpretar que el incumplimiento de dicho plazo de dos meses supone la imposibilidad de ejercitar el derecho al saneamiento que corresponda (SAP de Badajoz de 26 de julio de 2011, JUR 2011\330314⁵⁹²).

Sobre la prueba del momento en que el consumidor comunicó al vendedor su conocimiento de la falta de conformidad, el párrafo segundo de este apartado determina que *Salvo prueba en contrario, se entenderá que la comunicación del consumidor y usuario ha tenido lugar dentro del plazo establecido.*

⁵⁹² Esta sentencia establece lo siguiente: dado que *También habría transcurrido el plazo de los dos meses que tiene el consumidor para comunicar esa falta de conformidad, desde que tuvo conocimiento de ella, pues si supo de esa discordancia entre el número de kilómetros en agosto de 2008, y no se comunica al vendedor hasta mayo de 2009, fecha del burofax aportado con la demanda, se está nuevamente fuera de los plazos legales para reclamar.*

Este artículo 123 también viene a establecer determinadas obligaciones formales para el vendedor: de un lado, el apartado 3 prevé que al consumidor o usuario que solicite reparar o sustituir un bien defectuoso deberá serle entregado por el vendedor justificación documental de tal hecho, en la que se recoja la fecha de entrega al vendedor del producto y la falta de conformidad que originó el ejercicio del derecho de saneamiento; de otra parte, cuando el vendedor entregue un bien de consumo reparado o sustituido, éste vendrá obligado a facilitar justificación documental en la que conste la fecha de la entrega y, en su caso, la reparación efectuada.

Sobre los plazos descritos, las cuestiones que se pasan a exponer pueden resultar de interés debido a las dudas que su aplicación puede plantear.

A. Existencia de la falta de conformidad y momento en que se manifiesta.

Se entiende adecuado diferenciar dos circunstancias distintas: el nacimiento del defecto y la manifestación del mismo: será el momento de la entrega el que marque el hito temporal para entender si un producto es conforme con el contrato, si bien no es necesario que dicho defecto se manifieste desde el momento en que fue proporcionado.

a) Doctrina.

La doctrina se refiere a esta diferenciación de conceptos requiriendo que el defecto sea *originario*⁵⁹³, esto es, que exista cuando se entrega el bien de consumo aún cuando se manifieste posteriormente.

⁵⁹³ TORRELLES TORREA, E., "Artículo 115. Ámbito de aplicación. TR-LGDCU", *op. cit.*, pg. 1063.

b) Jurisprudencia.

En este sentido la SAP de Zamora de 8 marzo de 2012 (JUR 2012\137492) establece que *la Ley (la LGVBC) impone al vendedor la obligación de entregar al consumidor una cosa conforme con el contrato. Por consiguiente, es en el momento de la entrega, y no en el de la perfección del contrato -como señala el art. 1.468 del Código Civil -, cuando ha de apreciarse la conformidad.*

Asimismo, establece la SAP de Barcelona de 4 de septiembre de 2012 (JUR\2012\333731) que resulta *necesario que el defecto de conformidad exista cuando tenga lugar dicho acto (la entrega) aunque aparezca después*, la SAP de Madrid de 12 de septiembre de 2012 (JUR 2012\333674) que *la falta de conformidad debe existir en el momento de entrega del bien (artículo 4º), aun cuando el defecto o deterioro se manifieste al exterior con posterioridad* o la SAP de Málaga de 28 de julio de 2014 (Id Cendoj: 29067370052014100354) que requiere que la falta de conformidad sea originaria (aquella que *aunque no se percibiese en el momento de la compra, tiene su origen en el mismo bien*).

c) Toma de posición.

En correspondencia con lo señalado por doctrina y jurisprudencia resulta procedente diferenciar dos momentos:

i) El nacimiento del defecto: de una parte, el enunciado del artículo 114 determina claramente cuál es el momento en que se requiere que haya nacido el defecto que conforma la falta de conformidad. Tal artículo señala que *El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean*

conformes con el contrato, de donde cabe deducir que será el momento de la entrega el que marque el hito temporal para entender si un producto es conforme con el contrato: si en el momento de la entrega el bien presenta un defecto a incluir dentro de alguna de las causas de falta de conformidad, dicho producto deberá entenderse no conforme con el contrato; sin embargo, si dicho defecto no nace hasta un momento posterior a la entrega, no cabrá considerar que el bien es no conforme.

ii) Manifestación del defecto⁵⁹⁴: Si bien el defecto debe existir desde el momento de la entrega del bien de consumo, no es necesario que dicho defecto se manifieste desde el momento en que fue proporcionado; por ejemplo, en un electrodoméstico, puede ocurrir que el defecto sea originario, porque se entregó dicha maquina sin una pieza, y que sin embargo, no se manifieste dicho defecto hasta 5 meses después de la entrega.

B. Defectos que se manifiestan a los seis meses de la entrega.

Tal y como se ha adelantado, el artículo 123.1.II del TRLGDCU determina que, salvo prueba en contrario, debe presumirse que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto ya existían cuando el producto fue proporcionado. Sin embargo, esta precepto no

⁵⁹⁴ En relación con ello, se excluye de protección cualquier defecto que se deba al indebido uso por el consumidor del bien de consumo. La SAP de Barcelona de 4 de septiembre de 2012 (JUR 2012\333731) señala que *las faltas de conformidad posteriores al momento de la entrega que se deban al uso indebido del bien por el consumidor (o al cualquier causa imputable a éste) no pueden afectar al vendedor, al ser ajeno a ellas.*

contempla qué ocurre con los defectos que se manifiestan una vez han transcurrido dichos seis meses desde la entrega del bien.

Debe traerse a colación determinada normativa procesal para exponer quién es el sujeto que debe probar que existía en el momento de la entrega el defecto que se manifiesta una vez han transcurrido más de seis meses desde que dicho bien se entregó:

i) El artículo 217.2 de la LEC establece que *Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvención.* De acuerdo con lo señalado por este precepto, el consumidor, que habría ejercitado una acción ante el defecto en un bien de consumo, debería acreditar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico que pretende, esto es, debería probar que la falta de conformidad que alega existía en el momento de entregarse dicho bien defectuoso.

ii) El artículo 386 de la LEC recoge la presunción judicial, por la que a partir de un hecho admitido o probado, el tribunal puede presumir la certeza (a los efectos del proceso) de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano. Por medio de una prueba de indicios, se podría establecer a partir de la demostrada existencia de un defecto en un producto manifestada una vez transcurridos seis meses desde su entrega, la presunción de que esa falta de

conformidad existía (aunque no se hubiera manifestado) en el momento en que dicho producto fue proporcionado.

a) Doctrina.

La doctrina ha venido a considerar (por la aplicación de dicho principio del artículo 217.2 de la LEC) que es el consumidor quien tiene la carga de probar que la falta de conformidad, que se manifestó una vez transcurridos seis meses desde el momento de su entrega, existía en dicho momento en que fue proporcionado el producto:

i) MOSCOSO TORRES así lo entiende, señalando que dicho deber del consumidor de probar tales hechos resulta una carga excesivamente gravosa para éste, *Sobre todo cuando, como también se ha señalado, resulta difícil pensar que un bien de consumo que ha estado funcionando correctamente durante seis meses, presenta un defecto originario que solo ha aflorado a partir del séptimo mes*⁵⁹⁵.

Sobre la conveniencia de recurrir a la prueba de presunciones, destaca la dificultad que tendrá acudir a dicho medio de prueba en muchas ocasiones, ya que *lo difícil será encontrar un dato o indicio apropiado que pueda servir de base para justificar la preexistencia del defecto en el momento de la entrega.*

Este autor muestra la conveniencia de que el consumidor se valga de toda la prueba que le sea posible para demostrar que la falta de conformidad existía en el momento de la entrega de bien, procediendo para ello a reunir toda la

⁵⁹⁵ *Op. cit.*, pg. 779 y 780.

documentación sobre la operación (resguardos, albaranes, facturas, etc.) y a realizar los dictámenes periciales que resulten pertinentes.

ii) AVILÉS GARCÍA igualmente defiende que es el consumidor quien asume tal carga de la prueba, si bien este autor, de una parte, considera que debe atenderse a las circunstancias concretas de cada caso, las cuales pueden llevar a alterar la regla de que el consumidor es quien debe probar que el defecto es originario ante la mayor facilidad para acceder a la prueba del vendedor⁵⁹⁶, y, de otra, recurre a la prueba de indicios anteriormente expuesta ya que *al comprador no se le puede exigir la prueba directa y absoluta de que la disconformidad existía en el momento de la entrega.*

Sobre la prueba de indicios, señala que el consumidor para probar la *preexistencia de la falta* vendrá obligado a demostrar indiciariamente, entre otras cuestiones, las siguientes:

- a. *que la disconformidad no es consecuencia del uso normal del bien.*
- b. *que no hay indicios de que ha usado anormalmente el bien adquirido o al margen de las instrucciones dadas por el vendedor.*
- c. *que tampoco hay en el objeto indicios de haber recibido ningún impacto o agresión externa posterior al momento de su entrega*⁵⁹⁷.

⁵⁹⁶ “La «garantía legal de conformidad» con el bien comprado y la «garantía comercial» en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *op. cit.*; en mismo sentido, ARIAS-SALGADO ROBSY, M. E., *op. cit.*, pg. 216.

⁵⁹⁷ “La «garantía legal de conformidad» con el bien comprado y la «garantía comercial» en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo”, *op. cit.*

iii) COSTAS RODAL, aceptando que es el consumidor quien viene obligado a probar la existencia del defecto en el momento de la entrega, señala que el régimen del Título IV, *pese a venir a mejorar la situación del consumidor con respecto al régimen general del Código Civil, no concede la máxima protección cual sería favorecer al consumidor con la presunción iuris tantum de que el vicio que se manifieste en ese período de dos años es un vicio existente en el momento de la entrega*⁵⁹⁸.

b) Jurisprudencia.

Sobre estas cuestiones la jurisprudencia se ha pronunciado de diferente manera:

i) Existen sentencias que simplemente analizan la cuestión de determinar quien viene obligado a probar que el defecto (manifestado una vez transcurridos seis meses desde el momento de su entrega) existía en el momento en que dicho producto se proporcionó. En su mayoría señalan que tal deber incumbe al consumidor por aplicación del artículo 217 de la LEC: reconocen que la carga de la prueba recae sobre el consumidor la SAP de Alicante de 10 de diciembre de 2008 (AC\2009\194)⁵⁹⁹, la SAP de Madrid de 31 de julio de 2007 (JUR\2007\340740)⁶⁰⁰ o la SAP de Madrid de 15 de enero de

⁵⁹⁸ *Op. cit.*, pg. 2072.

⁵⁹⁹ Esta resolución expresamente señala que la carga de la prueba recae sobre el consumidor: *así pues, aunque el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega (párrafo primero del artículo 9.1 de la Ley 23/2003), cuando ya han transcurrido más de seis meses desde la entrega de la motocicleta, es sobre la parte compradora sobre quien recae la carga de la prueba de la falta de conformidad en el momento de la entrega del bien.*

⁶⁰⁰ Esta sentencia manifiesta que *para las deficiencias surgidas a partir de los seis meses...resurge el régimen general sobre carga de la prueba, del art. 217 L.E.C., incumbiendo al consumidor el deber de acreditar el concreto origen del defecto cuya reparación pretenda.*

2008 (JUR\2008\99721)⁶⁰¹; al contrario que las resoluciones expuestas, i) la SAP de Huelva de 6 de mayo de 2008 (JUR 2009\55893)⁶⁰² no traslada al consumidor la carga de la prueba, ii) la SAP de Huelva de 23 de junio de 2006 (JUR\2007\48378)⁶⁰³, desplaza en cierta medida la carga de la prueba hacia el vendedor argumentando que el artículo 217.7 de la LEC ampara que se distribuya la carga de la prueba según la disponibilidad y facilidad probatoria que tenga cada una de las partes y iii) la SAP de La Coruña de 18 de enero de 2012 (JUR 2012\41785) defiende que en el caso en que *no se plantea un mal uso, y la duración normal de ese producto es muy superior a la planteada en el caso concreto, es razonable presumir que existe algún tipo de defecto de fabricación*, trasladando de dicha forma al vendedor la carga de la prueba (se considera necesario destacar la cuestión en la que incide esta SAP de La Coruña: deberán diferenciarse aquellos bienes de consumo cuya vida útil es muy superior a los dos años citados -por ejemplo, los automóviles de lujo- de aquellos productos que hayan sido configurados para tener una duración mucho menor; puede defenderse que, cuando se dé una falta de conformidad en un bien creado para tener una

⁶⁰¹ Esta resolución establece que *Excedido ese plazo de seis meses, incumbe al consumidor la carga de demostrar que la falta de conformidad existía en la fecha de entrega.*

⁶⁰² Esta sentencia resuelve que *resulta desajustado el argumento que utiliza el Juez de primer grado invocando el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil para señalar un déficit probatorio respecto del actor. Al contrario, sería la demandada (el vendedor profesional) la que hubiera de probar un mal mantenimiento causante de la avería en el sistema de inyección.*

⁶⁰³ Esta sentencia, aplicando las previsiones del artículo 217.7 de la LEC, considera i) que el vendedor tiene mayores posibilidades de probar que el defecto se debió a un mal uso o mantenimiento, dada su mayor facilidad para probar el origen del defecto por sus conocimientos sobre el producto que vende, y ii) que el vendedor debe asumir los efectos de la falta de prueba de tal circunstancia.

larga duración, debe trasladarse la carga de la prueba al vendedor presumiéndose que existe la falta de conformidad).

ii) En otros pronunciamientos judiciales se entra a analizar cómo debe probarse la existencia del defecto en el momento de la entrega del producto:

a. La SAP de La Coruña de 5 de mayo de 2008 (JUR\2008\295357)

parte de que debe ser el consumidor quien deba probar que el defecto manifestado pasados los seis meses de su entrega, existía ya cuando se facilitó el producto. Sobre cómo se debe demostrar que el defecto existía en el momento de la entrega, en esta sentencia parece defenderse que, de probarse que un defecto se ha manifestado en el periodo de garantía de dos años que establece el artículo 123.1 del TRLGDCU, podrá deducirse que dicho defecto existía en el momento de la entrega del bien defectuoso⁶⁰⁴.

b. La SAP de Salamanca de 9 de junio de 2008 (JUR\2008\347014),

en diferente sentido a la anteriormente citada SAP de La Coruña

⁶⁰⁴ Esta sentencia, para establecer que la carga de la prueba de la existencia del defecto en el momento de la entrega recae sobre el consumidor, considera que *el hecho de que el artículo 9 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, establezca que, salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega ya existían cuando la cosa se entregó, no significa que a partir de ese momento surja la presunción contraria, es decir que se presume que la falta de conformidad no existía cuando la cosa se entregó. Lo único que implica el citado precepto es que a partir de esa fecha se aplican las reglas generales sobre la carga de la prueba. Sobre la forma en que corresponde demostrar que el defecto existía en el momento de la entrega señala que bastará, en definitiva, con que el consumidor pruebe que el vehículo no funciona adecuadamente dentro del periodo de garantía que tratándose de un vehículo de segunda mano el plazo mínimo de garantía del mismo que debió establecer el vendedor había de ser de un año y que el actor está obligado a probar es la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda, en el caso la avería del vehículo, en cualquier momento dentro del plazo de garantía, y consecuentemente resulte la necesidad de reparación a cargo del vendedor.*

de 5 de mayo de 2008, afirma que el consumidor debe probar el defecto existía cuando se entregó el bien; asimismo manifiesta que no cabe recurrir al juego de presunciones del artículo 386 de la LEC⁶⁰⁵.

- c. La SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 (JUR 2010\265958) realiza dos importantes manifestaciones sobre la cuestión de la prueba del defecto: de una parte, indica que no puede imponerse al consumidor la carga de probar que no ha dado un uso inadecuado del producto defectuoso⁶⁰⁶; de otra parte, sobre la forma de probar la existencia del defecto en el momento de la entrega del bien esta sentencia señala que tal cuestión se debe *regir por lo tanto por la prueba de presunciones (art. 386 LEC)*.
- d. La SAP de Jaén de 17 de julio de 2014 (Id Cendoj: 23050370012014100272) interpretando a contrario el art. 123.1 del TRLGDCU indica que *si se manifestaran pasados esos seis primeros meses tendrá el consumidor que acreditar que el defecto o anomalía es de*

⁶⁰⁵ Esta sentencia analiza si cabe acudir a la presunción judicial del artículo 326 para deducir que por haberse manifestado un defecto en un bien transcurrido seis meses desde su entrega, dicho defecto existía en el momento de la entrega: el demandante tendría que haber acreditado de manera cumplida que, aun cuando tales defectos se manifestaron transcurrido ya aquel plazo de seis meses, existían, -o cuando menos la causa de ellos-, en el momento de la entrega del vehículo, prueba que no puede deducirse del hecho de que por la parte demandada no se hubieran impugnado los referidos documentos, por cuanto los mismo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 326 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, lo único que acreditan es la existencia de los defectos y el coste de su reparación, pero en modo alguno, al no contenerse en ellos la más mínima referencia, que los indicados defectos tuvieran que existir en el momento de la entrega del vehículo.

⁶⁰⁶ Sobre esta cuestión, dicha sentencia señala que *tampoco cabe imponer a la comunidad demandante la prueba de no haber realizado un uso abusivo, por más que sea ella quien dispone de la facilidad probatoria (art. 217-7 LEC), al no poderle ser exigida la prueba de un hecho negativo.*

origen, es decir, lo tenía ya el vehículo cuando se le entregó, al no regir ya la presunción anterior, que obliga al vendedor a probar que entregó lo vendido en óptimas condiciones de funcionamiento.

c) Toma de posición.

De acuerdo con lo señalado por doctrina y jurisprudencia, entiendo que resulta claro que el consumidor, ante la manifestación de un defecto una vez han transcurridos seis meses desde la entrega, es quien viene obligado a probar que efectivamente dicho defecto existía en el momento de la entrega del bien, cuestión que no resultará fácil. El consumidor, a pesar de que el defecto se haya manifestado una vez han transcurridos seis meses desde la entrega, es quien solicita amparo a los tribunales reclamando la reparación, sustitución, rebaja o resolución por la existencia de dicho defecto, por lo que vendrá obligado por lo previsto en el artículo 217.2 de la LEC a demostrar el presupuesto de su acción, esto es, la existencia del defecto en el momento de la entrega del bien.

Lo manifestado no es óbice para que se deba atender a las particularidades de cada caso cuando haya que decidir cómo actuar con respecto a la prueba de la preexistencia de la falta de conformidad. Por aplicación de las previsiones del artículo 217.7 de la LEC, en cada caso *deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*, y por tanto, habrán de considerarse las circunstancias concretas de cada supuesto, pudiendo resultar alterada la regla de que el consumidor es quien debe probar que el defecto es originario, esto es, que existía en el momento de la entrega del bien;

así lo han venido a corroborar algunos autores (AVILÉS GARCÍA y ARIAS-SALGADO ROBSY) y la jurisprudencia (la SAP de Huelva de 23 de junio de 2006 - JUR 2007\48378- así manifiesta que *no siempre tiene que probar quien alega, sino que bien puede distribuirse la carga entre las partes, pudiéndose valorar especialmente cual de ellas tiene mayor facilidad para acceder a la prueba del hecho necesitado de ella*).

La aplicación del artículo 217.3 de la LEC llevaría a que, en concordancia con la obligación del comprador de probar el presupuesto de su acción (demostrar la existencia del bien defectuoso en el momento de la entrega), el vendedor tuviera que probar los hechos que extingan, impidan o enerven la eficacia jurídica de los hechos que sirvieron de presupuesto al comprador para reclamarle; por ello podrá el vendedor demostrar que el comprador no dio un correcto uso al bien de consumo en cuestión y que dicha utilización provocó que el defecto (que el comprador alega que existía en el momento de la entrega) naciera de forma sobrevenida teniendo tal falta de conformidad origen en el mal uso del producto (esta última manifestación se correspondería con lo señalado por la SAP de Asturias de 23 de junio de 2010 -JUR 2010\265958- de que no cabe imponer al comprador la prueba de no haber realizado un uso abusivo del producto).

Entiendo también necesario el acudir en muchas ocasiones a las presunciones judiciales del artículo 386 de la LEC; sin embargo, considero que no pueden aplicarse las previsiones de tal precepto en el sentido de entender que, por haberse acreditado exclusivamente que un defecto se manifestó en un

determinado momento posterior a la entrega del producto, deba deducirse que dicho defecto existía en el momento de tal entrega. Para quien suscribe, en correspondencia con lo resuelto por la SAP de Salamanca de 9 de junio de 2008 y en contra de lo dictaminado por la SAP de La Coruña de 5 de mayo de 2008, ni interpretando tal precepto desde el principio “pro consumatore” podría llegarse a tal conclusión, ya que entre el hecho admitido o probado (defecto manifestado con posterioridad a la entrega) y el hecho presunto (existencia del defecto en el momento de la entrega) no habría el *enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano* que el artículo 386 de la LEC requiere. Deben probarse más hechos (no solo que el defecto se manifestó después de la entrega) para presumir que el defecto existía en el momento de la entrega.

9. EXIGENCIA DE FORMA ESCRITA.

En este apartado se analiza si resulta necesario facilitar al consumidor por escrito (o por cualquier medio que deje constancia de ello) los derechos que éste puede ejercitar en caso de falta de conformidad en el bien adquirido. Se parte de que el TRLGDCU no establece la obligación de facilitar de una determinada forma los derechos que la garantía legal ofrece (no se considera en el supuesto planteado la forma en que habrán de facilitarse los derechos que puedan tenerse por una garantía comercial que se haya convenido⁶⁰⁷). La Directiva

⁶⁰⁷ Para la garantía comercial el artículo 125.2 del TRLGDCU establece que *La garantía comercial deberá formalizarse, al menos en castellano, y, a petición del consumidor y usuario, por escrito o en*

199/44/CE tampoco realiza mención alguna sobre la forma en que debe facilitarse la garantía legal.

La LGVBC sí que establecía en su artículo 11.5 que *En relación con los bienes de naturaleza duradera, la garantía comercial y los derechos que esta ley concede al consumidor ante la falta de conformidad con el contrato se formalizarán siempre por escrito o en cualquier soporte duradero.*

A. Doctrina.

Esta obligación recogida en el artículo 11.5 de la LGVBC se limitaba solo a los bienes de naturaleza duradera, si bien hay quien señaló⁶⁰⁸ que esta obligación de facilitar por escrito o en soporte duradero los derechos que la LGVBC concedía, debía extenderse a cualquier tipo de producto, tuviese naturaleza duradera o no, extensión que se realizaba al interpretarse tal precepto desde la perspectiva artículo 53.3 de la CE⁶⁰⁹. Tal interpretación nos llevaría a considerar que no cabría entender el artículo 11.5 de la LGVBC de forma restrictiva, esto es, limitando la exigencia de forma escrita o en soporte duradero a los bienes de consumo de naturaleza duradera.

En el TRLGDCU es el artículo 126 el que recoge las previsiones del Título IV sobre la garantía comercial en los productos de naturaleza duradera, tal y como

cualquier otro soporte duradero y directamente disponible para el consumidor y usuario, que sea accesible a éste y acorde con la técnica de comunicación empleada.

⁶⁰⁸ INC, CG/11/04: *¿Se aplica la Ley 23/003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo a los medicamentos?, op. cit.*

⁶⁰⁹ Artículo 53.3.

El reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo III, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las Leyes que los desarrollen.

el artículo 11.5 hacía en la LGVBC. De la comparación de ambos preceptos puede observarse como difiere su contenido: el artículo 126 no establece la obligación para el vendedor de facilitar por escrito o en soporte duradero los derechos que dicho Título IV concede al consumidor (tampoco ningún otro precepto de dicho Título establece dicha obligación).

B. Jurisprudencia.

La jurisprudencia apenas se ha pronunciado sobre esta cuestión, si bien existen dos resoluciones que se refieren a este asunto:

i) La SJCA núm. 2 de León de 14 de septiembre de 2007 (JUR 2008\112281) señala que *en el momento en que se vende un bien de naturaleza duradera, el vendedor debe entregar al consumidor un documento o información en el que se formalicen por escrito o en cualquier soporte duradero los derechos que la Ley 23/2003 de 10 de julio concede al consumidor...independientemente de que vaya acompañada de garantía comercial y de que se expongan al público carteles informando sobre los derechos del consumidor para el caso de falta de conformidad con el contrato.* Esta sentencia no haría extensible a otros bienes distintos a los de naturaleza duradera la necesidad de entregar al consumidor por escrito o en soporte duradero los derechos que la LGVBC concedía.

ii) La SAP de Murcia de 26 de julio de 2007 (JUR\2008\79564) no establece explícitamente la necesidad de facilitar por escrito o en soporte duradero los derechos que el Título IV concede: *No obstante la ausencia de una forma escrita, en la que consten claramente identificadas las cláusulas y condiciones de*

la venta, y en la que se debería reflejar el alcance de la garantía concertada sobre el vehículo de segunda mano adquirido por la actora apelada, determina que procede la aplicación de las normas generales reguladoras de las garantías en aquellos contratos en los que están incluidos consumidores. Esta sentencia declara aplicable el Título IV al supuesto que resuelve, a pesar de que no se faciliten por escrito las garantías que dicho régimen ofrece.

C. Toma de posición.

En opinión de quien suscribe, la desaparición de la exigencia recogida en el citado artículo 11.5 de la LGVBC, referida al deber de facilitar por escrito o en cualquier soporte duradero los derechos que la LGVBC reconocía al consumidor cuando adquiriría un bien de naturaleza duradera, resulta lógica. Para la garantía comercial sí es necesario conocer cuáles son las condiciones que rigen tal garantía, y, por ello, es coherente que se ofrezca al consumidor la posibilidad de exigir que se le faciliten por escrito o en cualquier otro soporte duradero dichas condiciones (artículo 125 del TRLGDCU), porque sin tal documento o soporte, el consumidor no podrá conocer qué facultades le concede la garantía comercial; sin embargo, considero que no es necesario que se ofrezca al consumidor la posibilidad de exigir que el vendedor le facilite por escrito o en cualquier otro soporte duradero los derechos que el Título IV le concede, ya que el consumidor siempre podrá acudir al TRLGDCU para

conocer cuáles son sus derechos ante la concurrencia de una falta de conformidad. Esta postura se vería apoyada por las resoluciones judiciales mencionadas, dado que éstas no vienen a pronunciarse en el sentido de entender exigible que al consumidor se le faciliten por escrito o en soporte duradero los derechos que el Título IV le concede; “sensu contrario” podría afirmarse que, al no manifestar estas resoluciones judiciales que el vendedor viene obligado a entregar por escrito o en soporte duradero tal información al consumidor, el vendedor no viene vinculado por tal obligación. En este sentido, desde la perspectiva de la operatividad comercial, estimo adecuado que el consumidor no pueda exigir, por escrito o en cualquier otro soporte duradero, los derechos que el Título IV le concede dado que el reconocerle esta prerrogativa ralentizaría la compraventa del bien de consumo sin causa justificada.

El hecho de que el consumidor no pueda exigir al vendedor que éste le facilite por escrito o en soporte duradero los derechos que el Título IV le concede, no es óbice para que el consumidor pueda exigir en cualquier caso la entrega de un documento en el que, al menos, conste el objeto, el precio y la fecha del contrato (artículo 11.3 de la LOCM).

10. ACCIÓN CONTRA EL PRODUCTOR.

A. Condiciones necesarias para ejercitar la reclamación contra el productor.

Una primera lectura del artículo 124 del TRLGDCU⁶¹⁰ permite observar cómo se regulan dos circunstancias relacionadas con la posibilidad de que el consumidor pueda dirigirse directamente contra el productor⁶¹¹: i) al

⁶¹⁰ Artículo 124.

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

Con carácter general, y sin perjuicio de que la responsabilidad del productor cesara, a los efectos de este título, en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el vendedor, el productor responderá por la falta de conformidad cuando ésta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.

Quien haya respondido frente al consumidor y usuario dispondrá del plazo de un año para repetir frente al responsable de la falta de conformidad. Dicho plazo se computa a partir del momento en que se completó el saneamiento.

⁶¹¹ Puede observarse como en muchas sentencias se destaca la dificultad de distinguir entre la figura del vendedor y la del productor:

1. La SAP de Sevilla de 4 de febrero de 2014 (2014\132742) rechaza la excepción de falta de legitimación pasiva alegada por una sociedad que alegaba ser una mera intermediaria entre el fabricante de un vehículo (quien se señala como vendedor) y el comprador. La AP considera probado que dicha sociedad es la vendedora si bien parece considerarla en cualquier caso como productor en el sentido del art. 10 del TRLGDCU: *La documental aportada a los autos pone de manifiesto que Talleres Auto Palacios, S.L. en papel con el membrete de la marca Opel, le hace una oferta de venta con la descripción del vehículo y todos sus componentes y prestaciones, así como el precio global debidamente desglosado. Es cierto que posteriormente la factura aparece expedida a nombre de otra entidad, también en papel con el membrete del fabricante Opel, figurando pues tal entidad como vendedora, pero no lo es menos que el actor en todo momento solo contactó con quien le había hecho la oferta y a quien se había manifestado la conformidad y expresado el consentimiento, siendo igualmente tal entidad, Talleres Auto Palacios, a la que se hizo entrega de las sumas como provisión de fondos por la compra y el resto del pago que no cubría la financiación que se tramitó, donde solo aparece la firma del comprador como prestatario y la del financiador, aunque en el cuerpo del contrato de financiación se hace constar como vendedor la otra entidad. Todas las relaciones que mantuvo el comprador a propósito de las averías y deficiencias detectadas lo fue con quien le había hecho la oferta y aceptado el pago referido, siendo tal entidad la que, ante las quejas, le remitía al comprador al fabricante, siendo también quien inicialmente aceptó y asumió la propia respuesta a que venía obligado por el contrato de garantía. En todo caso, el art. 10 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo, al regular la acción contra el productor, señala que "cuando al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los bienes con el contrato de compraventa podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener la sustitución o reparación del bien", añadiendo que "se entiende por productor al fabricante de un bien de consumo o al importador*

consumidor y usuario debe resultarle imposible o suponer una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad y ii) la falta de conformidad debe referirse al origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan; el artículo 124 del TRLGDCU recoge las previsiones que anteriormente establecía el artículo 10 de la LGVBC⁶¹².

¿Cómo deben interpretarse estos dos requisitos? Existe la duda de considerar tales requisitos como cumulativos o de forma alternativa; quien opta por interpretar tales requisitos acumuladamente, entiende necesario (para que el consumidor pudiera reclamarle directamente al productor) que al

del mismo en el territorio de la Unión Europea o a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien de consumo su nombre, marca u otro signo distintivo". En consecuencia, hemos de concluir que la acción dirigida frente a Talleres Auto Palacios S.L. era correcta procediendo la desestimación de la excepción de falta de legitimación pasiva.

2. La SAP de Pontevedra de 4 de febrero de 2014 (JUR\2014\72727) destaca tal situación en el recurso de apelación que resuelve: *Contestando al recurso de apelación formulado por el comprador demandante Sr. Estanislao, deberá refrendarse, de principio, la estricta condición jurídica de vendedora de la entidad condenada Brea Hervos SL conforme a factura obrante a fs. 7 y 8. Debe remarcar, sin embargo, la difícil concreción de la contraparte contractual, al presentarse Volkswagen Audi España como importadora y distribuidora del vehículo con logotipo de la marca en factura, y al haber desarrollado importantes funciones de mediación material con el cliente -preparación, matriculación y entrega- la entidad codemandada Varela Motor SL, servicio oficial de posventa de la referida marca VW. Dicha compleja relación interna de la parte vendedora hacia el consumidor adquirente repercutirá en el capítulo de costas del modo que se dirá.*

Sin embargo, existen ocasiones en que si resulta posible diferenciar el papel de los diversos agentes que intervienen para proporcionar al consumidor el bien objeto de la compraventa; así, la SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 9 de mayo de 2013 (JUR 2013\241385), desestima la demanda interpuesta contra una sociedad representante de la marca a la que pertenecía el bien no conforme: *la ampliación de la responsabilidad al fabricante en su art. 124 no determina este Real Decreto la responsabilidad del representante de la marca. Por ello y al no ser la entidad mercantil Aqua-Sport Insular S.L, ni el fabricante ni el vendedor sólo procede estimar su falta de legitimación pasiva y desestimar la demanda con relación a este demandado, confirmando este pronunciamiento de la sentencia. Ya que no consta en autos ninguna reclamación a esta entidad, requisito indispensable para poder accionar contra él, ni se prueba la relación que tiene con el fabricante.*

⁶¹² La única diferencia entre ambos preceptos se encuentra representada por la definición de productor que se da en el tercer párrafo del art. 124: *Se entiende por productor al fabricante de un bien de consumo o al importador del mismo en el territorio de la Unión Europea o a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien de consumo su nombre, marca u otro signo distintivo.*

consumidor le resulte imposible o muy costoso dirigirse al vendedor siendo requerido acumuladamente que el defecto se refiera al origen, identidad o idoneidad del producto. Al contrario, quien entiende que tales circunstancias representan supuestos alternativos aboga porque que en ambas situaciones puede reclamarse directamente al vendedor, tanto en el caso en que no es posible reclamar al vendedor o si tal acción resulta excesivamente gravosa, como en la situación en que el defecto se debe al origen, identidad o idoneidad del producto defectuoso.

Debe partirse de que la Directiva 1999/44/CE en su Considerando 23 señala que *a la luz de esta evolución y de la experiencia adquirida en la aplicación de la presente Directiva, podría ser necesario prever una mayor armonización, en particular estableciendo una responsabilidad directa del productor respecto de los defectos de que sea responsable.*

a) Doctrina.

MOSCOSO TORRES⁶¹³ parece defender que los requisitos citados se tengan que exigir acumuladamente al afirmar que *La acción prevista para exigir esa responsabilidad es directa, lo que implica que no se tengan que ejercitar después o simultáneamente a la que proceda contra el vendedor, pero supeditada a determinadas condiciones (es decir, cuando al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor) y restringida o limitada a las faltas de conformidad con las que de alguna manera se encuentra implicado el productor; es decir y como*

⁶¹³ *Op. cit.*, pg. 814.

señala el mismo art. 10, cuando se refieran al origen, identidad o idoneidad de los bienes de consumo, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan; solo responde, pues, de las faltas de conformidad que atañen a su actividad.

b) Jurisprudencia.

La SAP de La Coruña de 21 de mayo de 2007 (JUR\2007\295652) realiza una exposición de las diferentes posturas en torno a la cuestión que se está analizando. Cita como autores defensores de una interpretación acumulada de estos requisitos a MARÍN LÓPEZ, MOSCOSO TORRES y COSTAS RODAL; en contra de dicha interpretación y, por tanto, a favor de interpretar alternativamente los requisitos expuestos cita a DÍAZ ALABART, PEÑA LÓPEZ y REPRESA POLO, pasando después a plantear los argumentos a favor y en contra de esta última interpretación:

i) Como argumentos a favor de esta interpretación alternativa presenta los siguientes motivos:

- a. Al ser la Directiva 1999/44/CE una norma de mínimos⁶¹⁴, nada impide que la ley que transponga dicha Directiva a la legislación nacional observe un mayor nivel de protección al consumidor,

⁶¹⁴ Ya en el año 1998 GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., destacaba que el establecimiento de una Directiva de «mínimos» que permite que los distintos Estados dicten una normativa más intensa en materia de protección de consumidores que la contemplada en la norma europea era una práctica habitual que había adoptado el legislador comunitario tanto en Directivas de consumo como en aquellas que regulaban relaciones entre un profesional y un consumidor. Este autor realizaba tal manifestación a propósito de la Directiva 94/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 1994, relativa a la protección de los adquirentes en lo relativo a determinados aspectos de los contratos de adquisición de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido. “La facultad de desistimiento en la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico de 1998”, op. cit., pg. 586.

como resulta de la previsión de una acción directa, al menos, en algunos supuestos, frente al productor.

- b. Los requisitos observados por el artículo 10 de la LGVBC deben entenderse como alternativos dada la interpretación sistemática de este precepto y de las previsiones de la LGDCU, en particular, de sus artículos 11⁶¹⁵ y 27⁶¹⁶; *debe repararse en la identidad entre los*

⁶¹⁵ Artículo 11.

1. *El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o de evolución 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 reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad y nivel de prestación y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato. La devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de que se encuentre dentro del plazo de garantía legal, en los términos previstos en la Ley de Garantías en la Venta de de Bienes de Consumo.*

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 estuviere 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.*

4. *Queda prohibido incrementar los precios de los repuestos al aplicarlos en las reparaciones y cargar por mano de obra, traslado o visita cantidades superiores a los costes medios estimados en cada sector, debiendo diferenciarse en la factura los distintos conceptos. La lista de precios de los repuestos deberá estar a disposición del público.*

5. *En los bienes de naturaleza duradera, el consumidor o usuario tendrá derecho a un adecuado servicio técnico y a la existencia de repuestos durante un plazo determinado.*

Las previsiones que el artículo 11 de la LGVBC contenía se han distribuido en los artículos 21, 125 y 162 del TRLGDCU.

⁶¹⁶ Artículo 27.

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, regirán los siguientes criterios en materia de responsabilidad:*

supuestos de imputación de responsabilidad al fabricante ex art. 27.1.a) de la LGDCU y el tenor literal del art. 10.II de la LGVBC (actual 124.2º del TRLGDCU)

- c. Se argumenta que, por intervenir el vendedor tan solo en la comercialización del producto y no en la producción o fabricación, resulta razonable que no le sea imputable, al menos exclusivamente, la falta de conformidad del producto o bien de consumo en los casos mencionados en el art. 10.II de la LGVBC (defecto referido al origen, identidad o idoneidad del producto, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regula).
- d. Se dice que tal interpretación es la lógica de acuerdo con la lectura de los dos primeros párrafos del artículo 10 de la LGVBC,

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) En el caso de productos a granel responde el tenedor de los mismos, sin perjuicio de que se pueda identificar y probar la responsabilidad del anterior tenedor o proveedor.

c) En el supuesto de productos envasados, etiquetados y cerrados con cierre íntegro, responde la firma o razón social que figure en su etiqueta, presentación o publicidad. Podrá eximirse de esa responsabilidad probando su falsificación o incorrecta manipulación por terceros, que serán los responsables.

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.

Las previsiones del artículo 27 de la LGDCU se han recogido en la Disposición Transitoria Tercera del TRLGDCU, estableciendo que tales previsiones del art. 27 (junto a las reglas previstas en los art. 147 a 149 del TRLGDCU) se aplicarán para exigir la responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos puestos en circulación con anterioridad al 8 de julio de 1994.

Para todos aquellos daños causados por productos puestos en circulación con posterioridad a tal fecha, dejaron de aplicarse las previsiones del art. 27 citado y de los art. 147 a 149 del TRLGDCU para regirse por la regulación de los artículos 135 a 136 del TRLGDCU.

teniendo en cuenta la expresión *Con carácter general* utilizada por el párrafo segundo de tal precepto⁶¹⁷.

e. Por último, se alega que interpretar estos requisitos de forma alternativa es lo que correspondería de acuerdo con la “ratio legis” de la norma citada, esto es, el principio “pro consumatore”.

ii) Como argumento en contra de esta interpretación alternativa y a favor de la acumulativa, esta sentencia de 21 de mayo de 2007 señala que la interpretación alternativa *puede plantearse como dudosa cuando la falta de conformidad afecte a la identidad del bien*. Sobre la doctrina que se ha mostrado a favor de interpretar de forma acumulada tales requisitos⁶¹⁸, algunos de los citados autores han defendido tal postura sin explicar detalladamente las razones que les llevan a mantener tal posición.

En torno a la cuestión de cómo interpretar tal precepto, la jurisprudencia se ha mostrado de diferente forma:

⁶¹⁷ Sobre tal idea de que interpretar los requisitos de forma acumulada es la lógica de acuerdo con la lectura de los dos primeros párrafos del artículo 10 de la LGVBC, la citada SAP de La Coruña de 21 de mayo de 2007 señala que *la sostenida es una interpretación que dota de pleno significado a los dos primeros párrafos del art. 10 de la LGVBC, pues no puede olvidarse que, de conformidad con el tenor literal del segundo de estos párrafos, la responsabilidad directa del productor frente al consumidor/adquirente en los casos en que la falta de conformidad se refiera al origen, a la identidad o a la idoneidad de los bienes se establece «con carácter general», careciendo de razón de ser y de apoyo en una hermenéutica literal de la norma la restricción de los supuestos de responsabilidad directa del productor por vicios o defectos del bien de consumo que le son imputables a los supuestos en que el adquirente consumidor no pueda dirigirse contra el vendedor o cuando esta posibilidad le resulte excesivamente onerosa*.

⁶¹⁸ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 124 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pg. 1565. MOSCOSO TORRES, P. J., *op. cit.*, pg. 814 y 815.

i) Existen numerosas sentencias que parecen establecer como único requisito para que el consumidor pueda dirigirse contra el productor que al primero le resulte imposible o muy costoso dirigirse contra el vendedor, no haciéndose referencia a la necesidad de que el defecto se refiera al origen, identidad o idoneidad del producto. Razonablemente se deduce que se opta por entender que las dos circunstancias descritas (imposibilidad y/o dificultad para dirigirse contra el vendedor y falta de conformidad referida al origen, identidad o idoneidad del producto) son requisitos alternativos y que de darse cualquiera de dichas situaciones podrá dirigirse el consumidor contra el productor. Cabe citar en este sentido la SAP de Madrid de 17 junio de 2008 (JUR\2008\265673), la SAP de Granada de 27 de julio de 2008 (JUR\2012\139405), la SAP de Navarra de 13 de febrero de 2009 (JUR\2009\295041), la SAP de Asturias de 17 de septiembre de 2010 (JUR\2010\362490), la SAP de Pontevedra de 30 de noviembre de 2010 (JUR\2011\61144), la SAP de Alicante de 19 de julio de 2011 (JUR\2011\389791) o la SAP de Madrid de 10 de enero de 2012 (JUR\2012\41269).

ii) En contra de la interpretación por la que se plantea que los requisitos determinados por el artículo 124 deben considerarse de forma alternativa la SAP de Málaga de 28 de septiembre de 2009 (JUR\2011\210860) parece

defender que para reclamar al productor es necesario que concurren las dos circunstancias citadas⁶¹⁹.

c) Toma de posición.

Se ha citado al comienzo de este apartado el Considerando 23 de la Directiva 1999/44/CE. Esta norma comunitaria no estableció que el consumidor pudiera dirigirse contra el productor tal y como ha previsto el artículo 124 del TRLCGDCU. Sin embargo, dicho Considerando 23 sí que previó la posibilidad de que en el futuro se regulara tal acción *estableciendo una responsabilidad directa del productor respecto de los defectos de que sea responsable*. De la formulación de dicho Considerando 23, parece deducirse que la Directiva 1999/44/CE contempló la posibilidad de que en el futuro se adoptara una medida que permitiera al consumidor reclamar al productor por *los defectos de que sea responsable*, pudiendo deducirse “sensu contrario” que por aquellas cuestiones que no fuera responsable tal productor, no podría el consumidor dirigirse contra él.

Se debe considerar el artículo 124 del TRLGDCU a la luz de la Directiva 1999/44/CE; por ello, una lógica interpretación de ambos preceptos llevaría a entender que no se podrá dirigir el consumidor contra el productor por posibles

⁶¹⁹ Esta sentencia parece defender una interpretación cumulativa señalando que *el artículo 124 reconoce al consumidor una acción contra el productor, al establecer que cuando al consumidor y usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los productos con el contrato, podrá reclamar directamente al productor con el fin de obtener la sustitución o reparación del producto, ya que éste responderá por la falta de conformidad cuando la misma se refiera al origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.*

defectos atribuibles al vendedor en los que el productor nada tenga que ver; resulta lógico que el productor responda de posibles faltas de conformidad en la que haya podido intervenir, esto es, las relacionadas con el *origen, identidad o idoneidad de los productos* (segundo párrafo artículo 124 del TRLCGDCU), pero no de otros defectos ajenos a su actividad (faltas de conformidad relacionadas con la no correspondencia del bien con la descripción realizada por el vendedor, usos especiales requeridos al vendedor y aceptados por éste, etc.). Al igual que resulta lógico que al productor no pueda exigírsele como formas de saneamiento la resolución del contrato o la rebaja del precio, ya que no recibe el precio del contrato en cuestión ni es parte en el contrato a resolver, tampoco resulta razonable que se le pueda reclamar al productor por cuestiones ajenas a su ámbito de actuación, esto es, por cuestiones diferentes a las del origen, identidad o idoneidad de los productos.

Esta postura nos lleva a defender que las circunstancias descritas en los dos primeros párrafos del artículo 124 del TRLCGDCU deben interpretarse conjuntamente; de interpretar de forma alternativa tales requisitos se estaría afirmando que se podría reclamar al productor, por defectos de los que no fuera responsable, cuando al consumidor y usuario le resultara imposible o una carga excesiva dirigirse frente al vendedor, posibilidad que se niega pues se entiende que el consumidor podrá dirigirse contra el productor cuando éste último sea de alguna manera responsable de la falta de conformidad causada, esto es, cuando el defecto se refiera al origen, identidad o idoneidad de los productos.

En la línea defendida por MOSCOSO TORRES, se considera procedente la interpretación del artículo 124 del TRLCGDCU que respeta las previsiones de la Directiva 1999/44/CE, esto es, la que considera que los dos requisitos previstos en los dos primeros párrafos de tal precepto deben entenderse acumuladamente de forma que podrá dirigirse el consumidor contra el productor cuando le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor y la falta de conformidad asimismo se refiera al origen, identidad o idoneidad del producto.

B. Caracteres de la responsabilidad del productor.

Habiendo determinado cuándo puede el consumidor reclamar al productor; ahora se debe analizar cómo debe catalogarse tal responsabilidad.

a) Doctrina.

En la doctrina no existe unanimidad a la hora de calificar la acción a ejercitar por el consumidor contra el productor: una parte de aquella la considera como subsidiaria⁶²⁰ (de la acción a dirigir contra el vendedor), otra como residual⁶²¹ en la medida en que se prevé para concretos supuestos; algunos autores han catalogado tal acción como contractual⁶²², otros como extracontractual⁶²³, etc.

⁶²⁰ AVILÉS GARCÍA, J., parece que comienza por señalar que tal acción debe definirse como subsidiaria (*la Ley reconoce subsidiariamente una acción directa contra el productor, fabricante o tercero responsable de la falta de conformidad derivada de la compraventa (art. 124 TRLGDCU)*, si bien luego declara que *el art. 124 TRLGDCU no establece una responsabilidad solidaria del productor o fabricante junto con el vendedor, ni tampoco una responsabilidad subsidiaria, sino que introduce una suerte de responsabilidad "cuasisubsidiaria" o "residual"*. *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción, op. cit.*

⁶²¹ MOSCOSO TORRES, P. J., *op. cit.*, pg. 814.

⁶²² MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al artículo 124 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *op. cit.*, pg. 1564.

b) Jurisprudencia.

La jurisprudencia ha analizado de diferente forma la acción del productor y el tipo de responsabilidad que éste debe afrontar: muchas resoluciones estiman que tal acción es subsidiaria (la SAP de Asturias de 17 de septiembre de 2010 - JUR\2010\362490-, la SAP de Alicante de 19 de julio de 2011 - JUR\2011\389791- o la SAP de Madrid de 10 de enero de 2012 - JUR\2012\41269-), otras sentencias la califican como residual (la SAP de Navarra de 13 de febrero de 2009 -JUR\2009\295041-); alguna resolución judicial considera que existe una identidad y paralelismo entre la acción contra el productor de la LGVBC y el régimen de la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la defensa de los consumidores y usuarios, referencia sobre esta última ley que se entiende realizada a lo previsto por el artículo 27.2 de esta última norma⁶²⁴.

Es de interés el supuesto resuelto por la SAP de Madrid de 17 junio de 2008 (JUR\2008\265673) que conoció en apelación el recurso presentado contra la sentencia que en primera instancia condenó a vendedor e importador solidariamente. La Audiencia Provincial de Madrid viene a señalar que el

⁶²³ MOSCOSO TORRES, P. J., *op. cit.*, pg. 814.

⁶²⁴ La SAP de Murcia de 30 de mayo de 2006 (JUR\2006\187552) señala que *estimamos de acuerdo con la citada Ley de Garantías (LGVBC) que tanto el vendedor como el productor son responsables directos frente al consumidor. Su responsabilidad es objetiva y por tanto quedan asimismo obligados al saneamiento de defectos que pueden ser imputables a otros intervinientes en la correspondiente cadena o proceso de producción, distribución y comercialización. De ahí que el artículo 10 en su párrafo 4 regule la denominada acción de repetición o reembolso de lo pagado al consumidor. Todo ello nos permite afirmar sin duda la existencia de una clara identidad y paralelismo de esta Ley con la Ley General para la defensa de Consumidores y Usuarios, y en concreto en lo relativo a la responsabilidad solidaria frente al consumidor de todos los intervinientes en el proceso de producción, distribución y venta.*

artículo 10 del LGVBC (actual 124 del TRLGDCU) establece una responsabilidad solidaria entre el productor y el vendedor. La sentencia de apelación, amparándose en la falta de legitimación del demandante para ejercitar las acciones del Título IV dada su condición de no consumidor, desestima también la demanda con respecto al vendedor (que no recurrió su condena en primera instancia) dada la responsabilidad solidaria referida del artículo 10 del LGVBC entre vendedor y productor; *los efectos de la actuación procesal de uno de los condenados, alcanzan a su coobligado solidario, por virtud de la fuerza expansiva que la solidaridad comporta...En igual sentido la SSTS de 18 de abril de 2002, 29 de diciembre de 2000, 13 de febrero de 1993 : «la estimación del recurso interpuesto por un coobligado solidario beneficia a los demás aunque no recurrieran».*

c) Toma de posición.

En cuanto al tipo de responsabilidad, partiendo de lo afirmado por la jurisprudencia y de la analogía del régimen del art. 10 de la LGVBC con el del art. 27 de la LGDCU, debe entenderse que vendedor y productor resultan responsables solidariamente ante el consumidor.

En torno a la cuestión sobre si la responsabilidad a la que debe hacer frente el productor es de naturaleza contractual o extracontractual, comparto la postura que afirma que tal responsabilidad no debe catalogarse como

contractual⁶²⁵. La acción dirigida contra el productor deriva de un contrato en el que éste no ha sido parte, el firmado entre consumidor y vendedor, lo que me lleva a calificar la responsabilidad del productor como extracontractual.

C. Imposibilidad o carga excesiva para el consumidor de dirigirse contra el vendedor.

El primer párrafo del artículo 124 del TRLCGDCU, establece que *Cuando al consumidor y usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor por la falta de conformidad de los productos con el contrato podrá reclamar directamente al productor*. En torno a esta situación entiendo necesario analizar dos cuestiones.

a) Situaciones en las que considerar que al consumidor le resulta imposible o muy difícil dirigirse contra el vendedor.

Las previsiones del primer párrafo del artículo 124 del TRLCGDCU se han materializado dando lugar a diferentes supuestos en los que el vendedor puede reclamar directamente al productor por la falta de conformidad.

(i) Doctrina.

La doctrina⁶²⁶ ha considerado como imposibilidad para dirigirse contra el vendedor la disolución de la empresa vendedora, el cierre del establecimiento

⁶²⁵ MOSCOSO TORRES, citando a GARCÍA RUBIO, M. P., señala que la responsabilidad del productor es «extracontractual» pero, como se ha señalado, situada en un contexto de general de relaciones contractuales. *Op. cit.*, pg. 814.

⁶²⁶ MARÍN LÓPEZ, M. J., recopila las circunstancias que los autores han considerado incluidas en dicho supuesto del artículo 124.I del TRLCGDCU. “Comentario al artículo 124 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *op. cit.*, pg. 1566.

de tal agente o la imposibilidad de localizarlo; se ha entendido que concurría una situación de dificultad para dirigirse contra el vendedor cuando al consumidor le resulta complicado identificar o localizar a dicho profesional, cuando éste último tiene su sede o establecimiento en lugar lejano o cuando ha existido una reclamación extrajudicial infructuosa del consumidor frente al vendedor.

Existe quien⁶²⁷ considera que solo cuando se dé una compraventa transfronteriza puede aplicarse esta posibilidad de reclamar directamente al productor por suponerle al consumidor una carga excesiva dirigirse frente al vendedor; se considera que en una venta nacional al consumidor no le supone una carga excesiva reclamar al vendedor, con independencia de la distancia que tenga que desplazarse el comprador para reclamar al vendedor o de los medios que tenga que utilizar para ello⁶²⁸.

(ii) Jurisprudencia.

La SAP de Navarra de 13 de febrero de 2009 (JUR\2009\295041) enumera determinadas circunstancias que considera encuadradas en dicha situación de

⁶²⁷ MOSCOSO TORRES, P. J., *op. cit.*, pg. 814.

⁶²⁸ A este respecto pueden mencionarse las previsiones del artículo 90.2 del TRLGDCU. Este precepto señala como abusiva la cláusula que recoja la *previsión de pactos de sumisión expresa a Juez o Tribunal distinto del que corresponda al domicilio del consumidor y usuario, al lugar del cumplimiento de la obligación o aquél en que se encuentre el bien si éste fuera inmueble*. Se refiere como finalidad de este precepto la de evitar que *se disuada al consumidor de exigir el cumplimiento de los compromisos asumidos por el profesional, dado que se le obliga a seguir unos trámites, administrativos o judiciales, durante un periodo extenso de tiempo y, en algún caso, con unos costes más elevados que su pretensión, desistiendo, finalmente, de la misma*. GARCÍA PÉREZ, C. L., “Comentario al artículo 89.6 y 89.8 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pg. 1140.

dificultad o imposibilidad de reclamar al vendedor: *el consumidor se puede dirigir contra el productor siempre que le resulte imposible - v.gr., en aquellos casos en que el vendedor haya desaparecido del mundo jurídico o haya sido declarado en concurso de acreedores- o excesivamente gravoso dirigirse contra el vendedor -v.gr., se encuentra domiciliado en otro Estado-...*

La SAP de Madrid de 7 junio de 2012 (JUR 2012\261245) representa otro pronunciamiento judicial que aborda la reclamación que se dirige contra el productor ante la dificultad o imposibilidad de reclamar al vendedor; esta sentencia entiende que debe considerarse una carga excesiva para el comprador (junto a la escasa cuantía que se reclama) el hecho de que éste tenga que desplazarse 400 km para demandar al vendedor del bien de consumo: *el vendedor se encuentra en Elche (Alicante) y la demandante vive en Madrid, con lo que bien cabe apreciar que demandarle supone una carga excesiva para la actora, teniendo en cuenta, por otro lado, la cantidad que se reclama, 473,31 €.*

(iii) Toma de posición.

Sobre las circunstancias mencionadas como supuestos a incluir en las previsiones del primer párrafo del artículo 124 del TRLGDCU, deben resaltarse las siguientes cuestiones:

i) A la consideración de la disolución de la empresa vendedora como supuesto en que al consumidor le es imposible dirigirse al vendedor, resulta equiparable el fallecimiento o incapacitación de la persona física vendedora del

bien defectuoso, cuando no haya existido quien suceda en dicha actividad al causante o incapacitado.

ii) El entender que resulta imposible dirigirse contra el vendedor porque éste se halle en concurso de acreedores, resulta contrario a los elementos que configuran dicho procedimiento: la declaración en concurso de una persona, ya sea jurídica o física, no hace imposible que se le pueda reclamar ante una falta de conformidad, ya que tal declaración no supone la extinción de su personalidad jurídica.

iii) Se ha señalado que la doctrina ha reconocido que resulta muy gravoso para el consumidor dirigirse contra el vendedor cuando el mismo tiene su sede o establecimiento en un lugar lejano, si bien esta consideración para quien suscribe resulta muy indeterminada: ¿cuánto debe distar la sede o establecimiento del vendedor del domicilio del comprador para entender que a éste último le resulta una carga excesiva dirigirse frente al vendedor? En contra de lo sostenido por la SAP de Madrid de 7 junio de 2012, que considera que resulta una carga excesiva para el comprador el que éste se encuentre a 400 km del domicilio del vendedor dentro de un mismo país, entiendo (al igual que MOSCOSO TORRES) que debe considerarse un supuesto de dificultad excesiva exclusivamente el caso de la venta transfronteriza, no correspondiendo identificar como un supuesto en que resulta especialmente gravoso para el consumidor dirigirse contra el vendedor el hecho de que el establecimiento del vendedor se encuentre en una localidad distinta a la del consumidor, siempre

que ambos lugares se sitúen dentro del territorio nacional; en cualquier caso, el valor del bien que se ha revelado defectuoso puede ser un elemento a tomar como referencia para determinar si resulta una carga excesiva para el consumidor dirigirse contra el vendedor por tener este último agente su sede o establecimiento en un lugar distinto al del consumidor (cuando menor sea importe del producto defectuoso, más posibilidades habrá de que se considere que representa una carga excesiva para el consumidor el tener que desplazarse para reclamar al vendedor).

iv) No comparto que deba entenderse que supone una carga excesiva dirigirse contra el vendedor el que éste previamente no haya atendido a la reclamación del consumidor dirigida a dicho vendedor requiriendo el saneamiento de la falta de conformidad. El defender que en tal situación le resulta al consumidor muy difícil dirigirse contra el vendedor, supondría una interpretación demasiado amplia del concepto carga excesiva recogido en el primer párrafo del artículo 124 del TRLGDCU; dicha situación podrá suponer una dificultad en la reclamación a realizar por el comprador, pero nunca de tal entidad como para catalogarla de excesiva.

b) Carga de la prueba sobre la imposibilidad o dificultad del consumidor para dirigirse contra el vendedor.

Existe otra cuestión que ha sido destacada por la jurisprudencia sobre la imposibilidad o carga excesiva del consumidor para dirigirse frente al

vendedor: ¿a quién le corresponde probar que concurre esta circunstancia prevista en el primer párrafo del artículo 124 del TRLGDCU?

(i) Jurisprudencia.

La SAP de Madrid de 10 de enero de 2012 (JUR\2012\41269) establece que corresponde al consumidor probar que concurre tal situación de imposibilidad o gran dificultad de dirigirse frente al vendedor: *son extremos estos cuya prueba habrá de recaer sobre el adquirente, dado que constituyen presupuestos de su pretensión contra el productor.*

En este mismo sentido se manifiesta la SAP de Madrid de 17 junio de 2008 (JUR\2008\265673) en un supuesto en que se requirió que fueran condenados solidariamente el productor (importador del bien defectuoso) y el vendedor a pagar una determinada cantidad por el coste de reparación del bien y los daños y perjuicios causados; en esta sentencia se declara que no es posible que el consumidor dirija su acción contra el importador *habida cuenta que la actora no ha justificado, como correspondía, la imposibilidad o extraordinaria dificultad de dirigirse frente a la vendedora.*

(ii) Toma de posición.

Tal postura mantenida por la AP de Madrid en las sentencias de 10 de enero de 2012 y de 17 junio de 2008 resulta lógica de acuerdo con la aplicación del artículo 217.2 de la LEC; corresponde al demandante la carga de la prueba de los hechos que sirven de base para su reclamación. En este caso es al consumidor que reclama al productor a quien le incumbe probar la

conurrencia de dicha imposibilidad o carga excesiva para dirigirse contra el vendedor; la falta de prueba de tal circunstancia por el consumidor conlleva la imposibilidad de que éste pueda dirigirse contra el productor.

D. Conceptos que se pueden reclamar al productor.

Establece el primer párrafo del artículo 124 del TRLGDCU que cuando se dé la imposibilidad o dificultad excesiva del consumidor para reclamar al vendedor, podrá el primero solicitar del productor la sustitución o reparación del producto.

a) Imposibilidad de reclamar al productor la resolución del contrato o la rebaja en el precio.

Se ha planteado por doctrina y jurisprudencia el por qué al productor tan solo se le puede reclamar la sustitución o reparación, y no otras formas de saneamiento.

(i) Doctrina.

La doctrina mayoritariamente entiende lógico que no pueda reclamarse la resolución del contrato litigioso y/o la rebaja en el precio ante una falta de conformidad ya que el productor no ha sido parte en el contrato en virtud del cual se entregó el producto defectuoso, concertado entre consumidor y vendedor; no puede exigírsele al productor que devuelva un precio que no ha

recibido en el caso de la rebaja, ni declarar la resolución de un contrato en el que no ha sido parte⁶²⁹.

(ii) Jurisprudencia.

La jurisprudencia mayoritariamente se ha pronunciado en parecido sentido a la doctrina exponiendo que exclusivamente cabe reclamar al productor que sustituya o repare el producto defectuoso (la SAP de Navarra de 13 de febrero de 2009 -JUR\2009\295041⁶³⁰-, la SAP de Pontevedra de 30 de junio de 2010 -JUR\2010\276355⁶³¹-, la SAP de Asturias de 17 de septiembre de 2010 -JUR\2010\362490⁶³²- y la SAP de La Rioja de 28 de mayo de 2013 -Id Cendoj: 26089370012013100294-). La SAP de Granada de 27 de julio de 2008 (JUR\2012\139405), yendo más allá que las sentencias anteriormente mencionadas, establece que, ante cualquier demanda instada contra el productor solicitando la resolución del contrato, deberá procederse a declarar la

⁶²⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 124 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, *op. cit.*, pg. 1568. MOSCOSO TORRES, P. J., *op. cit.*, pg. 815.

⁶³⁰ Señala tal sentencia que *Dicha Ley 23/2003, además, limita las reclamaciones del consumidor al productor a la sustitución o reparación del bien defectuoso, no contemplando la posibilidad de que el consumidor pueda exigir al productor ni la rebaja del precio ni la resolución del contrato, cuyas excepciones, en opinión mayoritaria de la doctrina, deben considerarse acertadas, ya que el productor no ha participado en el contrato de compraventa, de ahí que este último no responde en los mismos casos que el vendedor, ni tampoco su responsabilidad se extiende a todos los mecanismos de reparación de los que dispone el consumidor frente al vendedor (confróntese la SAP de Vizcaya de 18 de junio de 2007 así como la SAP de Castellón de 11 de abril de 2008).*

⁶³¹ Esta resolución determina que al productor sólo podrá requerirse la sustitución o reparación del bien defectuoso: *a la vista de lo que dispone el art. 10 de la Ley 23/2003. Frente al productor solo puede pretenderse la sustitución o reparación del bien (así se mantiene también en el art. 124 del actual Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por RDL 1/2007); no solo el texto del precepto es claro al respecto, sino que la mejor doctrina científica reconoce la mentada limitación legal, basada en la idea de que el productor no es parte en el contrato de compraventa por lo que no tiene sentido que haya de resolverse frente a él un contrato en el que no ha sido parte.*

⁶³² Esta sentencia establece la posibilidad de dirigir la acción subsidiariamente contra el fabricante cuando se pida la reparación o sustitución del bien, pero no si se insta la resolución...

excepción de falta de legitimación pasiva del productor, ya que la sentencia que declarase la resolución del contrato de compraventa concertado entre comprador y vendedor no podría afectar al productor pues este agente no era parte de dicho contrato⁶³³. En contra de la posición adoptada en los anteriores pronunciamientos judiciales, la SAP de Murcia de 30 de mayo de 2006 (JUR\2006\187552) confirma la sentencia dictada en primera instancia por la que se condena al fabricante del producto defectuoso y al vendedor de tal bien, a pasar por la declaración de resolución del contrato de compraventa en el que no intervino tal fabricante.

(iii) Toma de posición.

Estimo correcta la posición adoptada por la doctrina, postura corroborada por la mayoría de los pronunciamientos judiciales expuestos: el principio de relatividad de los contratos regulado por el artículo 1257 del CC establece que *los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos*. La posibilidad ofrecida en el artículo 124 del TRLGDCU por la que el consumidor puede reclamar la sustitución o reparación del bien defectuoso al productor que no ha sido parte en el contrato firmado entre consumidor y vendedor, supone una excepción a dicho principio de relatividad, si bien dicha excepción se encuentra prevista legalmente; esta excepción al principio de relatividad de los

⁶³³ La Audiencia Provincial de Granada, sobre este supuesto en el que en primera instancia se desestimó la demanda dirigida únicamente contra el importador al estimarse la excepción de falta de legitimación pasiva invocada por tal agente, señala que *es palmario que en el caso sometido a la consideración de la Sala, habida cuenta que lo que se pide es la resolución contractual, no se puede llegar a conclusión diferente de la del juez a quo*.

contratos recogida en el artículo 124.I del TRLGDCU consistente en la posibilidad de que el consumidor pueda dirigirse contra el productor para solicitar la sustitución o reparación del bien defectuoso, no puede interpretarse tan ampliamente como para posibilitar que el consumidor pueda requerir del productor formas de saneamiento distintas a las señaladas; no es lógico que el productor facilite la rebaja o acepte la resolución del contrato de compraventa que acordó el consumidor dado que no ha intervenido en el mismo.

Al igual que se ha llegado a la conclusión de que el consumidor exclusivamente puede reclamar la sustitución o reparación del bien defectuoso al productor, se debe plantear un supuesto similar: contra aquel empresario o profesional (diferente del vendedor) que se obligue mediante una garantía comercial a sufragar el coste de reparación de un bien defectuoso, no podrá solicitarse diferente forma de saneamiento a dicha reparación (no cabrá requerir la sustitución del producto, la rebaja en el precio o la resolución del contrato), dado que solo resulta responsable dicho garante por aquello a lo que se ha obligado, esto es, la reparación (en este sentido resuelve la SAP de La Coruña de 6 de febrero de 2012, JUR 2012\73998)⁶³⁴.

⁶³⁴ La SAP de La Coruña de 6 de febrero de 2012, en un supuesto en el que el consumidor suscribió un contrato de compraventa de vehículo con un vendedor profesional conviniendo el comprador un contrato adicional con otro profesional en el que a *cambio de un precio, (éste último) se compromete a asumir el coste de las reparaciones de determinadas averías que pueda presentar el vehículo durante el tiempo previamente pactado*, el consumidor solicitó la resolución del contrato de compraventa. Ante tal solicitud, la SAP de La Coruña resolvió que si el garante *no es parte en dicho contrato, ni fue nunca titular del vehículo, ni percibió el precio, no puede dirigirse la acción contra ella, conforme al principio de relatividad de los contratos contenido en el artículo 1257 del Código Civil. Los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan, de modo que en general no puede afectar lo estipulado en todo contrato a quien no intervino en su otorgamiento. Toda la argumentación va*

b) Reclamación al productor de los daños y perjuicios irrogados.

Sobre la posibilidad de que el productor tenga que indemnizar al consumidor por los daños y perjuicios causados nada señala el Título IV.

(i) Doctrina.

La doctrina⁶³⁵ ha entendido que el consumidor tiene derecho a reclamar al productor una indemnización por los daños y perjuicios que le han sido causados.

(ii) Jurisprudencia.

La jurisprudencia igualmente ha resuelto que corresponde al productor indemnizar al consumidor por los daños que le haya causado:

i) La SAP de Murcia de 30 de mayo de 2006 (JUR\2006\187552) confirma la resolución dictada en primera instancia por la que se condena solidariamente al fabricante del producto defectuoso y al vendedor de tal bien a abonar la cantidad de 12.000 € al comprador por los daños y perjuicios irrogados.

ii) La SAP de Pontevedra de 30 de noviembre de 2010 (JUR\2011\61144) entiende que el productor debe responder también de los daños causados al consumidor ya que condena al productor a indemnizar al comprador por los perjuicios causados.

dirigida a algo que se manifiesta imposible desde el punto de vista jurídico, que es que pueda reclamarse por la vía del incumplimiento contractual, a quien no fue parte en el contrato [Ts. 9 de marzo de 2011 (Roj: STS 1066/2011, recurso 1875/2007)]. Nunca se podría condenar a "Red Europea de Garantías de Vehículos, S.A." a tener por resuelto un contrato de compraventa en el que no intervino; ni a devolver un precio que nunca cobró.

⁶³⁵ MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al artículo 124 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *op. cit.*, pg. 1568.

(iii) Toma de posición.

A pesar de que el Título IV no regule expresamente la posibilidad de que el productor tenga que indemnizar al consumidor por los daños y perjuicios que le haya causado, tal y como se ha afirmado, el CC debe aplicarse en todas aquellas materias no reguladas por el Título IV; en virtud del artículo 1902 del Código Civil podría el consumidor reclamar al productor que hubiera ocasionado un daño al comprador en el bien defectuoso el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos ya que *el que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.*

E. Intervención sobrevenida de vendedor o productor en un procedimiento en el que no es inicialmente parte.

Se ha observado en los diferentes casos resueltos por los pronunciamientos judiciales analizados como el consumidor puede demandar exclusivamente al vendedor del bien defectuoso, al productor de tal bien o conjuntamente a ambos sujetos. Sin embargo, puede surgir la duda siguiente: ¿puede uno de estos agentes (el vendedor o productor), cuando no es demandado inicialmente en un procedimiento, intervenir en el mismo⁶³⁶?

⁶³⁶ Sobre la intervención de otros sujetos diferentes al vendedor y/o productor en el procedimiento judicial en el que se demanda a uno de éstos agentes (o a ambos) por la existencia de una falta de conformidad en un bien de consumo, se ha pronunciado la SAP de Pontevedra de 9 de febrero de 2012 (JUR 2012\71784) en el sentido de descartar las excepciones de falta de legitimación pasiva y de litisconsorcio pasivo necesario alegadas por el vendedor de un producto, el cual invocó tales excepciones en un supuesto en que el bien de consumo que resultó defectuoso había tratado de ser reparado por diversos talleres siendo dichos intentos fallidos (el vendedor requirió que fueran llamados al procedimiento dichos talleres). Esta sentencia resuelve *Comenzando por la excepciones que en esta alzada reitera la demandada apelante, la de litisconsorcio está destinada al fracaso, pues el vínculo contractual con base al cual se ejercita la*

Debe delimitarse el escenario que se desea presentar; dos son los supuestos que podrían darse: de una parte, el consumidor podría haber demandado exclusivamente al vendedor, optando por no reclamar al productor; de otra, el consumidor podría haber decidido dirigir la acción únicamente contra el productor y no contra el vendedor. En este caso, se plantea si el sujeto no demandado podría intervenir de forma voluntaria u obligada en tal proceso. Debe aclararse que el agente no demandado por el consumidor solo adquiriría la condición de parte demandada si el consumidor decidiese dirigir la demanda contra dicho agente no demandado inicialmente; si la pretensión del consumidor no se dirigiese expresamente contra este agente (que no ha sido demandado inicialmente), la intervención del mismo no supondría la ampliación del elemento pasivo del proceso, no siendo parte demandada ni pudiendo contener la sentencia que se dicte pronunciamiento condenatorio o absolutorio referido a dicho agente no demandado inicialmente.

demanda es un contrato de compraventa en el que la entidad demandada aparece como vendedora, enjuiciándose en el caso un incumplimiento contractual, atribuible, como resulta de los términos de la demanda, únicamente a la entidad vendedora, razón por la cual procede rechazar también la falta de legitimación pasiva, pues fue Desguaces Gil, S.L. el que vendió, el que percibió el precio y el que otorgó la garantía... si aplicamos la normativa del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, aprobado por RDL 1/2007 de 16 de noviembre, cuyo concepto como consumidora ampara a la demandante, los sujetos legitimados son el vendedor y la compradora, es decir, exclusivamente las partes que celebraron el contrato, al ser el vendedor el que responde de la falta de conformidad, incluso con independencia de quien sea el verdadero responsable de la misma (tercero contratado por el vendedor para instalar el bien...), de ahí que los cuatro derechos reconocidos al consumidor en el art. 118 tienen como legitimado pasivo al vendedor, que es frente a quien deben ejercitarse.

Los artículos 13 y 14 de la LEC regulan la cuestión sobre la intervención voluntaria y la intervención provocada de sujetos que originariamente no han sido ni demandantes ni demandados en el procedimiento judicial.

El artículo 13 establece que mientras se encuentre pendiente un proceso podrá un tercero ser admitido en la posición de demandante o demandado, si acredita tener interés directo y legítimo en el resultado del pleito, pudiendo el interviniente defender las pretensiones formuladas que estime convenientes si tuviere oportunidad procesal para ello y realizar las alegaciones necesarias para su defensa que no hubiere efectuado por corresponder a momentos procesales anteriores a su admisión en el proceso.

De otra parte, el artículo 14 rige la intervención provocada, estableciendo que el demandado podrá llamar a un tercero para que intervenga en el proceso cuando una norma lo permita, procediéndose en dicho caso a dar oportunidad de ser oída a la persona cuya intervención se ha provocado.

Una de las diferencias entre un tipo de intervención y otra viene determinada por la identidad de quién toma la iniciativa de provocar la intervención del sujeto no involucrado inicialmente en el procedimiento en cuestión: tal y como señala la SAP de Ciudad Real de 6 noviembre de 2006 (JUR 2006\284992), *la intervención voluntaria se caracteriza porque obedece exclusivamente al interés del tercero, en cuya protección se establece, mientras que en la intervención provocada, se entremezcla tanto este interés del interviniente como el de la parte principal que lo llama. Por eso, y porque la intervención provocada establece una*

auténtica carga, sólo procede cuando un precepto legal específico la establece (artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), mientras que en la intervención voluntaria no puede efectuarse un catálogo cerrado de los supuestos en que procede, dada la diversidad de situaciones que pueden justificar el interés en intervenir, por lo que la Ley de Enjuiciamiento Civil resuelve la definición del presupuesto de este tipo de intervención con una fórmula general por remisión a un concepto jurídico cual es el del "interés directo y legítimo" en el resultado del pleito (en este mismo sentido, entre otras, la SAP de Madrid 3 de junio de 2008 -AC 2008\1169-).

a) Doctrina.

Sobre esta cuestión, hay quien⁶³⁷ ha opinado que no cabe ni la intervención voluntaria del artículo 13 de la LEC ni la provocada del artículo 14 de dicha misma norma: se niega la posibilidad de que un tercero intervenga voluntariamente en el proceso iniciado por el consumidor tomando el ejemplo del productor que quiere intervenir en el procedimiento iniciado contra el vendedor (se señala que el productor no podría intervenir de forma voluntaria en dicho proceso ya que no tendría *el interés directo y legítimo en el resultado del pleito* que el art. 13 exige); siguiendo con el ejemplo del productor, igualmente se niega que este pueda tomar parte de forma provocada (art. 14 de la LEC) en el procedimiento planteado, sin alegarse la razón en la que se sustenta tal imposibilidad.

⁶³⁷ MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al artículo 124 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", *op. cit.*, pg. 1573.

b) Jurisprudencia.

Sobre la intervención voluntaria, el AAP de Castellón de 18 mayo de 2007 (JUR 2007\322162) resuelve un supuesto en el que, ante la demanda planteada por una mercantil en la que reclamaba a la demandada que satisficiera un gasto que la demandante había tenido que sufragar para reparar un vehículo propiedad de la demandada, ésta presentó dentro del plazo para contestar a la demanda un escrito en el que solicitaba que se notificara la pendencia de este procedimiento a otra mercantil de la cual había adquirido de la demandada el vehículo en cuestión y que se había obligado con ésta última a ofrecer una determinada garantía sobre tal vehículo; en este supuesto se aceptó la intervención voluntaria de dicho tercero en el procedimiento ya que el sujeto no interviniente “ab inicio” en dicho supuesto podría verse afectado (aún indirectamente) por el resultado del mismo⁶³⁸.

Sobre la intervención provocada (la cual procede exclusivamente cuando un precepto legal de forma específica lo establece), la SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2009 (JUR 2010\21709)⁶³⁹ señala que no resulta posible que el

⁶³⁸ Tal y como afirma este auto cabe que al tercero *al menos se le notifique el procedimiento, para que sea este tercero el que decida voluntariamente intervenir en el procedimiento, en la forma prevista en el artículo 13 de la ya reiterada Ley de Enjuiciamiento Civil, ya que en este caso sí que se exige un interés directo y legítimo en el resultado del pleito que es el requisito que exige la norma ; Será algo que deberá resolverse en un pleito posterior si esa garantía era o no aplicable y como consecuencia de la misma debe el vendedor abonar las facturas que aquí se reclaman, pero lo que no puede negarse es que el tercero, en este caso el vendedor, tiene un interés legítimo y directo en la resolución del procedimiento, ya que en el mismo es donde se fijara en su caso la cantidad que debe abonar el comprador y si procediera luego la repercutiría este, por lo que pudiera voluntariamente querer intervenir en este procedimiento*

⁶³⁹ En el asunto resuelto por esta sentencia, en la que se declara la resolución del contrato convenido entre un consumidor y el vendedor dada la demanda presentada por el consumidor contra tal agente, éste último procedió a solicitar la intervención provocada del fabricante del

agente no demandado inicialmente intervenga de forma provocada en el supuesto planteado.

c) Toma de posición.

Comparto solo parcialmente la postura mantenida por la doctrina: de una parte, no considero adecuado lo manifestado sobre la intervención voluntaria, al entender que el agente que no ha sido demandado por el consumidor sí puede intervenir voluntariamente en dicho procedimiento; de otra parte, si entiendo que el agente no demandado originariamente no puede intervenir de forma provocada en el proceso:

i) Opino que cabe la intervención voluntaria del artículo 13 de la LEC ya que el sujeto que no fue demandado inicialmente tendría *interés directo y legítimo en el resultado del pleito*, posición que concuerda con lo resuelto por el Auto de la AP de Castellón de 18 mayo de 2007. Aplicando lo referido por esta resolución judicial, entiendo razonable que el agente que no haya sido demandado inicialmente por el consumidor, pueda intervenir en dicho procedimiento ya que tendría interés directo y legítimo en el mismo: en el procedimiento ya promovido podría resultar condenado el agente inicialmente demandado, lo

bien defectuoso señalándose que debido a que *nuestro legislador ha optado por un sistema de taxatividad, que exige que los supuestos de intervención provocada sean predeterminados caso por caso y de forma explícita; así en las STS de 26 de junio de 1993, 11 de mayo de 1992, 19 de mayo de 1999 y 27 de noviembre de 2003, en dicho supuesto se ejercita una acción derivada de la Ley 23/03 de garantías del vendedor y en el art. 10 se establece la simple facultad del comprador de demandar al fabricante del producto, con la expresión cuando le sea muy gravosa podrá demandar al fabricante del producto, pero desde luego no establece una suerte de litisconsorcio pasivo necesario ni una necesidad de que el fabricante se presente en la litis, todo ello sin perjuicio de la posibilidad de repetir contra el mismo, y alternativamente se ejercita acción de resolución ordinaria del art. 1124 del C.C. y acciones derivadas del incumplimiento contractual art 1101 y ss, ninguna de las cuales requiere de la intervención provocada de acuerdo con el catalogo de las mismas.*

que le habilitaría a este último para intentar repetir contra el agente no interviniente en dicho procedimiento; en este primer proceso se podrían fijar las cantidades (por ejemplo indemnizaciones) a abonar por el agente inicialmente demandado, que luego podría querer repetir contra al agente no interviniente en el proceso originario, etc.

ii) Sí se está de acuerdo con la posición mostrada por la doctrina cuando se afirma que en este supuesto no corresponde la intervención provocada del artículo 14 de la LEC. Partiendo de lo afirmado por la anteriormente citada SAP de Ciudad Real de 6 noviembre de 2006 de que la intervención provocada procede exclusivamente cuando un precepto legal de forma específica lo establece, se entiende adecuada la decisión adoptada por la SAP de Madrid de 28 de septiembre de 2009 de rechazar que el agente no demandado inicialmente venga obligado a intervenir en un procedimiento a través del mecanismo de la intervención provocada.

11. REPARACIÓN Y SERVICIOS POSVENTA.

Dentro del Título IV del TRLGDCU, su Capítulo IV, denominado *Garantía comercial adicional, obligaciones de documentación y servicios posventa*⁶⁴⁰, se incluye

⁶⁴⁰ Procede aludir a la SAP de La Rioja de 6 de marzo de 2014 (Id Cendoj: 26089370012014100105) para diferenciar *entre la garantía legal por falta de conformidad y la garantía comercial, señalar en tal sentido SAP Valencia de 26-12-12, Secc. 6ª, Rec. 591/12; A Coruña de 18-1-12, Secc. 3ª, Rec. 46/11, Madrid de 31-2-09, Secc. 14ª, Rec.695/08) por un lado se cuenta con la garantía responsabilidad por falta de conformidad, por la cual se responde por el vendedor ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien dentro del plazo que se establece y que por lo referido a los bienes de segunda mano que es lo que ahora interesa se indica que se*

el artículo 127 el cual viene a regular determinadas medidas sobre *reparación y servicios posventa*:

i) En su apartado primero, se recoge el derecho que tiene el consumidor y usuario que adquiere un producto de naturaleza duradera a que se le proporcione *un adecuado servicio técnico* y a que pueda encontrar *repuestos durante el plazo mínimo de cinco años a partir de la fecha en que el producto deje de fabricarse*.

ii) En su apartado segundo, se establece la prohibición de aumentar *los precios de los repuestos al aplicarlos en las reparaciones y cargar por mano de obra, traslado o visita cantidades superiores a los costes medios estimados en cada sector, debiendo diferenciarse en la factura los distintos conceptos*. Como obligación adicional se prevé que *La lista de precios de los repuestos deberá estar a disposición del público*.

iii) En su tercer y último apartado, se determina el plazo de prescripción de la acción o derecho de recuperación de los productos entregados por el consumidor y usuario al empresario para su reparación, señalándose que *prescribirá a los tres años a partir del momento de la entrega*. Este apartado, en un último inciso, señala que *por reglamento se establecerán los datos que deberá hacer*

puede pactar un plazo menor pero nunca inferior a un año y que tiene como finalidad la de facilitar al consumidor distintas opciones para exigir la reparación o la sustitución del bien (art. 114 y ss T.R), y por otro lado está la denominada garantía comercial o "garantía comercial adicional" (artículo 125 del TR) "... que pueda ofrecerse adicionalmente obligará a quien figure como garante en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad "distinta de la anterior y que se rige por lo pactado o publicitado por vendedor, y que es complementaria de la anterior.

constar el empresario en el momento en que se le entrega un objeto para su reparación y las formas en que podrá acreditarse la mencionada entrega.

El artículo 127 presenta una cuestión que merece ser objeto de análisis.

A. Existencia de consumibles para los bienes de naturaleza duradera.

Tal y como se ha señalado, el artículo 127.1⁶⁴¹ del TRLGDCU garantiza para los productos de naturaleza duradera la existencia de repuestos durante el plazo mínimo de cinco años a contar desde la fecha en que el producto deje de fabricarse.

Este artículo 127.1 del TRLGDCU debe relacionarse con el 12.3⁶⁴² (*Garantía y servicio postventa*) de la LOCM, ya que ambos preceptos tienen un contenido casi idéntico, diferenciándose sólo en los sujetos a los que se refiere cada artículo: en el primero de dichos preceptos simplemente se dice que ostenta el derecho en cuestión el consumidor o usuario interviniente mientras que el segundo de los citados artículos señala *al comprador* como sujeto que tiene tal prerrogativa (no

⁶⁴¹ Artículo 127.

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

2. *Queda prohibido incrementar los precios de los repuestos al aplicarlos en las reparaciones y cargar por mano de obra, traslado o visita cantidades superiores a los costes medios estimados en cada sector, debiendo diferenciarse en la factura los distintos conceptos. La lista de precios de los repuestos deberá estar a disposición del público.*

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

⁶⁴² Artículo 12.3.

3. *El productor o, en su defecto, el importador garantizará, en todo caso, frente a los compradores la existencia de un adecuado servicio técnico para los bienes de carácter duradero que fabrica o importa, así como el suministro de piezas de repuesto durante un plazo mínimo de cinco años a contar desde la fecha en que el producto deje de fabricarse.*

se hace mención al carácter de consumidor y usuario), y se especifica quien es el agente obligado por tal derecho (el productor, y, en su defecto, el importador). Dada la similitud de ambos preceptos, lo conveniente hubiera sido la derogación del artículo 12.3 del LOCM; si el propósito del TRLGDCU, de acuerdo con su Exposición de Motivos, era *refundir en un único texto la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y las normas de transposición de las directivas comunitarias dictadas en materia de protección de los consumidores y usuarios que inciden en los aspectos regulados en ella, regularizando, aclarando y armonizando los textos legales que tengan que ser refundidos*, tal objetivo no se ha cumplido en lo que respecta a dicho artículo 127.1, ya que se ha venido a repetir en esencia el contenido de un precepto ya existente, el artículo 12.3 del LOCM, sin adoptarse la derogación de este último.

Ni el artículo 127.1 del TRLGDCU ni el 12.3 de la LOCM se refieren a la falta de consumibles, elementos distintos pero tanto o más necesarios que los repuestos para los productos de naturaleza duradera, cuestión que tampoco ha sido abordada por la doctrina o jurisprudencia. Como ejemplo de la situación que se relata puede citarse lo ocurrido con las cámaras fotográficas Polaroid: en febrero de 2008, la empresa estadounidense que se encargaba de la fabricación de las películas de tales cámaras, suspendió su producción dejando a sus propietarios sin la posibilidad de utilizarlas ya que no existían carretes para

estas cámaras (estos aparatos podían emplear únicamente películas de dicha marca⁶⁴³).

Se entiende que debe descartarse que el vocablo *repuesto* del artículo 127.1 del TRLGDCU incluya en su significado a los *consumibles*. De mantenerse una posición contraria a la indicada, el consumidor tendría derecho a encontrar consumibles de un producto durante el plazo mínimo de cinco años a partir de la fecha en que el producto deje de fabricarse.

Cabe rechazar que un consumible, esto es, aquel bien que resulta esencial para el funcionamiento de un producto y se agota con el tiempo a medida que se va dando uso al mismo (cartucho de tinta para una impresora, batería para un electrodoméstico, etc.), pueda incluirse en el concepto de repuesto en el sentido del artículo 127.1 del TRLGDCU. Debe atenderse a las distintas definiciones que jurisprudencia y doctrina han dado de dicho concepto repuesto:

i) La SAP de Madrid de 27 de abril de 2007 (JUR 2007\210922) delimita que los repuestos tienen por fin *sustituir a los elementos deteriorados o estropeados de los bienes*.

ii) La SAP de Zaragoza de 26 de marzo de 2007 (JUR 2007\272273), entiende que se cumple con las previsiones del artículo 12.3 de la LOCM cuando, sin facilitarse una pieza del mismo modelo que la sustituida, se

⁶⁴³ PAUNÉ, M. M., “La fiebre Polaroid vuelve a Barcelona” en *Lavanguardia.com*, 8 abril, 2011. <<http://www.lavanguardia.com/cultura/20110408/54134438574/la-fiebre-polaroid-vuelve-a-barcelona.html>>, consultado a 27 agosto, 2012.

suministra una de diferente diseño, que cumple la misma función que la suplida, ya que tal diferencia supone una *variación no afectante a la correcta operatividad de la misma, con lo que se da cabal cumplimiento a la obligación de suministrar tal pieza de recambio* (del artículo 12.3 de la LOCM).

iii) MARÍN LÓPEZ define al repuesto o pieza de repuesto como *la pieza destinada a sustituir en caso necesario a otra igual de un producto, máquina, aparato o instrumento*⁶⁴⁴.

iv) La RAE define tal concepto como el *recambio, pieza o parte de un mecanismo que se tiene dispuesta para sustituir a otra*⁶⁴⁵.

De las definiciones aportadas, parece desprenderse que el término repuesto o pieza de repuesto se encuentra caracterizado por una nota que lo vincula con la necesidad de que la pieza a sustituirse deba ser suplida por un deterioro o avería en la misma. Es por ello que no puede entenderse que el carrete de una cámara de fotos analógica (no digital) cuando se gasta o consume por su uso, se ha roto o averiado, por lo que no se podría afirmar que dicho carrete conforma un repuesto o una pieza de repuesto en el sentido del artículo 127.1 del TRLGDCU y del 12.3 de la LOCM; tal y como se ha adelantado, cabe concluir que el concepto repuesto no incluye en su significado al vocablo consumible: cuando se usa y agota un consumible, éste debe ser sustituido al haberse

⁶⁴⁴ “Comentario al artículo 127 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pg. 1598.

⁶⁴⁵ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, tomo II, 21ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1992, pg. 1776.

consumido con el uso; cuando existe necesidad de utilizar un repuesto, tal situación no viene motivada porque la pieza se haya consumido por el uso sino porque la pieza se ha averiado o deteriorado.

Para dar solución al problema que se podría plantear ante la falta de fabricación de consumibles que posibiliten el uso de un bien de consumo, el legislador debería establecer a una previsión que, en sentido similar a lo previsto para los repuestos en el artículo 127.1 del TRLGDCU o en el 12.3 de la LOCM, previera que el consumidor y usuario tendrá derecho a la existencia de consumibles de un bien durante el plazo mínimo de cinco años a partir de la fecha en que el producto deje de fabricarse.

CONCLUSIONES

I

La LGVBC introdujo el concepto de falta de conformidad englobando tanto los defectos a identificar como vicios ocultos como a los que considerar como un supuesto de “aliud pro alio”. En el desarrollo del presente trabajo se ha podido conformar una opinión fundada de que la aparición de un defecto en el objeto de una compraventa se situaba en un escenario que ofertaba poca certeza tanto para las partes de dicho contrato como para los diferentes operadores jurídicos que pudieran intervenir en una controversia derivada de tal compraventa; el mismo defecto en unas ocasiones se resolvía acudiendo al régimen del saneamiento por vicios ocultos y en otras al del “aliud pro alio” sin existir unos pautas claramente delimitadas que hicieran entendible tal disparidad. Tal contraste de pareceres ante un mismo supuesto, ya se motive por razones de justicia material o de otra índole, crea una profunda inseguridad jurídica, principio que debe ser perseguido por el Derecho de acuerdo con el art. 9.3 de la CE y del que doctrina y jurisprudencia (por todas, la STC de 15 de marzo de 1990 -RTC 1990\46-) han destacado su importancia.

II

Quien suscribe valora muy positivamente la introducción por la LGVBC de la falta de conformidad dado que tal concepto supone la superación del problema aludido de la aplicación indistinta a un mismo supuesto de dos

regímenes diferentes (acciones edilicias y “aliud pro alio”). Al englobar la falta de conformidad ambos supuestos se ha superado esta contradicción, lo que supone un acercamiento al principio de seguridad jurídica recogido en el art. 9.3 de CE. Sería deseable que el concepto de falta de conformidad, aplicable en este momento exclusivamente a la compraventa de bienes de consumo realizada entre el comprador que ostenta la condición de consumidor y el profesional que vende el producto, se extendiera a todo tipo de compraventas, dado que de dicha manera se superaría en ámbitos diferentes al del Título IV el problema referido a la confusión de los vicios ocultos y el “aliud pro alio”.

III

A pesar de que se destacó que el Título IV se aplica diariamente en un sinnúmero de ocasiones, debe valorarse que la mayoría de las operaciones que vengán reguladas por tal régimen presentarán una cuantía económica mínima (la mayoría de bienes a los que se aplica dicho régimen tienen un precio muy bajo). Esta circunstancia puede producir que, ante una falta de conformidad del bien de consumo, no compense acudir a un procedimiento judicial para reclamar por tal defecto, dado que los gastos de dicho procedimiento (gastos de abogado y procurador, peritaciones, etc.) pueden superar en gran medida el valor del citado producto; esta situación puede favorecer el recurso al arbitraje de consumo dado que este sistema extrajudicial de resolución de conflictos

establece la gratuidad como uno de sus principios (artículo 41 del Real Decreto 231/2008).

IV

El sistema de responsabilidad del vendedor se ha configurado de forma objetiva; el vendedor resulta responsable de la falta de conformidad con independencia del ánimo con el que haya actuado, incluso cuando haya desarrollado su conducta sin culpa o dolo. En este sentido, esta objetivización de la responsabilidad del vendedor se aproxima al régimen general del incumplimiento de las obligaciones recíprocas, donde el art. 1124 del CC habilita a quien cumplió (con las obligaciones a las que venía vinculado en un contrato con prestaciones recíprocas) a resolver el contrato o solicitar su cumplimiento cuando la otra parte no cumplió con lo que le incumbía, aun cuando el incumplimiento de éste último se haya dado sin culpa o dolo (STS de 10 de septiembre de 2012 -RJ\2013\2266- o ATS de 12 de marzo de 2013 -JUR\2013\104082-).

V

Las dudas interpretativas generadas por el Título IV podría plantearse que fueran resueltas modificando la norma y no a través de la jurisprudencia dado que:

- 1) La jurisprudencia no conforma el medio idóneo para modificar la norma.

El poder judicial, de acuerdo con el Preámbulo de la LOPJ, representa el

órgano encargado del *ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado*, no el instrumento por el que se debe alterar el contenido de una norma.

- 2) La escasa cuantía de los procedimientos judiciales en que se suscitan controversias concernientes a faltas de conformidad en bienes de consumo produce que sean muy escasos los supuestos en que la Audiencia Provincial puede fijar jurisprudencia relevante sobre el Título IV. Tal y como se ha referido, los procedimientos judiciales que versen sobre la falta de conformidad de un producto tendrán normalmente una cuantía muy reducida, resolviéndose tal controversia a través del procedimiento verbal (de acuerdo con el art. 250.2 de la LEC se decidirán a través del juicio verbal las demandas cuya cuantía no exceda de 6.000 €); la sentencia que decida sobre tal procedimiento verbal, en principio, no podrá ser revisada por la Audiencia Provincial correspondiente dado que el artículo 455.1 de la LEC establece que no podrán recurrirse en apelación las sentencias dictadas en los juicios verbales por razón de la cuantía cuando ésta no supere los 3.000 €.

VI

Merece destacarse positivamente el que el Título IV se aplique a diversos contratos (compraventa, permuta, suministro, etc.); unificar los remedios

contribuye a lograr una mayor seguridad jurídica pues se recurre a las mismas formas de saneamiento aunque se vean afectados diferentes contratos.

VII

En cuanto a la noción de consumidor que se da de la persona física, se han observado las carencias del art. 3 del TRLGDCU. Requiriéndose por el apartado segundo de dicho precepto de forma expresa que la persona jurídica a considerar consumidor actúe sin ánimo de lucro, las previsiones de su apartado primero no hacen mención a tal circunstancia para la persona física. Tal y como se ha referido en el desarrollo de la tesis, el sujeto que no es empresario o profesional en sentido estricto, que adquiere un bien y usa el producto con ánimo de lucro, no debe considerarse como consumidor y usuario a los efectos del artículo 3 del TRLGDCU, no debiendo regirse los vicios que se den en tal producto por el Título IV; el ánimo de lucro desvirtúa la esencia del concepto consumidor y usuario. Sería aconsejable que el apartado primero del artículo 3.II del TRLGDCU exigiera expresamente que el consumidor y usuario persona física actuase sin ánimo de lucro, tal y como requiere de forma explícita el apartado segundo de dicho precepto para la persona jurídica.

VIII

Dado que se ha observado jurisprudencia que parece no considerar las previsiones del artículo 218 de la LEC sobre el principio de congruencia, considero que los tribunales han de procurar atender a tal principio cuando

resuelvan controversias sobre faltas de conformidad; estimo que, en cumplimiento de dicho principio de congruencia, se debe: i) desestimar la demanda que solicite la resolución del contrato o la rebaja en el precio cuando previamente no se haya solicitado la reparación o sustitución del bien, ii) no conceder la sustitución o reparación del producto si el consumidor solicitó la resolución del contrato o la rebaja del precio, y iii) descartar condenar al vendedor a acometer el remedio no solicitado cuando resulte imposible o desproporcionada la forma de saneamiento elegida.

IX

En cuanto a la renuncia de los derechos reconocidos por el Título IV al consumidor, se parte de que dicho régimen presenta un carácter imperativo, lo que supone que el consumidor no pueda disponer de su contenido. Podría resultar beneficioso para el consumidor flexibilizar tal indisponibilidad posibilitándole renunciar a algunos de dichos derechos siempre que se diera por el profesional una renuncia equitativa a la realizada por el consumidor y este último no resultara perjudicado. Pudiera plantearse el permitir al consumidor alterar el régimen del Título IV en su beneficio considerando, por ejemplo, el siguiente supuesto: el acuerdo por el que el consumidor adquiere un bien de consumo por la mitad de su precio de mercado aceptando a cambio que se rebajase el plazo de garantía de dos años previsto del artículo 123.1 del TRLGDCU a la mitad, podría considerarse válido porque beneficia al

consumidor; en esta posible renuncia de derechos por parte del consumidor, al reducirse el precio del bien del consumo a su mitad, el consumidor adquirente saldría beneficiado a cambio de reducir el plazo de garantía del artículo 123.1 del TRLGDCU igualmente en su mitad.

X

Debe señalarse que, aun cuando el Título IV pueda parecer a priori un régimen que otorga una protección máxima al consumidor, el análisis detenido de sus previsiones revela que tal sistema en ocasiones no resulta tan favorable para éste. Así, el artículo 123.1.II del TRLGDCU parte de la presunción de que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto ya existían cuando el producto fue proporcionado; una vez que han transcurrido dichos seis meses traslada al consumidor el deber de probar que el defecto existía en el momento de la entrega (debiendo este último recurrir a informes técnicos o periciales para probar tal circunstancia, con las dificultades que ello conlleva para el consumidor); esta desfavorable situación puede apreciarse especialmente en los bienes de consumo de lujo que presentan una larga vida útil (no parece razonable, por ejemplo, que el consumidor tenga que demostrar que el defecto existía en el momento de la entrega cuando éste se ha manifestado a los siete meses de dicha entrega si se considera que el bien adquirido es producto de lujo que puede tener una vida útil, por ejemplo, de cinco años).

ÍNDICE CRONOLÓGICO DE JURISPRUDENCIA CITADA

TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNIÓN EUROPEA/TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS⁶⁴⁶

1. STJCE de 27/06/2000 (TJCE\2000\144).
2. STJCE de 20/01/2005 (TJCE 2005\24).
3. STJCE de 06/10/2009 (TJCE 2009\309).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

1. STC de 15/11/2000 (RTC 2000\273).
2. STC de 19/03/2012 (RTC 2012\37).

TRIBUNAL SUPREMO

3. STS de 06/06/1953 (RJA 1953/1658).
4. STS de 20/04/1965 (RJA 1965/3744).
5. STS de 28/03/1973 (RJA 1973/914).
6. STS de 05/05/1983 (RJ 1983\2668).
7. STS de 30/11/1984 (RJ 1984\5695).
8. STS de 28/03/1985 (RJ 1985\1196).
9. STS de 03/05/1985 (RJ 1985\2257).
10. STS de 03/02/1986 (RJ\1986\409).
11. STS de 29/04/1986 (RJ\1986\2067).
12. STS de 17/06/1986 (RJ\1986\3554).

⁶⁴⁶ El Tribunal de Justicia de la Unión Europea anteriormente se denominaba Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.

13. STS de 19/09/1987 (TOL1.737.391).
14. STS de 09/06/1989 (RJ 1989\4417).
15. STS de 07/07/1989 (RJ 1989\5404).
16. STS de 20/11/1989 (RJ 1989\7894).
17. STS de 13/12/1991 (RJ\1991\9002).
18. STS de 31/03/1992 (RJ 1992\2315).
19. STS de 05/02/1994 (RJ 1994\912).
20. STS de 17/02/1994 (RJ 1994\1620).
21. STS de 24/06/1994 (RJ 1994\6500).
22. STS de 11/06/1995 (ID CENDOJ: 28079110011995101701).
23. STS de 05/07/1995 (RJ 1995\5463).
24. STS de 10/07/1995 (RJ 1995\5554).
25. STS de 11/05/1995 (ID CENDOJ: 28079110011995103139).
26. STS de 15/11/1995 (RJ 1995\8604).
27. STS de 10/05/1996 (ID CENDOJ: 28079110011996102175).
28. STS de 08/06/1996 (RJ 1996\4833).
29. STS de 04/11/1997 (RJ 1997\7928).
30. STS de 06/02/1998 (RJ 1998\408).
31. STS 05/03/1999 (RJ 1999\1403).
32. STS de 20/12/2000 ((RJ 2000\10128).
33. STS de 22/06/2001 (ID CENDOJ: 28079110012001101900).
34. STS de 16/07/2001 (RJ 2001\5226).

35. STS de 14/10/2003 (RJ 2003\7033).
36. STS de 27/02/2004 (RJ 2004\1753).
37. STS de 02/04/2004 (RJ 2004\2073).
38. STS de 10/06/2005 (ID CENDOJ: 28079110012005100442).
39. STS de 22/04/2005 (EDJ 2005/55113).
40. STS de 29/06/2005 (RJ 2005\5921).
41. STS de 13/07/2005 (RJ 2005\5098).
42. STS de 16/02/2006 (RJ 2006\642).
43. STS de 16/02/2006 (RJ 2006\642).
44. STS de 20/12/2006 (JUR 2009\60612).
45. STS de 31/01/2008 (ID CENDOJ: 28079110012008100081).
46. STS de 02/07/2008 (RJ 2008\4712).
47. STS de 21/06/2007 (RJ 2007\3782).
48. STS de 09/07/2008 (RJ 2008\4477).
49. STS de 12/12/2008 (RJ 2009\527).
50. STS de 14/07/2009 (RJ 2009\4467).
51. STS de 01/12/2009 (JUR 2009\495720).
52. STS de 01/12/2009 (JUR 2009\495720).
53. STS de 28/06/2010 (RJ 2010\5417).
54. STS de 08/07/2010 (RJ 2010\6027).
55. STS de 22/09/2010 (RJ 2011\145).
56. STS de 09/02/2012 (ID CENDOJ: 28079110012012100075).

57. STS de 20/02/2012 (ID CENDOJ: 28079110012012100075).
58. STS de 19/06/2012 (ID CENDOJ: 28079119912012100007).
59. STS de 28/06/2012 (RJ 2012\8603).
60. STS de 10/09/2012 (RJ\2013\2266).
61. ATS de 12/03/2013 (JUR\2013\104082).
62. ATS de 14/01/2014 (JUR 2014\46484).
63. STS de 10/06/2014 (ID CENDOJ: 28079140012014100327).
64. STS de 11/11/2014 (ID CENDOJ: 28079110012014100612).
65. STS de 13/01/2015 (ID CENDOJ: 28079119912015100006).

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

1. STSJ de Aragón de 10/04/2003 (TOL425.914).
2. STSJ de Madrid de 21/05/2005 (TOL608.390).
3. STSJ de Navarra de 06/02/2006 (RJ 2006\2216).

AUDIENCIAS PROVINCIALES

1. SAP de Santa Cruz de Tenerife 23/10/1999 (AC 1999\2398).
2. SAP de Barcelona de 28/01/2000 (AC 2002\425).
3. SAP de Barcelona de 03/04/2000 (AC 2000\1894).
4. SAP de Barcelona de 14/03/2002 (JUR\2002\162348).
5. SAP de Barcelona de 22/03/2002 (JUR 2002\152173).
6. SAP de Cuenca de 29/05/2002 (AC 2002\1676).
7. SAP de Sevilla de 27/03/2003 (AC 2003\1271).
8. SAP de Castellón de 14/05/2004 (AC 2004\927).

9. SAP de Barcelona de 29/12/2004 (JUR 2005\65687).
10. SAP de Granada de 11/02/2005 (JUR 2005\135069).
11. SAP de Barcelona de 04/04/2005 (ID CENDOJ: 08019370012005100182).
12. SAP de Alicante de 10/06/2005 (ID CENDOJ: 03065370072005100004).
13. SAP de Tarragona de 07/09/2005 (ID CENDOJ: 43148370032005100375).
14. SAP de Zamora de 13/09/2005 (JUR 2005\219897).
15. SAP de Castellón de 28/11/2005 (AC\2006\219).
16. SAP de Alicante de 08/03/2006 (JUR 2006\186563).
17. SAP de las Islas Baleares de 24/03/2006 (JUR\2006\137396).
18. SAP de Murcia de 30/05/2006 (JUR\2006\187552).
19. SAP de Huelva de 23/06/2006 (JUR 2007\48378).
20. SAP de Burgos de 27/06/2006 (JUR 2006\229934).
21. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 12/07/2006 (AC 2006\2379).
22. SAP de Ávila de 04/09/2006 (AC 2006\1909).
23. SAP de Burgos de 29/09/2006 (JUR\2007\38879).
24. SAP de Ciudad Real de 26/11/2006 (JUR 2006\284992).
25. SAP de Guadalajara de 14/12/2006 (JUR\2007\102881).
26. SAP de Sevilla de 05/12/2006 (JUR 2007\180986).
27. SAP de Valencia de 23/01/2007 (JUR 2007\250787).
28. SAP de Zaragoza de 26/03/2007 (JUR\2007\272273).
29. SAP de Madrid de 27/04/2007 (JUR 2007\210922).
30. AAP de Castellón de 18/05/2007 (JUR\2007\322162).

31. SAP de La Coruña de 21/05/2007 (JUR\2007\295652).
32. SAP de Pontevedra de 06/06/2007 (JUR 2007\293885).
33. SAP de Córdoba de 12/06/2007 (JUR 2007\343575).
34. SAP de Ávila de 18/07/2007 (AC 2007\2087).
35. SAP de Ciudad Real de 26/07/2007 (JUR 2008\61265).
36. SAP de Murcia de 26/07/2007 (JUR 2008\79564).
37. SAP de Madrid de 31/07/2007 (JUR 2007\340740).
38. SAP de La Coruña de 24/09/2007 (AC 2008\435).
39. SAP de Valladolid de 24/09/2007 (JUR 2008\60182).
40. SAP de Zaragoza de 24/10/2007 (JUR 2008\57817).
41. SAP de Barcelona de 21/12/2007 (JUR 2008\64537).
42. SAP de Madrid de 15/01/2008 (JUR 2008\99721).
43. SAP de Alicante de 22/01/2008 (JUR 2008\156158).
44. SAP de Zaragoza de 22/04/2008 (JUR 2008\331986).
45. SAP de La Coruña de 05/05/2008 (JUR 2008\295357).
46. SAP de Huelva de 06/05/2008 (JUR 2009\55893).
47. SAP de Madrid de 03/06/2008 (AC 2008\1169).
48. SAP de Salamanca de 09/06/2008 (JUR 2008\347014).
49. SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 10/06/2008 (JUR\2008\302286).
50. SAP de Valencia de 16/06/2008 (AC 2008\1616).
51. SAP de Madrid de 17/06/2008 (JUR 2008\265673).
52. SAP de Granada de 27/06/2008 (JUR 2012\139405).

53. SAP de La Rioja de 18/07/2008 (JUR 2008 \ 344255).
54. SAP de Barcelona de 09/10/2008 (AC \ 2008 \ 1681).
55. SAP de Barcelona de 09/10/2008 (AC 2008 \ 1681).
56. SAP de Granada de 21/10/2008 (JUR \ 2009 \ 60612).
57. SAP de Toledo de 05/11/2008 (JUR \ 2009 \ 146067).
58. SAP de Madrid de 16/11/2008 (JUR \ 2009 \ 115581).
59. SAP de Alicante de 10/12/2008 (AC 2009 \ 194).
60. SAP de Madrid de 16/12/2008 (JUR/2009/115581).
61. SAP de Navarra de 13/02/2009 (JUR 2009 \ 295041).
62. SAP de La Coruña de 04/03/2009 (JUR \ 2009 \ 285315).
63. SAP de Cantabria de 24/03/2009 (AC 2009 \ 1382).
64. SAP de Barcelona de 28/04/2009 (JUR 2009 \ 393225).
65. SAP de Zamora de 31/07/2009 (AC 2009 \ 1964).
66. SAP de Cádiz de 04/09/2009 (JUR 2010 \ 12684).
67. SAP de Pontevedra de 24/09/2009 (JUR \ 2009 \ 460957).
68. SAP de Málaga de 28/09/2009 (JUR 2011 \ 210860).
69. SAP de Madrid de 28/09/2009 (JUR 2010 \ 21709).
70. SAP de Zamora de 01/10/2009 (AC 2009 \ 2255).
71. SAP de Barcelona de 04/11/2009 (JUR 2010 \ 45318).
72. SAP de las Islas Baleares de 10/11/2009 (JUR \ 2010 \ 8440).
73. SAP de Alicante de 18/12/2009 (AC \ 2010 \ 717).
74. SAP de Asturias de 25/02/2010 (JUR 2010 \ 145221).

75. SAP de Vizcaya de 09/03/2010 (JUR 2010\400101).
76. SAP de Barcelona de 24/03/2010 (JUR 2010\163664).
77. SAP de Burgos de 15/04/2010 (JUR 2010\254061).
78. SAP de Navarra de 21/04/2010 (JUR 2011\19558).
79. SAP de Asturias de 23/06/2010 (JUR 2010\265958).
80. SAP de Pontevedra de 30/06/2010 (JUR 2010\276355).
81. SAP de Madrid de 05/07/2010 (JUR 2010\319334).
82. SAP de Murcia de 09/09/2010 (JUR 2010\362965).
83. SAP de Asturias de 17/09/2010 (JUR 2010\362490).
84. SAP de Pontevedra de 30/12/2010 (JUR 2011\61144).
85. SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 28/01/2011 (JUR 2011\251343).
86. SAP de León de 10/03/2011 (JUR 2011\168539).
87. SAP de La Coruña de 10/03/2011 (ID CENDOJ: 15030370032011100119).
88. SAP de Alicante de 22/03/2011 (AC 2011\452).
89. SAP de Zaragoza de 27/04/2011 (JUR 2011\240367).
90. SAP de Madrid de 09/05/2011 (JUR 2011\239559).
91. SAP de las Islas Baleares de 05/07/2011 (JUR 2011\319574).
92. SAP de Lugo de 12/07/2011 (JUR 2011\318553).
93. SAP de La Coruña de 18/07/2011 (JUR 2011\308479).
94. SAP de Segovia de 18/07/2011 (JUR 2011\330701).
95. SAP de Alicante de 19/07/2011 (JUR 2011\389791).
96. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 25/07/2011 (JUR 2011\405614).

97. SAP de Badajoz de 26/07/2011 (JUR 2011\330314).
98. SAP de Granada de 16/09/2011 (JUR 2012\347396).
99. SAP de Asturias de 26/09/2011 (JUR 2011\360587).
100. SAP de Zaragoza de 30/09/2011 (JUR 2011\368803).
101. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 04/10/2011 (JUR 2012\85516).
102. SAP de Madrid de 04/10/2011 (JUR 2011\440808).
103. SAP de Asturias de 06/10/2011 (JUR 2011\368268).
104. SAP de Madrid de 25/11/2011 (JUR 2012\34965).
105. SAP de Valencia de 09/12/2011 (JUR 2012\76049).
106. SAP de Zaragoza de 30/12/2011 (JUR\2012\38719).
107. SAP de Madrid de 10/01/2012 (JUR 2012\41269).
108. SAP de Asturias de 16/01/2012 (JUR 2012\41567).
109. SAP de Orense de 17/01/2012 (JUR 2012\41713).
110. SAP de La Coruña de 18/01/2012 (JUR 2012\41785).
111. SAP de Gerona de 23/01/2012 (JUR 2012\95744).
112. SAP de Almería de 24/01/2012 (JUR 2012\41338).
113. SAP de Barcelona de 25/01/2012 (JUR 2012\133664).
114. SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 31/01/2012 (JUR 2012\87496).
115. SAP de Cáceres de 03/02/2012 (JUR 2012\90303).
116. SAP de La Coruña de 06/02/2012 (JUR 2012\73998).
117. SAP de Pontevedra de 09/02/2012 (JUR 2012\71784).
118. SAP de Ávila de 15/02/2012 (JUR\2012\113579).

119. SAP de Alicante de 15/02/2012 (JUR 2012\283980).
120. SAP de León de 02/03/2012 (JUR 2012\125005).
121. SAP de Sevilla de 02/03/2012 (JUR 2012\301978).
122. SAP de Zamora de 08/03/2012 (JUR 2012\137492).
123. SAP de Madrid de 08/03/2012 (JUR 2012\138043).
124. SAP de Asturias de 15/03/2012 (JUR/138298).
125. SAP de Madrid de 15/03/2012 (JUR 2012\115265).
126. SAP de Orense de 29/03/2012 (JUR 2012\130930).
127. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 27/04/2012 (JUR 2012\301201).
128. SAP de Zaragoza de 30/04/2012 (JUR 2012\182311).
129. SAP de Barcelona de 03/05/2012 (JUR 2012\265327).
130. SAP de Asturias de 12/05/2012 (AC 2012\1026).
131. SAP de Pontevedra de 15/05/2012 (JUR 2012\182459).
132. SAP de La Rioja de 22/05/2012 (AC 2012\489).
133. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 28/05/2012 (JUR 2012\302047).
134. SAP de Cáceres de 06/06/2012 (JUR 2012\242580).
135. SAP de Madrid de 07/06/2012 (JUR 2012\261245).
136. SAP de Zaragoza de 13/06/2012 (JUR 2012\235429).
137. SAP de Madrid de 20/06/2012 (JUR 2012\283139).
138. SAP de Valencia de 25/06/2012 (JUR\2012\307704).
139. SAP de Cáceres de 19/07/2012 (JUR 2012\290130).
140. SAP de Madrid de 23/07/2012 (JUR\2012\318352).

141. SAP de Segovia de 27/07/2012 (JUR\2012\312772).
142. SAP de Albacete de 31/07/2012 (JUR\2012\291390).
143. SAP de Barcelona de 04/09/2012 (JUR 2012\333731).
144. SAP de Barcelona de 06/09/2012 (JUR 2012\347484).
145. SAP de Madrid de 12/09/2012 (JUR 2012\333674).
146. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 20/09/2012 (ID CENDOJ: 38038370042012100397).
147. SAP de Madrid de 14/11/2012 (JUR 2013\8451).
148. SAP de Valencia de 26/12/2012 (JUR 2013\119809).
149. SAP de Madrid de 28/12/2012 (JUR\2013\41986).
150. SAP de Barcelona de 28/12/2012 (AC 2013\181).
151. SAP de las Islas Baleares de 28/12/2012 (LA LEY 223311/2012).
152. SAP de Pontevedra de 10/01/2013 (JUR 2013\45485).
153. SAP de Madrid de 15/01/2013 (JUR 2013\67885).
154. SAP de Madrid de 25/01/2013 (JUR\2013\109960).
155. SAP de Murcia de 28/02/2013 (JUR 2013\133928).
156. SAP de La Coruña de 27/03/2013 (JUR 2013\185961).
157. SAP de Murcia de 04/04/2013 (AC\2013\1098).
158. SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 09/05/2013 (JUR\2013\241385).
159. SAP de Asturias de 23/05/2013 (JUR\2013\245135).
160. SAP de La Rioja de 28/05/2013 (ID CENDOJ: 26089370012013100294).
161. SAP de Burgos de 04/06/2013 (JUR\2013\219530).

162. SAP de Valencia de 05/06/2013 (JUR\2013\283883).
163. SAP de Cádiz de 19/06/2013 (JUR 2013\258201).
164. SAP de Ciudad Real de 14/06/2013 (JUR 2013\252007).
165. SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 18/07/2013 (JUR\2013\317939).
166. SAP de Madrid de 30/09/2013 (JUR 2014\3559).
167. SAP de Córdoba de 08/10/2013 (JUR 2013\375066).
168. SAP de Córdoba de 18/10/2013 (JUR 2013\375227).
169. SAP de Alicante de 31/10/2013 (JUR 2014\9217).
170. SAP de Toledo de 14/11/2013 (JUR 2013\371173).
171. SAP de León de 03/12/2013 (JUR 2014\9840).
172. SAP de Granada de 20/12/2013 (JUR 2014\98940).
173. SAP de Castellón de 10/01/2014 (JUR 2014\103768).
174. SAP de Pontevedra de 04/02/2014 (JUR\2014\72727).
175. SAP de Ciudad Real de 07/02/2014 (ID CENDOJ: 13034370012014100119).
176. SAP de Navarra de 13/02/2014 (AC 2014\443).
177. SAP de Sevilla de 19/02/2014 (JUR\2014\132742).
178. SAP de Madrid de 19/02/2014 (JUR 2014\93151).
179. SAP de Alicante de 20/02/2014 (JUR 2014\102729).
180. SAP de Las Palmas de Gran Canaria de 26/02/2014 (JUR 2014\104839).
181. SAP de Valencia de 03/03/2014 (JUR\2014\121215).
182. SAP de Alicante de 06/03/2014 (JUR\2014\124547).
183. SAP de La Rioja de 06/03/2014 (JUR 2014\91731).

184. SAP de La Rioja de 06/03/2014 (ID CENDOJ: 26089370012014100105).
185. SAP de Ciudad Real de 07/03/2014 (AC 2014\357).
186. SAP de Barcelona de 02/04/2014 (JUR\2014\190331).
187. SAP de Zamora de 04/04/2014 (JUR\2014\151699).
188. SAP de Barcelona de 06/05/2014 (JUR 2014\178072).
189. SAP de Zamora de 26/06/2014 (JUR\2014\199868).
190. SAP de Barcelona de 26/06/2014 (ID CENDOJ: 08019370142014100233).
191. SAP de Jaén de 17/07/2014 (ID CENDOJ: 23050370012014100272).
192. SAP de Málaga de 28/07/2014 (ID CENDOJ: 29067370052014100354).
193. SAP de Madrid de 26/09/2014 (ID CENDOJ: 28079370102014100294).
194. SAP de Sevilla de 01/10/2014 (ID CENDOJ: 41091370052014100477).
195. SAP de Toledo de 03/10/2014 (ID CENDOJ: 45168370022014100382).
196. SAP de La Coruña de 10/10/2014 (ID CENDOJ: 15030370042014100295).
197. SAP de Barcelona de 15/12/2014 (ID CENDOJ: 08019370152014100373).
198. SAP de Vigo de 02/02/2015 (ID CENDOJ: 36057370062015100047)

JUZGADOS DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

1. SJCA de León de 14/09/2007 (JUR 2008\112281).

BIBLIOGRAFÍA

ABEL LLUCH, X., *La prueba pericial*, ABEL LLUCH, X., Y PICÓ I JUNOY, J. (dir.), 1ª ed., ESADE-Bosch, Barcelona, 2009, VLEX-57758771.

ABRIL CAMPOY, J. M., *La atribución del riesgo al comprador*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

ALABAU MARTÍ, L., “Sociedad Civil con forma mercantil” en *Enciclopedia Jurídica*, ARNALDA ALCUBILLA, E. (coord.), Vol. 21º, 1ª ed., La Ley, Las Rozas, 2008, pgs. 12014 a 12019.

ARNAU MOYA, F., *Los vicios de la construcción*, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2004, TOL468.388.

ALBALADEJO GARCÍA, M., *Derecho civil*, tomo II, Vol. 2º, 10ª ed., Bosch, Barcelona, 1997.

ARIAS-SALGADO ROBSY, M. E., “La ley de garantías en la venta de bienes de consumo. Principales novedades y valoración de la protección para el usuario y el consumidor. El principio de conformidad”, en *Cuadernos de derecho judicial*, Nº 11, 2005, pgs. 197 a 222.

ATAZ LÓPEZ, J., “Comentario al artículo 1445 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), tomo VII, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pgs. 10165 a 10197.

ATAZ LÓPEZ, J., “Comentario al artículo 1452 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), tomo VII, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pgs. 10235 a 10249.

ATAZ LÓPEZ, J., “Comentario al artículo 1453 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), tomo VII, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pgs. 10250 a 10257.

ATAZ LÓPEZ, J., “Comentario al artículo 1474 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), tomo VII, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pgs. 10445 a 10450.

AVILÉS GARCÍA, J., *Cuestiones esenciales sobre las relaciones contractuales en el sector de la automoción*, 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, TOL1.721.862.

AVILÉS GARCÍA, J., “La «garantía legal de conformidad» con el bien comprado y la «garantía comercial» en la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo” en *Derechos de los consumidores y usuarios: (doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios)*, GARCÍA GARCÍA, L. M. (coord.), y DE LEÓN ARCE, A. (dir.), 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2007, TOL1.190.348.

BADENAS CARPIO, M., “Comentario al artículo 335 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pgs. 472 a 473.

BADENAS CARPIO, M., "Comentario al artículo 1452 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XIXVI, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pgs. 1676 a 1678.

BADENES GASSET, R., *El contrato de compraventa*, tomo I, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1979.

BASOZABAL ARRUE, X., *Enriquecimiento injustificado por intromisión en derecho ajeno*, 1ª ed., Civitas, Madrid, 1998.

BERCOVITZ ÁLVAREZ, G., en "Comentario al artículo 1124 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pgs. 1318 a 1320.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, A., *Apuntes de derecho mercantil: derecho mercantil, derecho de la competencia y propiedad industrial*, 5ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "Comentario al artículo 3 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pgs. 86 a 99.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., "El texto refundido sobre legislación de consumo", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 18, 2007, BIB 2007\3039.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “La Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo y la defensa del Consumidor”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 14, 2003, BIB 2003\1332.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R., “Naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria”, en *ADC*, tomo XXII, 1969, pgs. 777 a 837.

BERGEL SÁINZ DE BARANDA, Y., “La subasta de obras de arte On-Line” en *Revista de la Contratación Electrónica*, Nº 85, 2007, VLEX-464682.

BERNAD MAINAR, R., “Redefinición de la responsabilidad por vicios ocultos en el Código Civil con anterioridad al Real Decreto-ley 1/2007, de 16 de noviembre”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 715, 2009, pgs. 2305 a 3254.

BLASCO GASCÓ, F., “La especificación”, en *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, 3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, TOL10.693.

BLASCO GASCÓ, F., “Sociedad civil: concepto y caracteres”, en *Derecho Civil. Obligaciones y Contratos*, 3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998, TOL10.578.

BOTANA GARCÍA, G., “Comentario de urgencia a la reforma del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, en *Diario La Ley*, Nº 8301, 2014, LA LEY 2220/2014.

BROSETA PONT, M., y MARTÍNEZ SANZ, F., *Manual de derecho mercantil*, Vol. 1º, 19ª ed., Tecnos, Madrid, 2012.

CAPILLA RONCERO, F., "Comentario a los artículos 1665 y 1666 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.), tomo XXI, Vol. 1º, 1ª ed., Edersa, Madrid, 1986, pgs. 1 a 26.

CARRASCO PERERA, A., "Entrega de los bienes vendidos, resolución y traslado de los riesgos en la compraventa al consumo", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 9, 2014, <<https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/468/404>>, consultado a 29 julio, 2014.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo I, Vol. 1º, 10ª ed., Reus SA, Madrid, 1963.

CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, tomo III, 17ª ed., Reus SA, Madrid, 2008.

CASTILLA BAREA, M., *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, 1ª ed., Dykinson, Madrid, 2005, VLEX-292290.

CASTILLA BAREA, M., "La determinación de la "falta de conformidad" del bien con el contrato a tenor del art. 3.1 del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo (I Parte)", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 17, 2002, BIB 2002\2168.

CASTILLA BAREA, M., "La determinación de la "falta de conformidad" del bien con el contrato a tenor del art. 3.1 del Proyecto de Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo (II Parte)", en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 18, 2002, BIB 2002\2245.

CAVANILLAS MÚGICA, S., “El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias”, en *Aranzadi Civil-Mercantil*, Nº 1, 2008, BIB 2008\24.

CORDERO LOBATO, E., “Comentario al artículo 17 de la Ley de Ordenación de la Edificación” en *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y GONZÁLEZ CARRASCO, M^a. C., 1^a ed., Aranzadi, Elcano, 2000, pgs. 293 a 349.

CORDERO LOBATO, E., “¿Protección sectorial y protección consumerista general? De minimis y de maximis. Sobre la reforma del artículo 59.2 del TRLCU”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, Nº 9, 2014, <<https://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/464>>, consultado a 15 julio, 2014.

COSTAS RODAL, L., “El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo”, en *Aranzadi civil*, tomo XIII, Vol. I, 2004, pgs. 2045 a 2079.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., “El contrato de sociedad. ¿Crisis del concepto?”, en *Anales de la Academia Sevillana del Notariado*, tomo VII, 1993, VLEX-231427.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M., *Estudios de Derecho Mercantil*, Vol. I, 1972, Editorial de Derecho Financiero.

DEL ARCO TORRES, M. A., Y DEL ARCO BLANCO, A. I. (coord.), *Diccionario Jurídico Básico*, 7ª ed., Comares, Granada, 2009.

DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Comentario al artículo 1300 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XVII, Vol. 2º, 1ª ed., Edersa, Madrid, 1981, pgs. 239 a 245.

DE VERDA Y BELMONTE, J. R., *Saneamiento por vicios ocultos: las acciones edilicias*, 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2004.

DE VERDA Y BELMONTE, J. R., “Sentido y alcance de la objetivización de la responsabilidad del vendedor por los vicios ocultos de la cosa vendida”, en *Revista Jurisprudencia Española La Ley*, tomo II, 2000, pgs. 1668 a 1692.

DÍAZ ALABART, S., “Dos cuestiones en torno a la protección del consumidor en la compraventa de productos de consumo: la garantía del producto sustituto y la del producto que se obsequia con la compra de otro”, en *Aranzadi Civil*, tomo XVII, Vol. II, 2008, pgs. 2361 a 2376.

DÍAZ ALABART, S., “La protección del consumidor en la compraventa: la ley de garantía en la venta de bienes de consumo”, en *Estudios de derecho judicial*, Nº 116, 2007, pgs. 95 a 129.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., “El retardo, la mora y la resolución de los contratos sinalagmáticos”, en *ADC*, tomo XXII, 1969, pgs. 393 a 404.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, 6ª ed., Civitas, Madrid, 2008.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L., *Sistema de Derecho Civil*, 7ª ed., Tecnos, Madrid, 1995.

DÍEZ SOTO, C. M., "Comentario al artículo 44 de la Ley de Ordenación del Comercio Minorista", 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*, ALONSO ESPINOSA, F.J., LÓPEZ PELLICER, J. A., MASSAGUER FUENTES, J., REVERTE NAVARRO, A., (coord.), 1ª ed., McGrawwHill, Madrid, 1999, pgs. 538 a 565.

DÍEZ SOTO, C. M., "Comentario al artículo 1506 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), tomo VIII, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pg. 10662.

DÍEZ SOTO, C. M., "Resolución y Concurso", en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Y GARCÍA PÉREZ, C. L. (coord.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pgs. 339 a 396.

DORAL GARCÍA, J. A., "Vicios de la construcción y garantías del consumidor adquirente de vivienda" en *La protección del consumidor de inmueble*, LLEDÓ YAGÜE, F. (dir.), 1ª ed., Dykinson, Madrid, 2013, VLEX-483854358.

D'ORS Y PÉREZ-PEIX, A., *Derecho Privado Romano*, 8ª ed., Ediciones Universidad de Navarra, S.A., Pamplona, 1991.

ENTRENA GUASP, R., “Ánimo de Lucro”, en *Enciclopedia Jurídica*, ARNALDA ALCUBILLA, E. (coord.), Vol. 2º, 1ª ed., La Ley, Las Rozas, 2009, pgs. 893 a 897.

EROSKI, “Informe: Nueva Ley de garantías en la venta de bienes de consumo”, en *Revista Eroski Consumer*, Nº 71, 2003, <http://revista.consumer.es/web/es/20031101/pdf/revista_entera.pdf>, consultado a 8 julio, 2014.

ESCRICHE MARTÍN, J., *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, 3ª ed., Librería de la señora Viuda e Hijos de D. Antonio Calleja, Madrid, 1847. <http://books.google.es/books?id=YKtJW3amGeEC&printsec=frontcover&hl=es&source=gbs_ge_summary_r&cad=0#v=onepage&q&f=false>, consultado a 19 marzo, 2013.

FENYO PICÓN, N., *El sistema de protección del comprador*, 1ª ed., Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006.

FENYO PICÓN, N., *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa*, 1ª ed., Centro de Estudios Registrales, Madrid.

FERNÁNDEZ PÉREZ, N., “El nuevo marco normativo de la contratación a distancia: el texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y la ley sobre comercialización a distancia de servicios financieros”, en *El nuevo régimen de la contratación a distancia con consumidores*, 1ª ed., La Ley, 2009, LA LEY 11052/2011.

FUENTESECA DEGENEFFE, C., *La venta de bienes de consumo y su incidencia sobre la legislación española (Ley 23/2003, de 10 de julio)*, 1ª ed., La Ley, Madrid, 2007, LA LEY 20182/2009.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "Derecho de desistimiento", en *La defensa de los consumidores y usuarios*, REBOLLO PUIG, M., y IZQUIERDO CARRASCO, M. (dir.), 1ª ed., Iustel, Madrid, 2011, pg. 1217 a 1306.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "La facultad de desistimiento en la ley sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico de 1998" en *Homenaje al profesor Bernardo Moreno Quesada*, HERRERA CAMPOS, R. (coord.), Vol. 1º, 1ª ed., Universidad de Almería, Almería, 2000, pgs. 583 a 607.

GALLEGO DOMÍNGUEZ, I., "La unificación del Derecho Civil Patrimonio Europeo", en *Libro homenaje al profesor Manuel Albaladejo García*, GONZÁLEZ PORRAS, J. M., y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F. P. (coord.), Vol. 1º, Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pgs. 1787 a 1810.

GARCÍA CANTERO, G., "Comentario al artículo 1445 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pgs. 17 a 40.

GARCÍA CANTERO, G., "Comentario al artículo 1452 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pgs. 77 a 93.

GARCÍA CANTERO, G., "Comentario al artículo 1453 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y

DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pgs. 105 a 117.

GARCÍA CANTERO, G., “Comentario al artículo 1483 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pgs. 333 a 361.

GARCÍA CANTERO, G., “Comentario al artículo 1506 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1999, VLEX-257136.

GARCÍA CANTERO, F., “Comentario a los artículos 1484 a 1490 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XIXVI, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pgs. 361 a 394.

GARCÍA CANTERO, G., “Comentario a la Sección Tercera. Del Saneamiento”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XIX, 2ª ed., Edersa, Madrid, 1991, pgs. 275 a 282.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., “Compraventa Mercantil”, en *Enciclopedia Jurídica*, ARNALDA ALCUBILLA, E. (coord.), Vol. 4º, 1ª ed., La Ley, Las Rozas, 2009, pgs. 2349 a 2355.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., "El Concepto del Aliud Pro Alio. Foro Abierto", MAGRO SERVET, V. (coord.), en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, N° 4, 2006, EDB 2006/7759.

GARCÍA-CHAMÓN CERVERA, E., "Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario en el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (arts. 118 a 127)", en *Perspectivas legales en el tratamiento de consumidores y usuarios en la legislación española. Especial referencia al Real Decreto Legislativo 1/2007, de defensa de los consumidores y usuarios. Cuadernos Digitales de Formación*, N° 51, 2008, pgs. 177 a 324.

GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, J. A., "Consideraciones generales sobre la LGVBC, de 10 de Junio, de garantías en la venta de bienes de consumo", en *Estudios de derecho judicial*, N° 50, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2004, pgs. 77 a 112.

GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo I, 1ª ed., Editor Jaime Molinas, Barcelona, 1889.
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/600/44.pdf>>, consultado a 19 marzo, 2013.

GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo II, 1ª ed., Editor Jaime Molinas, Barcelona, 1892.
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/601/3.pdf>>, consultado a 19 marzo, 2013.

GARCÍA DEL CORRAL, I., *Cuerpo de Derecho Civil Romano*, tomo VI, 1ª ed., Editor Jaime Molinas, Barcelona, 1889.
<<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/2/605/16.pdf>>, consultado a 19 marzo, 2013.

GARCÍA GARRIDO, M., *Derecho Romano Privado*, 9ª ed., Dykinson, Madrid, 2000.

GARCÍA GARRIDO, M., Y FERNÁNDEZ-GALIANO, A., *Iniciación al derecho*, 8ª ed., Universitas, Madrid, 2004, VLEX-269240.

GARCÍA GOYENA, F., *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, tomo III, Maxtor, Valladolid, 2010.
<http://books.google.es/books?id=ZzOtiyfC3zQC&pg=PA80&dq=se+sobreentiende+que+todos+los+contratos+bilaterales&hl=es&sa=X&ei=F48wUZjzCYW5hAeqx4G4Dw&redir_esc=y#v=onepage&q=se%20sobreentiende%20que%20todos%20los%20contratos%20bilaterales&f=false>, consultado a 19 marzo, 2013.

GARCÍA PÉREZ, C. L., "Comentario al artículo 89.6 y 89.8 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pgs. 1139 a 1151.

GARCÍA PÉREZ, C. L., "Comentario al artículo 1484 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), tomo VII, 1ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013, pgs. 10517 a 10534.

GARCÍA PÉREZ, C. L., “Las acciones edilicias y el artículo 1.124 del Código Civil”, en *Estudios sobre incumplimiento y resolución*, GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., Y GARCÍA PÉREZ, C. L. (coord.), 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, pgs. 427 a 471.

GARCÍA PÉREZ, C. L., “Sobre la posibilidad de integración judicial del precio determinable”, en *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, CARRASCO PERERA, A. (dir.), tomo II, 1ª ed, Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pgs. 913 a 924.

GARCÍA VICENTE, J. R., “Comentario al artículo 59 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pgs. 757 a 765.

GARCÍA VICENTE, J. R., “La compraventa de consumo de bienes de segunda mano”, en *Aranzadi civil: revista doctrinal*, N° 3, 2010, BIB 2010\828.

GARNICA MARTÍN, J. F., “El Concepto del Aliud Pro Alio. Foro Abierto”, MAGRO SERVET, V. (coord.), en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, N ° 4, 2006, EDB 2006/7759.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J., *Curso de Derecho Mercantil*, 5ª ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1969.

GILI SALDAÑA, M. A., “Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías”, en

Indret: Revista para el Análisis del Derecho, N^o 2, 2010,
<http://www.indret.com/pdf/736_es.pdf>, consultado a 11 mayo, 2013.

GÓMEZ DE LA SERNA, P. y MONTALBAN, J. M., *Elementos de Derecho Civil y Penal de España*, tomo II, 14^a ed., Librería de Gabriel Sánchez, Madrid, 1886.

GÓMEZ POMAR, F., “Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N^o 4, 2001.
<http://www.indret.com/pdf/066_es.pdf>, consultado a 2 marzo, 2014.

GÓMEZ POMAR, F., “El incumplimiento contractual en Derecho español”, en *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N^o 3, 2007.
<http://www.indret.com/pdf/466_es.pdf>, consultado a 11 mayo, 2013.

GÓMEZ POMAR, F., *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, SALVADOR CODERCH, P., y GÓMEZ POMAR, F. (coord.), Civitas, Madrid, 2008.

GONZÁLEZ CARRASCO, M. C., “Incidencia en el derecho contractual de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores”, en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N^o 1, 2014,
<<https://cesco.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/download/26/27>>,
consultado a 29 julio, 2014.

INC, CG/02/04: *¿Se aplica la Ley de Garantías al comisionista que adquiere bienes por cuenta de un consumidor?* <<http://www.consumo-inc.es/Informes/garantias/preguntas/preguntas1.htm#7>>, consultado a 21 septiembre, 2011.

INC, CG/06/04: *Inclusión de los bienes muebles de la vivienda nueva adquirida por el consumidor en el ámbito de aplicación de la LGVBC, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo.* <<http://www.consumo-inc.es/Informes/garantias/preguntas/preguntas3.htm>>, consultado a 24 junio, 2011.

INC, CG/11/04: *¿Se aplica la Ley 23/003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo a los medicamentos?* <<http://www.consumo-inc.es/Informes/garantias/preguntas/preguntas3.htm>>, consultado a 22 junio, 2011.

INC, CG/49/03: *En caso de promoción de ventas consistente en el obsequio de un producto, ¿Es aplicable la Ley 23/2003 a ese producto? ¿Quién será el responsable de una posible falta de conformidad? Y si el obsequio es directamente del fabricante, (por ejemplo un reloj dentro del envase del producto) ¿Es responsable el vendedor?* <http://www.consumo-inc.gob.es/informes/garantias/cronologico/2003_41.htm>, consultado a 23 noviembre, 2013.

LARROSA AMANTE, M. A., “Principales novedades en el ámbito de la protección del consumidor. El RD Legislativo 1/2007 de 16 noviembre”, en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, Nº 3, 2008, EDB 2008/20537.

LÉVY, J. P., y CASTALDO, A., *Histoire du Droit Civil*, Dalloz, Paris, 2002.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C., “La venta financiada de vehículos automóviles”, en *Tratado de la compraventa: Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, CARRASCO PERERA, A.

(dir.), tomo II, 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2013, pgs. 1161 a 1172.

LÓPEZ SÁNCHEZ, C., “Sentencia de 22 de mayo de 2001. Responsabilidad del fabricante y distribuidor por daños causados al consumidor. Exoneración de los mismos y condena del suministrador. Producto defectuoso y defecto de información. Calificación de responsabilidades” en *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 58, 2002, pgs. 215 a 227.

LUCAS FERNÁNDEZ, F., “Comentario al artículo 1544 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XX, Vol. 1º, Edersa, Madrid, 1980, pgs. 82 a 101.

MAGNO, D., *Studi sul negozio condizionato*, 1ª ed., Athenaeum, Roma, 1930.

MAGRO SERVET, V., “Análisis de la Ley 3/2014, de 27 de marzo, por la que se modifica el texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios”, en *Práctica de Tribunales*, 2014, LA LEY 4508/2014.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 115 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pgs. 1419 a 1437.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 117 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*,

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pgs. 1472 a 1482.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 118 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pgs. 1483 a 1491.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 119 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pgs. 1491 a 1505.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 120 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pgs. 1505 a 1522.

MARÍN LÓPEZ, M. J., “Comentario al artículo 121 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios”, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pgs. 1522 a 1532.

MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al artículo 124 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pgs. 1560 a 1574.

MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al artículo 127 del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Cizur Menor, 2009, pgs. 1594 a 1605.

MARÍN LÓPEZ, M. J., "El "nuevo" concepto de consumidor y empresario tras la Ley 3/2014, de reforma del TRLGDCU", en *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, N^o 9, 2014, <<http://www.revista.uclm.es/index.php/cesco/article/view/465/401>>, consultado a 17 julio, 2014.

MARÍN LÓPEZ, M. J., "Reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo", en *Actualidad Civil*, N^o 12, 2007, LA LEY 1912/2007.

MARTÍNEZ MARTÍNEZ, M., "Aliud pro alio" versus vicios ocultos en compraventa mercantil de cosa genérica (aceite de oliva): STS 21 octubre 2005", en *Nul: comentarios de sentencias*, N^o 2, 2006. <<http://www.codigo-civil.info/nulidad/lodel/document.php?id=153>>, consultado a 11 mayo, 2013.

MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M., *La falta de conformidad en la compraventa de bienes*, 1ª ed., Bosch, Barcelona, 2007.

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, A., “Sociedad anónima y fin de lucro”, en *Estudios Jurídicos de la sociedad anónima*, 1ª ed., Madrid, Civitas, 1995, pgs. 39 a 59.

MIGUEL Y ROMERO, M., y MIGUEL Y ALONSO, C., *Derecho Procesal Práctico*, tomo II, 11ª ed, Bosch, Barcelona, 1967.

MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, J., “Una aportación al estudio del «error in substancia» en la compraventa” en *ADC*, tomo XVI, 1963, pgs. 79 a 99.

MONTERO AROCA, J., *El nuevo proceso civil*, 2ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

MONTÉS PENADÉS, V., “Comentario al artículo 1124 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M. (dir.), tomo XV, Vol. 1º, 1ª ed., Edersa, Madrid, 1989, pgs. 1171 a 1255.

MONTÉS PENADÉS, V., *Derecho Civil. Parte General. Derecho de la Persona*, BLASCO GASCÓ, F. (coord.), 4ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 2003.

MORALES MORENO, A. M., “Comentario al artículo 1266 del Código Civil”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XVII, Vol. 1º B, 1ª ed., Edersa, Madrid, 1993, pgs. 221 a 340.

MORALES MORENO, A. M., “El alcance protector de las acciones edilicias”, en *ADC*, tomo XXXIII, 1980, pgs. 594 a 623.

MORALES MORENO, A. M., *El error en los contratos*, 1ª ed., Ceura, 1988, Madrid.

MOSCOSO TORRES, P. J., "El régimen legal de las garantías en la venta de bienes de consumo", en *Manuales de formación continuada*, Nº 34, 2005, pgs. 729 a 860.

O'CALLAGHAN MUÑOZ, X., *Compendio de Derecho Civil*, tomo II, Vol. 1º, 3ª ed., Madrid, Edersa, 2004, VLEX-215453.

ORTÍ VALLEJO, A. DE P., "Los vicios en la compraventa y su diferencia con el "aliud pro alio": jurisprudencia más reciente", en *Aranzadi civil*, tomo I, Vol. I, 1996, pgs. 41 a 60.

PACHECO JIMÉNEZ, M. N., *Los seguros en el proceso de la edificación*, La Ley, Madrid, 2008, LA LEY 5678/2010.

PARRA LUCAN, M. A., "Responsabilidad civil por bienes y servicios defectuosos en el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", en *Práctica de Derecho de Daños*, Nº 69, 2009, LA LEY 2506/2009.

PAUNÉ, M. M., "La fiebre Polaroid vuelve a Barcelona" en *Lavanguardia.com*, 8 abril, 2011. <<http://www.lavanguardia.com/cultura/20110408/54134438574/la-fiebre-polaroid-vuelve-a-barcelona.html>>, consultado a 27 agosto, 2012.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., "Ánimo de lucro y concepto de sociedad (Breves consideraciones a propósito del art. 2. 2º LAIE)", en *Derecho Mercantil de la Comunidad Económica Europea (Estudios en homenaje al Prof. José Girón Tena)*, 1ª

ed., Civitas, Madrid, 1991, pgs. 729 a 753.

PEÑA LÓPEZ, J. M., "Comentario al artículo 4 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pgs. 33 a 38.

PEÑA LÓPEZ, F., "Comentario al artículo 1474 del Código Civil," en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pgs. 1711 a 1713.

PEÑA LÓPEZ, F., "Comentario al artículo 1484 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pgs. 1724 a 1725.

PEÑA LÓPEZ, F., "Comentario al artículo 1489 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pgs. 1730 a 1732.

PEÑA LÓPEZ, F., "La entrega de una vivienda o un local comercial con irregularidades urbanísticas: ¿incumplimiento del contrato de compraventa?" en *Aranzadi civil: revista doctrinal*, Nº 2, 2010, pgs. 45 a 67.

PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., *Tratado de Derecho Procesal Civil*, tomo II, 2ª ed., Aranzadi, Pamplona, 1985.

PUIG BRUTAU, J., *Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, Vol. 1º, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1976.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, tomo I, 21ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1992.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, tomo II, 21ª ed., Espasa-Calpe, Madrid, 1992.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*. <<http://lema.rae.es/drae/?val=software>>, consultado a 2 marzo, 2014.

REBOLLEDO VARELA, A. L., "Efectos de la Sentencia", en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Aranzadi, Elcano, 2000, BIB 2000\2188.

REBOLLEDO VARELA, A. L., "El ejercicio del derecho de desistimiento en los contratos con consumidores en el RDLeg de 16 de noviembre", en *Revista de Derecho Privado*, Nº 3, 2010, pgs. 15 a 57.

REBOLLEDO VARELA, A. L., "Legitimación activa", en *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (coord.), Aranzadi, Elcano, 2000, BIB 2000\2184.

REGLERO CAMPOS, L. F., "Comentario al artículo 1964 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, ALBALADEJO GARCÍA, M., y DÍAZ ALABART, S. (coord.), tomo XXV, Vol. 2º, 1ª ed., Edersa, Madrid, 1994, pgs. 203 a 302.

REYES LÓPEZ, M. J., *Manual de derecho privado de consumo*, 1ª ed., La Ley, Madrid, 2009.

ROCA GUILLAMÓN, J., "Armonización, unificación y modernización del Derecho de obligaciones y contratos (notas para una reflexión)", en *XVI Jornadas*

de la Asociación de Profesores de Derecho Civil, Zaragoza, 16 y 17 de noviembre de 2012, 1ª ed., Editum, Murcia, 2014, pgs. 193 a 280.

ROCA GUILLAMÓN, J., "Codificación y crisis del derecho civil", en *Anales de derecho*, nº 8, 1985. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/Codificación_y_crisis_del_derecho_civil_articulo?codigo=53030&orden=352928&info=link>, consultado a 3 de octubre, 2014.

ROCA GUILLAMÓN, J., "Soft law. Notas sobre el argumento de autoridad en el proceso de armonización del derecho contractual europeo", en *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*, DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. (coord.), Vol. 2º, 1ª ed., Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor, 2014, pgs. 2707 a 2725.

RODRÍGUEZ MARÍN, C., "El principio de conformidad en la venta de bienes de consumo: garantías y servicios posventa", en *Aranzadi civil: revista doctrinal*, Nº 9, 2011, BIB 2010\2472.

RODRÍGUEZ MORATA, F., "Comentario al artículo 1588 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pgs. 1819 a 1823.

SÁENZ DE SANTA MARÍA VIerna, A., "Los clubs de fútbol, ¿sociedades anónimas?", en *Diario La Ley*, tomo IV, 1988, LA LEY 18700/2001.

SALVADOR CODERCH, P., "Constitución española, compilación catalana y derecho supletorio: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 1985", en *ADC*, tomo XXXIII, 1985, pgs. 745 a 764.

SALVADOR CODERCH, P., Y RAMOS GONZÁLEZ, S., *Tratado de responsabilidad civil del fabricante*, SALVADOR CODERCH, P., Y GÓMEZ POMAR, F. (coord.), 1ª ed., Civitas, Madrid, 2008.

SÁNCHEZ ARISTI, R., "Comentario al artículo 1102 del Código Civil", en *Comentarios al Código Civil*, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (dir.), 1ª ed., Aranzadi, Elcano, 2001, pgs. 1280 a 1281.

SÁNCHEZ CALERO, J., "Faltas de conformidad en los contratos de venta de bienes de consumo y derechos de los consumidores" en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, LLAMAS POMBO, E. (coord.), tomo II, 1ª ed., La Ley, Madrid, 2006, pgs. 697 a 718.

SÁNCHEZ PÉREZ, L., "Las sociedades sin ánimo de lucro: ¿una rara avis?", en *Aranzadi Doctrinal*, N° 2, 2013, BIB 2013\754.

SOLER PASCUAL, L. A., "El Concepto del Aliud Pro Alio. Foro Abierto", MAGRO SERVET, V. (coord.), en *Revista de Jurisprudencia El Derecho*, N ° 4, 2006, EDB 2006/7759.

TARDÍO PATO, J. A., "El principio de especialidad normativa (Lex Specialis) y sus aplicaciones jurisprudenciales", en *Revista de Administración Pública*, n° 162, 2003. <http://umh.es/ficherosAnuncios/98492_LEX-SPECIALIS.pdf>, consultado a 22 mayo, 2013.

TORRELLES TORREA, E., "Artículo 114. Principios generales. TR-LGDCU", en *Comentarios a las Normas de Protección de Los Consumidores*, CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), Colex, Madrid, 2011, pgs. 1053 a 1063.

TORRELLES TORREA, E., “Artículo 115. Ámbito de aplicación. TR-LGDCU”, en *Comentarios a las Normas de Protección de Los Consumidores*, CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), Colex, Madrid, 2011, pgs. 1063 a 1070.

TORRELLES TORREA, E., “Artículo 117. Incompatibilidad de acciones. TR-LGDCU”, en *Comentarios a las Normas de Protección de Los Consumidores*, CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), Colex, Madrid, 2011, pgs. 1080 a 1086.

TORRELLES TORREA, E., “Artículo 118. Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario. TR-LGDCU”, en *Comentarios a las Normas de Protección de Los Consumidores*, CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), Colex, Madrid, 2011, pgs. 1086 a 1090.

TORRELLES TORREA, E., “Artículo 119. Reparación y sustitución del producto. TR-LGDCU”, en *Comentarios a las Normas de Protección de Los Consumidores*, CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), Colex, Madrid, 2011, pgs. 1090 a 1097.

TORRELLES TORREA, E., “Artículo 120. Régimen jurídico de la reparación o sustitución del producto. TR-LGDCU”, en *Comentarios a las Normas de Protección de Los Consumidores*, CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), Colex, Madrid, 2011, pgs. 1097 a 1105.

TORRELLES TORREA, E., “Artículo 121. Rebaja del precio y resolución del contrato. TR-LGDCU”, en *Comentarios a las Normas de Protección de Los Consumidores*, CÁMARA LAPUENTE, S. (dir.), Colex, Madrid, 2011, pgs. 1105 a 1110.

TORRELLES TORREA, E., "El leve acercamiento de la ley de garantías de los bienes de consumo a la non-performance", en *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al Profesor Mariano Alonso Pérez*, LLAMAS POMBO, E. (coord.), tomo II, 1ª ed., La Ley, Madrid, 2006, pgs. 805 a 837.

TUERO ALLER, F., "Dos supuestos de caducidad y prescripción en el contrato de compraventa: saneamiento por vicios ocultos y ventas al consumo", en *Cuadernos de derecho judicial: Prescripción y caducidad de derechos y acciones*, Nº 14, 2005, pgs. 2361 a 2376.

UNIÓN EUROPEA, *Glosario*.
<http://europa.eu/legislation_summaries/glossary/green_paper_es.htm>, consultado a 25 marzo, 2015.

URÍA GONZÁLEZ, R., *Derecho Mercantil*, 6ª ed., Imprenta Aguirre, Madrid, 1968.

URÍA GONZÁLEZ, R., *Derecho Mercantil*, 27ª ed., Marcial Pons, Madrid, 2000.

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R., *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*, VALPUESTA FERNÁNDEZ, M. R. (coord.), 3ª ed., Tirant Lo Blanch, Valencia, 1998.

VATTIER FUENZALIDA, C., "Sobre la garantía legal en las ventas de consumo", en *Revista Jurídica Española La Ley*, tomo V, 2008, pgs. 1238 a 1243.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, C., "Comentario al Artículo 1269 del Código Civil", en *Contratos. Comentarios a los artículos 1254 a 1314 del Código Civil*, 1ª ed., vLex, Barcelona, 2009, VLEX-59898458.

VICENT CHULIA, F., y PEINADO GRACIA, J. I., "Introducción. Normas y ámbito de aplicación", en *Tratado de derecho de cooperativas*, PEINADO GRACIA, J. I., Y VÁZQUEZ RUANO, T. (coord.), 1ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, TOL3.981.795.

VICENT CHULIA, F., "Lección 5ª Derecho de sociedades", en *Introducción al Derecho Mercantil*, 23ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, TOL2.727.055.

VICENTE Y GELLA, A., *Curso de derecho mercantil comparado*, 3ª ed., La Académica, Zaragoza, 1951.

VICENTE Y GELLA, A., "La doctrina de los vicios y el cumplimiento "aparente" de los contratos", en *Homenaje a la memoria de Don Juan Moneva y Puyol*, 1ª ed., El Noticiero, Zaragoza, 1954.
<<http://www.derechoaragones.es/i18n/consulta/registro.cmd?id=600682>>,
consultado a 1 abril, 2013.

VILATA MENADAS, S., "Las garantías de los bienes de consumo en nuestro Ordenamiento Jurídico (LGVBC, de 10 de julio)", en *Revista Jurídica de la Comunidad Valenciana*, Nº 8, 2003, TOL310.217.

VILLARINO MARZO, J., "Profesional liberal y ejercicio en sociedad", en *Diario La Ley*, Nº 2, 2005, LA LEY 4919/2005.