

ESTUDIO DE DERECHO COMPARADO SOBRE
LAS GARANTÍAS EN LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO
EN ESPAÑA Y PORTUGAL A LA LUZ DE LA DIRECTIVA (UE)
2019/771*

COMPARATIVE LEGAL STUDIES ON THE SALE
OF CONSUMER GOODS AND GUARANTEES IN SPAIN
AND PORTUGAL IN THE LIGHT OF THE DIRECTIVE EU
2019/771

FELISA MARÍA CORVO LÓPEZ

Profesora Contratada Doctor de Derecho civil

Universidad de Salamanca

Facultad de Derecho. Campus Miguel de Unamuno, s/n. Salamanca 37007

ORCID ID: 0000-0002-2121-8936

Recibido: 16.12.2019 / Aceptado: 09.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5183>

Resumen: Siendo fruto de la transposición de la hoy derogada 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, la normativa española y la portuguesa en materia de garantías en la venta de bienes de consumo difieren en no pocos puntos. El presente estudio tiene por objeto analizar dichas diferencias y poner en relación el régimen de garantías previsto en el contexto ibérico con el Marco común de referencia y con las recientes Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, especialmente con esta última.

Palabras clave: venta de bienes de consumo, conformidad, derechos del consumidor.

Abstract: Although Spanish and Portuguese regulations about the sale of consumer goods comply with the Directive 1999/44/EC of the European Parliament and of the Council of 25 May 1999 on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees, they differ on several issues. This paper tries to emphasize the discrepancies between the rules of these Member States and link the regulation about the sale of consumer goods in the Iberian context with the Draft Common Frame of Reference and the recent Directives EU 2019/770 y 2019/771, especially with the last one.

Keywords: sale of consumer goods, conformity, rights of the consumer.

*El presente trabajo tiene su origen en la estancia de investigación realizada en los meses de septiembre-octubre de 2016 y enero-febrero de 2017 en la Facultad de Derecho de la Universidad de Lisboa, a cuyo catedrático –el Prof. Dr. Dário Moura Vicente- agradezco profundamente su cálida acogida y su disponibilidad. Lo desarrollo en mi condición de miembro investigador del GIR “Persona y Consumo. Protección de colectivos vulnerables”, cuyo Investigador responsable es D. José Antonio Martín Pérez, reconocido el 18/10/2018. El trabajo se enmarca en el ámbito de los proyectos de investigación “Contratación y consumo colaborativo: análisis jurídico y propuestas de reforma normativa ante los nuevos retos del mercado”, DER2016-77680-R, del que son investigadoras principales D^a Mariló Gramunt Fombuena y D^a Gemma Rubio Gimeno, y “Responsabilidad civil profesional y protección de los consumidores”, DER 2017-85129-P, Ministerio de Economía, Industria y Competitividad (AEI/FEDER, UE), del que es investigador principal D. Jesús Estruch Estruch.

Sumario: I. Introducción II. Garantías legales y comerciales. 1. Garantías legales. A) Ámbito subjetivo: vendedor y comprador B) Ámbito objetivo C) La noción de conformidad y su falta D) Remedios ante la falta de conformidad: a) Reparación y sustitución b) Reducción del precio y resolución del contrato E) Plazos F) Acción contra el productor 2. Garantías comerciales o voluntarias III. Conclusiones.

I. Introducción

1. La regulación aún vigente en materia de garantías en la venta de bienes de consumo en el contexto ibérico es fruto de la trasposición en España y Portugal de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo¹. En España, dicha Directiva se incorporó mediante la Ley 23/2003, de 10 de julio (derogada)², cuyas disposiciones se contienen hoy en el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias³ (en adelante, TRLGDCU) (art. 114 y ss). En Portugal, la trasposición de la Directiva comunitaria vino de la mano del DL 67/2003, de 08 de Abril, *Venda de bens de consumo e das garantias a ela relativas*, que fue posteriormente modificado por el DL 84/2008, de 21 de mayo (en adelante, DL 67/2003)⁴.

2. Si, a la vista de ambos textos, la doctrina ya venía poniendo de relieve la conveniencia de realizar algunos retoques y precisiones, la reciente aprobación de dos nuevas normas comunitarias –la Directiva (UE) 2019/770⁵ y la Directiva (UE) 2019/771⁶–, cuya trasposición debe realizarse a más tardar antes del 1 de julio de 2021, supone una oportunidad no sólo de incrementar el nivel de protección de los consumidores sino también de precisar algunas cuestiones que han generado debate en la doctrina. El punto de encuentro entre estas dos Directivas reside en que ambas buscan la armonización de determinados aspectos de los contratos de compraventa “*a fin de lograr un auténtico mercado digital, reforzar la seguridad jurídica y reducir los costes de las transacciones en particular para las pequeñas y medianas empresas (pymes)*”.

II. Garantías legales y comerciales

3. Las disposiciones objeto de estudio –de carácter imperativo– distinguen dos tipos de garantías: legal y comercial.

4. La garantía legal o conformidad de los productos con el contrato (art. 114-124 TRLGDCU y art. 1-8 DL 67/2003) supone la protección tradicional existente en todos los Ordenamientos nacionales, derivada de la ley, del propio contrato de compraventa, e inderogable, según la cual el vendedor (u otras personas) responde frente al consumidor de las anomalías de los productos vendidos. A diferencia de lo que sucede en el TRLGDCU, el art. 1Bf) DL 67/2003 sí ofrece una definición de Garantía legal: “*qualquer*

¹ 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, *DOUE*, L 171/12 de 7 de julio de 1999.

² Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo, *BOE*, nº 165, de 11 de julio de 2003.

³ RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias, *BOE*, nº 287, de 30 de noviembre de 2007.

⁴ Disponible en http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?nid=706&tabela=leis&ficha=1&pagina=1&so_miolo=& (último acceso 5/12/2019).

⁵ Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, *DOUE*, L 136/1 de 22 de mayo de 2019.

⁶ Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) nº 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE, *DOUE*, L 136/28 de 22 de mayo de 2019.

compromisso ou declaração assumido por um vendedor ou por um produtor perante o consumidor, sem encargos adicionais para este, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem de consumo, no caso de este não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respectiva publicidade”.

5. La garantía comercial, por su parte, constituye una garantía adicional que el vendedor, el productor o cualquier otra persona que ocupe un lugar en la cadena de distribución del producto puede ofrecer voluntariamente.

1. Garantías legales

A) **Ámbito subjetivo: vendedor y comprador**

6. Por lo que se refiere al ámbito subjetivo de aplicación de las normas de consumo, cabe señalar que vendedor será toda persona física o jurídica que, actuando en el marco de su actividad empresarial o profesional, vende bienes de consumo. Así se infiere de la EM III del TRLGDCU y del art. 1Bc) DL 67/2003⁷. Quedan al margen de la protección que dispensan tales normas, por consiguiente, las compraventas entre consumidores⁸ y las realizadas por profesionales al margen de su actividad empresarial⁹ ¹⁰; por parte de la doctrina portuguesa se ha señalado también que, aunque se admita la figura de los contratos de consumo inversos en los que el profesional es el adquirente del bien o el beneficiario del servicio y el no profesional el enajenante del bien o el prestador del servicio, dichos contratos quedarían fuera del ámbito de aplicación del DL, disposición pensada para los supuestos en que el comprador del bien es el consumidor¹¹. Comparando la noción de vendedor que acabamos de exponer con la ofrecida por el art. IV.A.-1:204 MCR comprobamos que en esta última, lo relevante para aplicar las especialidades de la compraventa de consumo es que actúe con fines relacionados con su negocio, trabajo o profesión, no que se lucre con ello. En la misma línea apunta la Directiva (UE) 2019/771, si bien este nuevo instrumento incorpora nuevos matices al definir la figura del vendedor como *“toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúa, incluso a través de otra persona que actúe en su nombre o por su cuenta, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión, en relación con los contratos regulados por la presente Directiva”*.

7. El comprador, por su parte, ha de merecer la condición de consumidor. Según el art. I.-1:105 MCR, consumidor es cualquier persona física que actúa principalmente para fines no relacionados con su actividad comercial, empresarial o profesional. Conforme al art. 3 TRLGDCU (modificado por la Ley 3/2014, de 27 de marzo), en cambio, *“son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a una actividad comercial, empresarial, oficio o profesión”*¹². También *“las*

⁷ Dice textualmente el precepto portugués que Vendedor es *“qualquer pessoa singular ou colectiva que, ao abrigo de um contrato, vende bens de consumo no âmbito da sua actividade profissional”*.

⁸ Como señala E. TORRELLES TORREA, “Las garantías de los productos en el TR-LGDCU: el ámbito de aplicación y el criterio de la falta de conformidad”, en I. SÁNCHEZ BARRIOS, (dir) *Estudios sobre consumo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 552, esta exclusión se justifica por cuanto, cuando el vendedor no es un profesional, no existe desigualdad en el poder de negociación de las partes “y ante ventas operadas por un vendedor no profesional, la combinación de las normas de Derecho general sobre fraude, error y sobre los deberes de información precontractual parecen más adecuadas para controlar la posible conducta oportunista de dicho vendedor no profesional”.

⁹ Piénsese, por ej., en el dueño de un restaurante que vende parte del mobiliario (sillas) que utiliza en su actividad.

¹⁰ J. ESTRUCH ESTRUCH, “Ámbito de aplicación del régimen de garantías en la venta de bienes de consumo”, *Revista Aranzadi de Derecho y Nuevas Tecnologías*, N.º. 21, 2009, pp. 43-63 (BIB 2009/1653), por su parte, considera que quedan fuera: 1) las compraventas en las que vendedor y comprador son consumidores; 2) aquellas en las que vendedor y comprador son empresarios o profesionales pues ambos estarían actuando en el marco de su actividad profesional; 3) las compraventas en las que el vendedor es un consumidor y el comprador un empresario; 4) las compraventas en establecimientos de segunda mano.

¹¹ En este sentido puede verse J. MORAIS CARVALHO, *Manual de Direito do Consumo*. Coimbra, Almedina, 2014, p. 181.

¹² Nótese que, tal y como pone de relieve J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías derivadas de la compraventa de bienes de consumo: garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos” en

personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial”. Antes de la reforma, llamaba ya la atención la referencia en este precepto a las personas jurídicas pues, al hilo de la Directiva sobre cláusulas abusivas en contratos celebrados con consumidores, la STJCE de 22 de noviembre de 2001¹³ ya había aclarado que el concepto de consumidor debía interpretarse referido “exclusivamente a personas físicas”¹⁴; idéntico criterio sigue la STS de 21 de septiembre de 2004¹⁵ y, en el plano normativo, el art. 2 de la Directiva 2011/83/UE, sobre derechos de los consumidores y los respectivos art. 2 de las recientes Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771. La inclusión de las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica, sin embargo, no supone un incumplimiento de la Directiva pues, aunque sea una directiva de máximos, al tratarse de sujetos no incluidos en la misma, estamos ante una materia no armonizada sobre la que los Estados miembros pueden regular libremente. La mención de las entidades sin personalidad jurídica permite aplicar el concepto de consumidor a las comunidades de propietarios, algo que ya venía haciendo la jurisprudencia desde hace años, especialmente en relación a las cláusulas abusivas en los contratos de mantenimiento de ascensores¹⁶. La exigencia de que carezcan de ánimo de lucro excluye la posibilidad de entender consumidores a personas jurídicas mercantiles. Nuestra jurisprudencia viene interpretando que es consumidor el sujeto que interviene en las relaciones de consumo con fines privados, contratando bienes y servicios como destinatario final, sin incorporarlos ni directa ni indirectamente, en procesos de producción, comercialización o prestación a terceros. Quedan excluidas, por tanto, las relaciones negociales entabladas entre empresarios o profesionales en el ámbito de sus actividades¹⁷. Ahora bien, puede ocurrir que el producto adquirido se destine a un uso profesional y particular. En este punto, resulta clarificadora la STJCE, Sala Segunda, de 20 de enero de 2005 (*Caso Johann Gruber contra Bay Wa AG*)¹⁸ según la cual el adquirente ha de reputarse consumidor si el uso profesional a que se destina el bien tiene poca relevancia –o dicho con otras palabras, si el uso profesional es marginal e insignificante-. No es pues el destino principal de la adquisición el criterio que delimita la atribución de la condición de consumidor o no al adquirente sino el carácter completamente irrelevante y fútil del uso profesional en el destino del bien [SAP Islas Baleares, sección 5ª, de 22 de mayo de 2008¹⁹]. La misma idea late en el MCR: se puede hacer algún uso profesional del bien adquirido pero el principal ha de ser el uso privado. Problemáticos son también los supuestos en que no está clara la finalidad de la adquisición. La jurisprudencia suele resolverlos atendiendo a la naturaleza del bien y sus posibles usos. Sobre esta base, ha rechazado la aplicación de la normativa de consumo a la adquisición de un vehículo industrial [SAP de Madrid, sección 21ª, de 31 de mayo de 2011²⁰], o de una máquina trituradora de áridos [SAP de Murcia, sección 5ª, de 15 de enero de 2009²¹], por ej.. Sorprendentemente, la ha aplicado, en cambio, en un supuesto en que un particular había adquirido una máquina retroexcavadora [SAP de Madrid, sección 10ª, de 29 de mayo de 2008²²].

L.M. GARCÍA GARCÍA, y A. DE LEÓN ARCE, (coord.) *Derechos de los consumidores y usuarios*, Vol I. 3ª Edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, p. 1640, la noción de consumidor no se pierde, por ej., por el hecho de adquirir mediante un comisionista; basta con que manifieste su condición de tal al celebrar el contrato de compraventa.

¹³ TJCE 2001\330.

¹⁴ Lógicamente nunca podrá tener la consideración de consumidor una sociedad anónima o una sociedad de responsabilidad limitada, pues tienen carácter mercantil; sin embargo, según apunta J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1640 y 1641, sí podría serlo una sociedad profesional no mercantil que adquiera productos de consumo para uso de uno o más de sus socios, en tanto en cuanto pueda probarse que existe un uso personal o privado de éstos al margen de su actividad profesional o empresarial.

¹⁵ RJ 2004,5576.

¹⁶ Véanse las SAP de León, sección 2ª, de 4 de marzo de 2010 (*JUR* 2010/144211); SAP de Murcia, sección 5ª, de 7 de diciembre de 2010 (*AC* 2011/10); SAP de Pontevedra, sección 6ª, de 18 de febrero de 2013 (*JUR* 2013/126923); SAP de Barcelona, sección 19ª, de 9 de enero de 2014 (*JUR* 2014/54764).

¹⁷ Sirvan como ej. la SAP de Badajoz, sección 3ª, de 3 octubre de 2011 (*AC* 2011/2219), la SAP de Cáceres, sección 1ª, de 2 de febrero de 2009 (*JUR* 2009/285791), la SAP de Madrid, sección 10ª, de 17 de junio de 2008 (*JUR* 2008/265673), la SAP de A Coruña, sección 3ª, de 4 de abril de 2008 (*JUR* 2008/304239), o la SAP de Barcelona, sección 13ª, de 5 de diciembre 2007 (*JUR* 2008/72704).

¹⁸ TJCE 2005\24.

¹⁹ *JUR* 2008\339085.

²⁰ *JUR* 2011\292468.

²¹ *JUR* 2009\277023.

²² *JUR* 2008\274734.

8. Mucho menos extensa resulta la noción de consumidor que proporciona el art. 1Ba) DL 67/2003: consumidor es “*aquele a quem sejam fornecidos bens, prestados serviços ou transmitidos quaisquer direitos, destinados a uso não profissional, por pessoa que exerça com carácter profissional uma actividade económica que vise a obtenção de benefícios, nos termos do n.º 1 do artigo 2.º da Lei n.º 24/96, de 31 de Julho*”. Ante esta remisión, no queda claro si el consumidor ha de ser una persona física o puede ser una persona colectiva, defendiéndose por la doctrina una y otra postura²³.

9. Llegados a este punto, podemos preguntarnos qué sucede cuando el consumidor (destinatario final) es una persona distinta del adquirente en el contrato; dicho con otras palabras, podemos preguntarnos si el régimen de garantías objeto de estudio es aplicable también cuando el bien en cuestión es enajenado por el inicial adquirente. Imaginemos que el adquirente compra un determinado producto para ofrecerlo como regalo de cumpleaños o de Navidad. En Portugal, la versión inicial del DL daba a entender que sólo el comprador podía ejercitar los derechos contemplados en la referida disposición; el DL 84/2008, aclaró la cuestión introduciendo el art. 4.6 en el que se establece: “*Os direitos atribuídos pelo presente artigo transmitem-se a terceiro adquirente do bem*”. Dicha transmisión, como señala la doctrina portuguesa, no implica alteración alguna de los plazos de ejercicio de los derechos reconocidos en la ley y sólo opera cuando el tercer adquirente sería considerado consumidor en el caso de que hubiera sido parte en el primer contrato²⁴. En nuestro país, no encontramos referencia alguna a este supuesto en el TRLGDCU; sin embargo, doctrina y jurisprudencia han tenido oportunidad de pronunciarse sobre el mismo²⁵. La SAP de Barcelona, sección 13ª, de 9 de octubre de 2008²⁶ no ha dudado en calificar como consumidor al subadquirente por donación. Tampoco ha dudado la SAP de Madrid, sección 14ª, de 18 de octubre de 2006²⁷ en considerar aplicables las normas en materia de consumo cuando el adquirente no utiliza el bien para sí sino que quien lo utiliza es una tercera persona, situada dentro del círculo personal del adquirente. Lo que no está tan claro en este último caso es quién puede ejercitar las acciones previstas en la ley²⁸. En opinión de GARCÍA CRUCES, dada la naturaleza contractual de la responsabilidad que asume el vendedor en la ley, será éste –el adquirente previamente calificado como consumidor– el legitimado para ejercitar las acciones que correspondan con independencia de que la condición de usua-

²³ A las distintas posiciones defendidas por la doctrina portuguesa se refiere M. J. DA COSTA GOMES, *Estudos de Direito das Garantias*, Vol. II, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 121 y 122, resaltando que el legislador portugués no tenía limitada la posibilidad de ampliar el ámbito de personas comprendidas bajo el nuevo régimen de la venta de bienes de consumo.

Resulta especialmente interesante, en este punto, el estudio T. ESTÉVEZ ABELEIRA, “Análisis de la noción de consumidor en el derecho portugués desde la perspectiva del derecho español” en A. PINTO MONTEIRO, (dir) *Estudos de direito do consumidor*, nº10, 2016, p. 31-69.

En el ámbito jurisprudencial, el Ac. do TRC de 11 de junio de 2019 (processo: 1675/18.0T8CTB.C1) señala, por ej., que “A qualidade de consumidor, para efeitos de aplicação da legislação pertinente – vg. DL 67/2003, de 8.04 –, apenas é excluída se o adquirente do bem o destinar à revenda, ou o usar exclusivamente numa actividade comercial/industrial para obtenção de lucro; factos a provar pelo demandado”; en la misma línea el Ac. do TRC de 12 de abril de 2018 (processo: 88/16.2T8TBU.C1) determina: “Tendencialmente, e salvo as especificidades do caso concreto, a qualidade de consumidor, para efeitos de aplicação da legislação pertinente – vg. DL67/2003, de 8.04 –, apenas é excluída se o adquirente do bem o destinar à revenda para obtenção de lucro; e, assim, tal qualidade se compaginando com outros usos do bem, que não o apenas particular/pessoal, vg., a sua adstrição à actividade profissional deste” y el de 15 de diciembre de 2016 (processo: 1638/11.6TBACB.C1) en la que se afirma: “É ‘consumidor’, mesmo considerando o seu conceito restrito, aquele que destina o bem adquirido predominantemente ao seu ‘uso pessoal, familiar ou doméstico’, sendo meramente instrumental ou acidental o seu aproveitamento para uso profissional”.

²⁴ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 186.

²⁵ Refiriéndose a la cesión de la condición de beneficiario de la garantía legal, J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, op. cit., p. 1725, sostiene que las normas sobre garantías se aplican también a quienes adquieren mediante permuta, donación o disposición testamentaria (supuestos de cesión legal de derechos), siempre que el adquirente no pierda su condición de consumidor.

²⁶ AC 2008\1681.

²⁷ AC 2007\225.

²⁸ Como señala E. TORRELLES TORREA, “Las garantías...”, op. cit., p.554, refiriéndose a los supuestos de comodato, si focalizamos la atención en el hecho de que el bien presenta anomalías y la ley reconoce un derecho a tener garantizado el correcto funcionamiento u operatividad del mismo, no es tan importante precisar si quien ejercita esos derechos es el verdadero titular del bien o un mero usuario del mismo. El problema reside en que, si quien ejercita los derechos reconocidos en la garantía es aquel que goza del bien, podría estar ejerciendo facultades que sólo corresponden propietario. Ej. si, ante una falta de conformidad del bien, hubiera promovido sin éxito la reparación del mismo y solicitara después la resolución del contrato, se vería beneficiado por la restitución de un precio que nunca pagó.

rio del bien recaiga en él o en un tercero²⁹. Entendiendo que la garantía persigue al bien y no a su titular, TORRELLES TORREA considera que podría admitirse la posibilidad de que el consumidor no contratante del bien ejercite los derechos conferidos en la garantía siempre y cuando “presente el derecho de garantía ante el responsable de la falta de conformidad, actuando como representante del que en su día adquirió el bien”. La autora toma en consideración también la posibilidad de aplicar analógicamente el art. 17.1 LOE, de acuerdo con el cual los subadquirentes de una vivienda pueden ejercitar los derechos que correspondían al primer comprador ante los agentes de la edificación³⁰.

B) Ámbito objetivo

10. El art. 115 TRLGDCU determina que el régimen de garantías contemplado en la ley se aplica a los contratos de compraventa de productos y a los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse³¹; la doctrina española, no obstante, se ha planteado la posibilidad de aplicarlo a otras categorías contractuales³². La norma portuguesa va más allá; para empezar, en nuestro país vecino se viene reconociendo la aplicación del DL 67/2003 a los contratos de permuta de bienes de consumo en base a lo dispuesto en el art. 939 CCPort³³; y para continuar, el propio DL determina que se

²⁹ J.A. GARCÍA CRUCES, “La compraventa de bienes muebles con consumidores sujeta a los art. 114 y ss del TRLGDCU”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (dir.) *Contratos Mercantiles I*, Cizur menor, Aranzadi, 2013, p. 207.

³⁰ E. TORRELLES TORREA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p.554.

³¹ La ley habla impropriadamente de contrato de suministro para referirse realmente al contrato de obra, un contrato de naturaleza mixta por cuanto existe una obligación de hacer y una obligación de dar, cuyo elemento fundamental es la existencia de una obligación de resultado; en consecuencia, el producto finalmente entregado ha de ser conforme con lo encargado y contratado; por lo que a este contrato se refiere –como señala C. LASHERAS ROMERO, “La falta de conformidad en el Derecho de consumidores. Especial referencia al concepto y tipos”, *Revista de Derecho patrimonial*, Nº 35, Septiembre-Diciembre 2014, p 219- el régimen del contrato de obra sería aplicable en todo aquello que no resulte incompatible con la normativa sobre protección de los consumidores. Quedan excluidos los contratos de servicios, salvo en aquellos casos en que la entrega del producto de la compraventa o suministro va necesariamente acompañada de una prestación de hacer, tal y como ocurre en los casos en que el vendedor se compromete en el contrato a instalar el producto en cuestión; la instalación, en ese caso, queda incluida dentro del contrato como un elemento más y, por tanto, forma parte también de la entrega del producto (Art. 116.2 TRLGDCU).

³² A juicio de M.T. ÁLVAREZ MORENO, “El ámbito de aplicación de la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de consumo”, en S. DÍAZ ALABART, (coord.) *Garantía en la venta de bienes de consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)*, Edisofer, Madrid, 2006, pp. 38-42, por ej., estas normas se aplican no sólo al contrato de compraventa en sentido amplio “sino también a cualquier otro que ponga bienes de consumo a disposición del consumidor, como titular de los mismos, y con carácter definitivo y permanente”; sobre esa base, entiende que se puede aplicar a la permuta, al contrato de obra, al suministro, e incluso al leasing pero no al arrendamiento. Por lo que se refiere al contrato de servicios que obliga al profesional a realizar una prestación de hacer junto con otra obligación de dar una cosa (bien mueble) al consumidor, la referida autora sostiene que, si existe un precio separado en la factura para el servicio y para el bien, resultan aplicables las normas que nos ocupan al bien o producto suministrado; en caso contrario, las referidas normas se aplicarán siempre y cuando “la prestación de hacer resulte complementaria o accesorio de la de entregar el bien, y la adquisición de éste sea la finalidad esencial del contrato” y también cuando la prestación del servicio sea un complemento o modo de instalación del bien adquirido. No se aplicarán, en cambio, cuando no se pueda individualizar el precio del bien adquirido con relación al valor del servicio prestado y éste se considere muy superior, ni tampoco cuando el bien revista un carácter meramente accesorio del servicio contratado.

En el ámbito jurisprudencial, cabe traer a colación la SAP de Madrid, sección 14ª, de 28 de noviembre de 2006 (AC 2007/712) referida a un supuesto en el que, habiéndose concertado un arrendamiento con opción de compra, el arrendatario había cedido el derecho de opción de compra a un tercero, quien ejecutó dicha opción y adquirió un vehículo que, al poco tiempo, sufrió una importante avería, cuya reparación costaba más de diez mil euros. El adquirente demandó a la sociedad vendedora reclamando el importe de la reparación. Estimada la demanda en primera instancia, la demandada recurrió en apelación señalando que el adquirente no podía tener la condición de consumidor ya que su derecho provenía de un previo contrato de arrendamiento con opción de compra y que, además, dado que el arrendatario necesariamente no podía considerarse consumidor, tampoco debería poder considerarse consumidor al adquirente a quien aquél cedió el derecho de opción. La AP desestima el recurso entendiendo que, dadas las circunstancias personales del adquirente, éste era un verdadero consumidor y, por lo tanto, resultaba aplicable la Ley 23/2003.

³³ Art. 939 CCPort: “As normas da compra e venda são aplicáveis aos outros contratos onerosos pelos quais se alienem bens ou se estabeleçam encargos sobre eles, na medida em que sejam conformes com a sua natureza e não estejam em contradição com as disposições legais respectivas”. En tal sentido puede verse J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 182 y 183, quien indica que “Contrato de troca de bens de consumo” sería aquel en virtud del cual el consumidor y el profesional se transmiten recíprocamente la propiedad de dos cosas distintas, siendo únicamente bien de consumo el adquirido por parte del consumidor. A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado de Direito Civil Português, Vol. I, T. II*, Coimbra, Almedina, 2002, p. 148, hablando de la energía, se limita a decir que los contratos de suministro celebrados con los consumidores finales se consideran contratos privados de compraventa.

aplica no sólo a la compraventa de bienes de consumo sino también al contrato de obra o de prestación de servicios³⁴ y alquiler de bienes de consumo (art. 1.A)³⁵. Es precisamente en este último punto donde reside también la innovación de la norma portuguesa. De acuerdo con lo previsto en el art. 1022 CCPort, “*Locação é o contrato pelo qual uma das partes se obriga a proporcionar à outra o gozo temporário de uma coisa, mediante retribuição*” y, según el art. 1023 CCPort: “*A locação diz-se arrendamento quando versa sobre coisa imóvel, aluguer quando incide sobre coisa móvel*”. Pues bien, ambas modalidades –“*locação*” y “*aluguer*”- quedan comprendidas en el DL 67/2003; también otros contratos afines no regulados en el CCPort como el arrendamiento financiero (renting, leasing)³⁶.

11. El término “productos” se ofrece en el TRLGDCU con dos significados distintos: el art. 6 los define como bienes muebles en el sentido del art. 335 CC; el art. 136 –aplicable en el ámbito de los productos defectuosos- considera producto “*cualquier bien mueble, aun cuando esté unido o incorporado a otro bien mueble o inmueble, así como el gas y la electricidad*”. Añade el art. 115 que “*lo previsto en este título no será de aplicación a los productos adquiridos mediante venta judicial³⁷, al agua o al gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o cantidades determinadas, y a la electricidad³⁸, ni “tampoco (...) a los productos de segunda mano adquiridos en subasta administrativa³⁹ a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente”⁴⁰. Los bienes considerados productos pueden ser, por tanto, de muy diversa naturaleza y características: bienes nuevos, usados, cosas específicas, cosas genéricas, bienes consumibles, bienes deteriorables, animales⁴¹; productos inmateriales*

³⁴ Refiriéndose a estos contratos J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 184 y 185, aclara: “Quando a lei se refere a bens fornecidos no âmbito de um contrato de prestação de serviços, abrange apenas, dentro destes contratos, aqueles em que é entregue ao consumidor um bem de que este não dispunha anteriormente. O diploma não se aplica portanto a todos os contratos de empreitada, mas apenas àqueles em que está em causa uma obra nova não resultante de atividade predominantemente intelectual e que consista num resultado positivo”. La disposición resulta aplicable a los contratos en virtud de los cuales el profesional se obliga a transformar un bien del consumidor cuando el bien resultante puede considerarse distinto del inicial; se aplica también cuando el contrato de obra tiene por objeto la entrega de un bien inmueble con independencia de que el consumidor sea el dueño del terreno sobre el que se construye o de los materiales con que se lleva a cabo la construcción (lo que importa es que exista un bien nuevo que se incorpora al tráfico jurídico). No se aplica a otros contratos de prestación de servicios como los que tienen por objeto la reparación, la limpieza de un bien u operaciones relativas al cuerpo humano (ej. fotodepilación) pero sí a las piezas nuevas que se incorporaran en un bien con motivo de su reparación.

En el plano jurisprudencial, cabe mencionar el Ac. do TRC de 5 de noviembre de 2019 (processo: 1298/15.5T8GRD.C1) en la que se señala que el contrato “*configura uma empreitada de bens de consumo, com um regime legal específico, mais protetivo e favorável ao dono da obra consumidor*”; al mismo contrato se refieren los Ac.do TRC de 13 de noviembre de 2018 (processo: 379/15.0T8GRD.C2), 10 de mayo de 2016 (processo: 330/13.1TBSCD.C1), 16 de febrero de 2016 (processo: 12/14.7TBAGN.C1) y 21 de abril de 2015 (processo: 123740/08.5YIPRT.C1), por citar algunas.

³⁵ Art. 1.A DL 67/2003:

1. “*O presente decreto-lei é aplicável aos contratos de compra e venda celebrados entre profissionais e consumidores.*
2. “*O presente decreto-lei é, ainda, aplicável, com as necessárias adaptações, aos bens de consumo fornecidos no âmbito de um contrato de empreitada ou de outra prestação de serviços, bem como à locação de bens de consumo*”.

³⁶ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 185, habla concretamente de “*locação financeira, o aluguer de longa duração ou aluguer operacional de veículos, entre outras*”. En términos parecidos, J. CALVÃO DA SILVA, *Venda de bens de Consumo*, Almedina, Coimbra, 2004, p. 53; M. J. DA COSTA GOMES, *Estudos...*, op. cit., p. 119.

³⁷ Se excluyen los productos adquiridos en subasta judicial por el mecanismo legal mediante el cual son enajenados, porque no se trata de una relación de consumo y por el sujeto que realiza la entrega -la autoridad judicial-; quedan comprendidas, sin embargo, en los arts. 1484 ss CC pues el art. 1489 CC no las excluye.

³⁸ La exclusión en estos casos es más discutible pues nos encontramos ante contratos mixtos y, en ocasiones, puede resultar conveniente acudir a las normas de la compraventa para proteger al comprador (ej. la acción *quantum minoris* en el caso de que se aprecien defectos en la calidad del servicio, acción prevista expresamente para el suministro del gas en el art. 86.3 Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de Hidrocarburos).

³⁹ Se trata de un tipo de subasta regulada por la normativa administrativa en la que necesariamente el subastante o anunciante es un ente de titularidad administrativa.

⁴⁰ Junto a las exclusiones expresas debemos tener presentes las exclusiones tácitas: a) bienes inmuebles, aunque autores como J. AVILÉS GARCÍA, “Compraventa de productos de consumo”, en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (dir.) *Tratado de Contratos. T II*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013, p. 2114, y “Las garantías...”, op. cit., pp.1643 y 1644, defiende la inclusión de los bienes inmuebles por incorporación o destino; b) bienes muebles mencionados en el art. 336 CC pues el TRLGDCU sólo remite al art. 335 CC y suponen el derecho a percibir una cantidad de dinero no un bien propiamente dicho.

⁴¹ Véanse las SAP Granada, sección 3ª, de 21 de noviembre de 2008 (*JUR* 2009/60612), SAP de Girona, sección 1ª, de 30 junio de 2011 (*JUR* 2011/319992).

incorporados a un soporte físico (programas de ordenador, bancos de datos y productos digitalizados)⁴², e incluso los archivos informáticos tengan o no soporte físico.

12. No está claro qué sucede con los productos que se ofrecen gratuitamente junto al producto que se adquiere (ej. compramos un ordenador y nos regalan unos programas informáticos, promociones de 2 x 1...). Si consideramos el obsequio como donación, quedaría fuera del régimen de garantías; no obstante, hay quienes defienden que, tratándose de una actividad comercial promocional, los productos regalados estarían incluidos en una garantía comercial, garantía que sería igual a la legal en el caso de que quien ofreciera el producto no dijera nada al respecto (función supletoria de la garantía legal)⁴³. Distinto sería el supuesto “lleve 3 por el precio de 2” pues, en ese caso, estaríamos ante una rebaja del precio de los tres productos y resultaría aplicable el régimen de garantías.

13. La norma portuguesa, en cambio, se aparta de la Directiva resultando aplicable no sólo a los bienes muebles sino también a los bienes inmuebles. No en vano, en su art. 1Bb), añadido por el DL 84/2008, define el “*bem de consumo*” como “*qualquer bem imóvel ou móvel corpóreo, incluindo os bens em segunda mão*”⁴⁴. Nuestro país vecino no excluye la aplicación de esta norma al agua, gas y electricidad; como indica MENEZES CORDEIRO, son “*bens corpóreos*”⁴⁵. Tampoco excluye del concepto de bienes de consumo la disposición lusa los bienes vendidos en el ámbito de un proceso judicial, lo que ha generado la correspondiente controversia doctrinal. En opinión de MORAIS CARVALHO, ese silencio no debe interpretarse en el sentido de que dicha venta ha de entenderse comprendida en el ámbito de aplicación de la norma objeto de estudio; y ello, por dos razones: 1) en dichos casos no puede decirse que efectivamente exista una relación jurídica de consumo pues el vendedor no es realmente un profesional (no tiene un contacto mínimo con el bien ni conocimientos específicos en la materia que le permitan garantizar la conformidad del bien en los términos previstos por el DL; y 2) el art. 838 Código de Processo Civil contempla expresamente el supuesto de la falta de conformidad con lo anunciado en el ámbito de la venta judicial, indicando que el comprador puede pedir la anulación de la compraventa y una indemnización⁴⁶; ahora bien, a su juicio, en la medida en que se adecúen al proceso de venta judicial, debe acudirse a los criterios que ofrece el art. 2.2 del DL 67/2003 a la hora de interpretar la expresión “*falta de conformidade com o que foi anunciado*”⁴⁷.

14. Las recientes Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo –complementarias entre sí– suponen un cambio en el ámbito de aplicación. La Directiva (UE)

La dificultad que suscitan los animales reside en determinar si son un bien nuevo o de segunda mano porque, como veremos más adelante, el régimen de protección no es el mismo.

⁴² Mientras unos autores como C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p 219, ponen de relieve la falta de claridad de la doctrina en torno a la sujeción del mercado de bienes electrónicos al régimen del TRLGDCU, otros como J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, pp. 1639, 1647 y 1648, defienden que cabe entender comprendidas las compraventas que recaigan sobre “consumibles informáticos” y que, por lo que se refiere a los programas informáticos, la solución dependerá del programa de que se trate y del medio utilizado para su puesta a disposición del consumidor.

⁴³ Es el caso de S. DIAZ ALABART, “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”. *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 11, 2008, (BIB 2008,1628).

⁴⁴ El Ac. do TRP de 24 de febrero de 2014 (proceso: 2644/10.3TBMTS.P1) insiste en la idea de “Deve ser aplicável aos contratos de compra e venda de fracção autónoma de prédio urbano destinada a habitação própria e permanente dos adquirentes o regime de bens de consumo”. El Ac. do 12 de marzo de 2019 (processo: 190/15.8T8CNT.C2), por su parte, considera que “Configura uma compra e venda de consumo (o sub-tipo contratual da compra e venda de consumo) aquela que é estabelecida entre alguém que compra uma fracção habitacional dum prédio constituído em propriedade horizontal, a propósito da qual não há qualquer indício dum «uso profissional», e uma sociedade por quotas que tem como objecto a actividade (por natureza lucrativa) de construção civil e que procedeu à construção do prédio e sua posterior constituição em propriedade horizontal”.

⁴⁵ A. MENEZES CORDEIRO, *Tratado...*, p. cit., p. 148, refiriéndose a la energía.

⁴⁶ El Código de Processo civil fue aprobado por la Ley 41/2013. En su apartado 1, el referido art. 838 establece: “*Se, depois da venda, se reconhecer a existência de algum ónus ou limitação que não fosse tomado em consideração e que exceda os limites normais inerentes aos direitos da mesma categoria, ou de erro sobre a coisa transmitida, por falta de conformidade com o que foi anunciado, o comprador pode pedir, na execução, a anulação da venda e a indemnização a que tenha direito, sem prejuízo do disposto no artigo 906.º do Código Civil*”.

⁴⁷ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 183 y 184.

2019/771 establece normas sobre determinados requisitos relativos a los contratos de compraventa de bienes; la Directiva (UE) 2019/770, por su parte, establece normas sobre determinados requisitos relativos a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales. Así pues, para satisfacer las expectativas de los consumidores y garantizar un marco legal claro y sencillo para los empresarios de contenidos o servicios digitales, la Directiva (UE) 2019/771 se aplica a los contratos de compraventa de bienes, entre ellos, los bienes con elementos digitales que requieren un contenido o servicio digital para cumplir sus funciones y la Directiva (UE) 2019/770 se aplica al suministro de contenidos o servicios digitales⁴⁸, incluidos –de acuerdo con su art. 3.3- los contenidos digitales suministrados en un soporte material, como DVD, CD, memorias USB y tarjetas de memoria, así como al soporte material propiamente dicho, siempre que el soporte material sirva exclusivamente como portador de los contenidos digitales. En el presente trabajo, nos centramos en el estudio de la primera de ellas.

15. Por lo que se refiere al tipo de contratos a los que resulta aplicable la Directiva (UE) 2019/771, cabe señalar que se aplica, en primer lugar, a los contratos de compraventa (art. 3.1). Como novedad respecto a la Directiva 1999/44/CE, el art. 2.1 de la Directiva (UE) 2019/771 define el contrato de compraventa como *“todo contrato en virtud del cual el vendedor transmite o se compromete a transmitir la propiedad de los bienes a un consumidor, y el consumidor paga o se compromete a pagar su precio”*. Sobre esta base, podemos afirmar que la referida Directiva no se aplica a los contratos en los que el consumidor se obliga a una prestación distinta de la de pagar un precio (ej. la permuta) o el empresario no transmite la propiedad de un bien, sino su uso temporal a cambio de un precio (ej. arrendamiento); y, lógicamente, tampoco cuando el consumidor no asume obligación alguna (donación)⁴⁹. En segundo lugar, al igual que sucedía con la Directiva 1999/44/CE, la nueva Directiva se aplica a los contratos de suministro de bienes que han de fabricarse o producirse. El art. 3.2 dice textualmente que estos contratos *“se considerarán contratos de compraventa a efectos de la presente Directiva”*⁵⁰.

16. La compraventa ha de recaer sobre *“bienes”*, entendiendo por tales *“todo objeto mueble tangible”* [art. 2.5).a)]. Quedan comprendidos en esta noción el agua, el gas y la electricidad *“cuando se pongan a la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas”* (como hasta ahora) y los bienes con elementos digitales –esto es, aquellos objetos muebles tangibles que incorporen contenidos o servicios digitales o estén interconectados con ellos de tal forma que la ausencia de dichos contenidos o servicios digitales impediría que los bienes realizasen sus funciones- *“con independencia de si dichos contenidos o servicios digitales son suministrados por el vendedor o por un tercero”* (art. 3.3)⁵¹. De acuerdo con lo previsto en el Considerando nº 14, *“los contenidos digitales que se incorporan a un bien o se interconectan con él pueden consistir en cualesquiera datos que se produzcan y suministren en formato digital”* (ej. los sistemas operativos, las aplicaciones y cualquier otro programa informático); pueden estar preinstalados al tiempo de la celebración del contrato de compraventa o pueden instalarse en un mo-

⁴⁸ Por *“contenido digital”* hay que entender, conforme al art. 2.6 Directiva (UE) 2019/771, *“los datos producidos y suministrados en formato digital”* y por *“servicio digital”*, según el art. 2.7 del mismo texto normativo, *“a) un servicio que permite al consumidor crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o b) un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos”*. Como señala M.J. MARÍN LÓPEZ, *“Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE (1)” (LA LEY 8329/2019)*, *“son contenidos o servicios digitales, entre otros, los programas informáticos, las aplicaciones, los archivos de video, audio o música, los juegos digitales, los libros electrónicos, los programas o servicios de intercambio de videos y audio, de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se orean en el entorno de computación en nube y las redes sociales, etc”*.

⁴⁹ M.J. MARÍN LÓPEZ, *“Falta...”*, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

⁵⁰ Como pone de relieve M.J. MARÍN LÓPEZ, *“Falta...”*, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019), la Directiva se está refiriendo a lo que nuestro CC denomina contrato de obra, es decir, el contrato por el que una persona se obliga a ejecutar una obra y entregarla después a la otra parte, a cambio de un precio.

⁵¹ Para que los bienes con elementos digitales queden sujetos a la Directiva (UE) 2019/771 es necesario que los contenidos o servicios digitales *“se suministren con los bienes con arreglo al contrato de compraventa”*. Este art. 3.3 termina presumiendo que, en aquellos casos en que se dude acerca de si el suministro de un contenido o servicio digital incorporado a un bien o interconectado con él forma parte del contrato de compraventa o no, el contenido o servicio digital queda comprendido en el contrato de compraventa.

mento posterior, si así se estipula en el contrato. Los servicios digitales interconectados con un bien, por su parte, “*pueden ser servicios que permiten la creación, el tratamiento, la consulta o el almacenamiento de datos en formato digital, o el acceso a ellos*”, (ej. los programas informáticos como servicio que se ofrece en el entorno de computación en la nube, el suministro continuo de datos de tráfico en un sistema de navegación, o el suministro continuo de planes de entrenamiento adaptados individualmente como en el caso de un reloj de pulsera inteligente). El Considerando nº 15, por su parte, pone algunos ejemplos de bienes con elementos digitales:

- Un teléfono inteligente que se presenta con una aplicación preinstalada (ej. una aplicación de alarma o de cámara). La aplicación está incorporada al propio bien y se suministra en cumplimiento del propio contrato de compraventa.
- Un reloj inteligente que sólo puede cumplir sus funciones con una aplicación que se suministra en virtud del contrato de compraventa pero que el consumidor tiene que instalar en su teléfono inteligente; la aplicación es el elemento digital interconectado al bien (el reloj).
- Un televisor inteligente: si la publicidad del bien indica que incluye una aplicación de vídeo concreta, esa aplicación forma parte del contrato.

Ahora bien, si la ausencia de contenidos o servicios digitales incorporados o interconectados no impide que el bien realice sus funciones, o si el consumidor celebra un contrato para el suministro de contenidos o servicios digitales que no forma parte de un contrato de compraventa de bienes con elementos digitales, no resultaría aplicable la Directiva objeto de estudio (Considerando nº 16). Veámoslo con un ej.: si el consumidor se descarga en su teléfono inteligente una aplicación de juego desde la tienda de aplicaciones, el contrato de suministro de la aplicación de juego es independiente del contrato de compraventa del teléfono, por lo que no está sometido a la Directiva (UE) 2019/771 (pero sí a la Directiva (UE) 2019/770).

17. La Directiva no se aplica a la venta de inmuebles (en relación a estos, el Considerando nº 12 señala que “*los Estados miembros deben tener la facultad para regular los contratos de compraventa de bienes inmuebles, como los edificios de viviendas, y los componentes principales de estos destinados a constituir una parte importante de tales bienes inmuebles*”), ni a la de muebles no tangibles (por ej., los créditos). Sobre esta base, nada impediría que nuestro legislador –siguiendo el ejemplo portugués– optase por aplicar el régimen de la garantía legal también a los bienes inmuebles; en ese caso, sería preciso llevar a cabo una reforma de más calado –la cual afectaría también al CC, concretamente a los preceptos que regulan el saneamiento por vicios ocultos–, a fin de conseguir un régimen unitario de acciones por defectos de la cosas, y eliminar la confusa distinción actual entre la entrega de una cosa con vicios y la entrega de “*aliud pro alio*”⁵².

18. El art. 3.4 de la Directiva (UE) 2019/771 precisa que no resulta aplicable ni a la venta de bienes por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento, ni a los soportes materiales que sirven exclusivamente como portadores de contenidos digitales; como hemos indicado ya, estos últimos quedan sujetos a la Directiva (UE) 2019/770.

19. A la vista de lo dispuesto en el art. 3.5 de la Directiva (UE) 2019/771, cabe señalar que tanto la venta de animales vivos como la de bienes de segunda mano realizada en subasta pública, en principio, caen dentro del ámbito de aplicación de la Directiva; ahora bien, los Estados miembros pueden excluir su aplicación a las mismas, si lo desean. Refiriéndose a la venta de bienes de segunda mano en pública subasta puntualiza que, si un Estado miembro decide excluirlo del ámbito de aplicación de la referida Directiva, hay que garantizar que los consumidores estén informados de que no disponen de los derechos que concede la Directiva. Por lo que se refiere a la venta de animales vivos, no podemos menos que recor-

⁵² A la vista de la trasposición de la Directiva 1999/44/CE por la Ley 23/2003, L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La falta de conformidad en la compraventa de bienes*, Bosch, Barcelona, 2007, p. 112-114, incidía ya en lo positivo que habría resultado que el legislador hubiera sido más atrevido y no se hubiera limitado a trasponer la Directiva mediante una ley especial.

dar en este punto la proposición de ley de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, que se presentó en España el 6 de octubre de 2017 con vistas a modificar la clasificación de los bienes, de tal forma que los animales dejarían de ser considerados bienes semovientes para considerarse seres vivos dotados de sensibilidad; si una norma de esta naturaleza llegara a ser aprobada, podría resultar cuestionable la venta de animales pues parece que los conceptos “seres vivos” y “bien objeto de comercio” no son moralmente compatibles.

20. Finalmente, como pone de relieve MARÍN LÓPEZ, la Directiva objeto de estudio se aplica también a determinados contratos de prestación de servicios, en los términos previstos en su art. 8⁵³.

C) La noción de conformidad y su falta

21. El principio de conformidad obliga al vendedor a entregar al consumidor o usuario un producto que sea conforme al contrato de compraventa y a responder de cualquier falta de conformidad que pueda darse tras la entrega. Producto conforme es aquel que cumpla todas las exigencias pactadas en el contrato y las dispuestas en la ley, a menos que por las circunstancias del caso concreto, no fuera posible aplicar alguna de ellas (esta excepción no se contempla en el MCR), siendo nula toda renuncia previa a los derechos atribuidos al comprador en sede de conformidad legal sobre los productos adquiridos en base a lo dispuesto en el art. 10 TRLGDCU. Dado que la renuncia, en tanto que acto unilateral- casa mal con la aceptación de condiciones generales o con la negociación de cláusulas particulares, conviene recordar que el art. 88.1 TRLGDCU considera abusiva “*La exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario. // En particular las cláusulas que modifiquen, en perjuicio del consumidor y usuario, las normas legales sobre conformidad con el contrato de los bienes o servicios puestos a su disposición o limiten el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad*”. Mayor nivel de protección parece ofrecer el art. IV.A.-2:309 MCR por cuanto determina que los derechos concedidos en relación con la falta de conformidad no podrán excluirse ni limitarse por cláusulas contractuales o por acuerdos celebrados con el vendedor antes de que le sea notificada a éste la falta de conformidad por el consumidor⁵⁴. Y también el art. IV.A.-4:101, el cual contiene una previsión similar en relación a la exclusión o restricción de los remedios aplicables en caso de falta de conformidad en las ventas de bienes de consumo. En la misma línea, el art. 10 DL 67/2003 determina la nulidad de la cláusula en virtud de la cual, antes de la denuncia de la falta de conformidad al vendedor, se excluyen o limitan los derechos que el referido texto normativo confiere a los consumidores⁵⁵.

22. La noción de falta de conformidad restringe así su ámbito a los cumplimientos defectuosos; quedan fuera los cumplimientos tardíos, parciales, la falta de entrega y los defectos jurídicos o pretensiones de terceros⁵⁶.

⁵³ M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

⁵⁴ E., CORRAL GARCÍA, “Capítulo 2. Obligaciones del vendedor”, en A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA y M.P. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, (coord.) en *Derecho europeo de los contratos. Libros II IV del Marco Común de Referencia*, T. II, Barcelona, 2012, p. 864.

⁵⁵ Art. 10.1 DL 67/2003: “*Sem prejuízo do regime das cláusulas contratuais gerais, é nulo o acordo ou cláusula contratual pelo qual antes da denúncia da falta de conformidade ao vendedor se excluem ou limitem os direitos do consumidor previstos no presente diploma*”.

⁵⁶ En tal sentido se pronuncia, J.R. GARCÍA VICENTE, “La contratación con consumidores” en R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, (dir), *Tratado de contratos, II*, 2ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 1706. J. MARCO MOLINA, “Los criterios legales de la conformidad con el contrato e el futuro Libro VI del *Codi Civil* de Cataluña: la llamada *conformidad subjetiva* o adecuación de lo entregado al fin individual del comprador”, en M.R LLÁCER MATACÁS, (coord.) *La Codificación del Derecho contractual de Consumo en el Derecho civil catalán*, Madrid, Dykinson, 2015, p. 200, por su parte, señala que “la falta de conformidad es un concepto ecléctico destinado a absorber todos los supuestos de infracción contractual que no sean la entrega tardía y la total falta de entrega”. A. VAQUER ALOY, “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?, *ADC*, tomo LXIV, fasc. 1, 2011, p. 11, en cambio, considera comprendidos en el concepto de falta de conformidad no sólo los cumplimientos defectuosos o inexactos sino también el retraso, los vicios o defectos de la cosa e, incluso, la prestación distinta a la pactada.

23. El art. 116.1 TRLGDCU enumera los requisitos (de naturaleza objetiva y subjetiva) que debe cumplir el bien entregado para que sea conforme con el contrato. Resumiéndolos, podemos decir que la conformidad se mide en atención a: a) la descripción del bien en el contrato [a diferencia del art. IV.A.-2:301 y IV.A.-2:302 (d), no alude a los defectos de cantidad, calidad del producto, ni al embalaje o envasado defectuoso⁵⁷]; b) su aptitud para el uso a que ordinariamente se destinan los productos del mismo tipo [en el MCR, se contempla en el art. IV.A.-2:302 (b)]; c) su aptitud para el uso especial requerido por el comprador [en el MCR, se contempla en el art. IV.A.-2:302 (a)]; d) el estándar de calidad y prestaciones en productos del mismo tipo [el art. IV.A.-2:302 (f) MCR habla de la calidad y prestaciones que el consumidor pueda razonablemente esperar, lo cual debe ser puesto en relación con la venta sobre una muestra o modelo a que se refiere el art. IV.A.-2:302 (c)]; y e) las declaraciones públicas sobre las características del bien que hayan precedido a su comercialización; el vendedor –puntualiza el precepto (llama la atención que no se incluya también a productor y proveedor⁵⁸)- no quedará obligado por estas declaraciones si demuestra que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión⁵⁹, que dicha declaración había sido corregida en el momento de celebración del contrato o que no pudo influir en la decisión de comprar el producto⁶⁰. [El art. IV.A.-2:303 MCR no contempla causa de exoneración alguna pero, si se pone en relación con el art. II.-9:102 (5), comprobamos que el vendedor podría dirigirse contra el fabricante u otro tercero en la cadena de comercialización cuando el comprador sea un consumidor y el vendedor desconociera o no cupiera esperar que conociera tales declaraciones]. Desde la doctrina, no obstante, se ha resaltado el carácter incompleto de los criterios estipulados en este art. 116 TRLGDCU⁶¹.

M.P. GARCIA RUBIO, “La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo”, *Diario La Ley*, N° 5747, Sección Doctrina, 26 de marzo de 2003, (LA LEY 424/2003), por su parte, considera que la idea de conformidad es más amplia que los clásicos conceptos de los códigos decimonónicos e incluso de los dos primeros tercios del siglo XX que aluden a los vicios, defectos o falta de calidad de los bienes. Recordando un ejemplo puesto por J. SINDE MONTEIRO, “Proposta de Directiva do Parlamento Europeu e do Conselho relativa à venda e às garantias dos bens de consumo”, *Revista Jurídica da Universidade Moderna*, I, 1998, págs. 461-479 –la venta de un vehículo fabricado en 1997 y entrega de uno del año anterior en perfectas condiciones, en el que no hay defecto, pero sí falta de conformidad- afirma que la noción de falta de conformidad abarca “cualquier supuesto de falta de cumplimiento distinto de la no entrega de la cosa”; comprende, por consiguiente, las situaciones de entrega de una cantidad menor de la debida o la de un *aliud pro alio*, que en nuestro Derecho interno actual seguirían el régimen general del incumplimiento y no el de saneamiento por vicios.

⁵⁷ A ellos se refiere C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, pp. 220 y 221, calificándolos como supuestos controvertidos. Por lo que se refiere al defecto de cantidad, plantea el supuesto de la venta de una colección de varias unidades en las que falta la entrega de una, para señalar que, por una parte, podría defenderse que estamos ante una falta de conformidad por cuanto se trata de un producto unitario –aunque dividido en unidades- que no cumple con las satisfacciones del comprador; ahora bien, también cabría entender que, si se produce la adquisición de varios bienes independientes, que pueden cumplir su fin sin necesidad de los demás, y no se entrega uno de ellos, existiría conformidad en relación a los bienes entregados pero, respecto al restante, estaríamos ante una falta de entrega, no ante una falta de conformidad. En relación al bien que no reúne la calidad exigible, recuerda la doctrina que considera la entrega de cosa diversa (supuesto del *aliud pro alio*) como falta de conformidad. Finalmente, por lo que respecta a la falta de conformidad que deriva del hecho de que el bien no se haya embalado o se haya embalado de forma defectuosa, considera aplicable también el TRLGDCU, pues afecta a la calidad del bien; en su opinión, en primer lugar, habrá que estar a lo que hayan pactado las partes (si han decidido no embalar, no hay razón para que opere la norma) y, en defecto de pacto, es preciso atender a las características del producto para saber si, en circunstancias normales, suele ser embalado o envasado (puede prestarse atención, a estos efectos, a la habitualidad del vendedor –o de sus competidores en el mercado- de embalar o envasar el producto de que se trate).

⁵⁸ Según J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1673, una interpretación sistemática permite extender la exención a tales profesionales, al menos, en el primero de los supuestos que se describen en el texto.

⁵⁹ J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1673, considera adecuada esta excepción cuando se refiere a la publicidad pero no en relación al etiquetado, dado el deber de diligencia exigible a todo empresario, sin perjuicio de que pueda repetirse después contra el productor por el incumplimiento de lo publicitado o etiquetado.

⁶⁰ Aunque la exoneración de responsabilidad puede justificarse por el margen de relatividad que afecta a la determinación de cualquier falta de conformidad con el contrato de compraventa, el problema, en este caso, reside –como pone de relieve J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1673, en que “la carga de demostrar tal influjo en la decisión de comprar recae sobre el vendedor, lo cual no parece nada fácil de realizarse por fundamentarse en aspectos netamente subjetivos de muy difícil comprobación”.

⁶¹ E. TORRELLES TORREA, “Comentario a los art. 114-127 TRLGDCU”, en S. CÁMARA LAPUENTE, *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores*, Colex, Madrid, 2011, p. 1072. En un estudio que no se circunscribe al TRLGDCU, A. VAQUER ALOY, “El principio...”, *op. cit.*, p. 16, señala que se puede pensar en otros criterios de conformidad como la duración razonable de la vida útil del bien, el precio o la existencia de recambios o accesorios. Estos criterios serían colores a añadir en la paleta “para completar la gama cromática”.

24. La norma portuguesa, a diferencia de la Directiva 1999/44/CE y de la normativa española, opta, en cambio, por una formulación negativa de la presunción. Tras señalar en el art. 2.1 DL 67/2003 que “*O vendedor tem o dever de entregar ao consumidor bens que sejam conformes com o contrato de compra e venda*”, indica, en el art. 2.2, cuándo se presume que los bienes no son conformes con el contrato. Los supuestos no difieren de los señalados en la referida Directiva, pero se formulan instituyendo una presunción de no conformidad, lo que ha llevado a más de un autor a alzar su voz para cuestionar la técnica utilizada por el legislador⁶². Se presume que no son conformes si:

- a) “*Não serem conformes com a descrição que deles é feita pelo vendedor ou não possuírem as qualidades do bem que o vendedor tenha apresentado ao consumidor como amostra ou modelo;*
- b) “*Não serem adequados ao uso específico para o qual o consumidor os destine e do qual tenha informado o vendedor quando celebrou o contrato e que o mesmo tenha aceitado;*
- c) “*Não serem adequados às utilizações habitualmente dadas aos bens do mesmo tipo*”⁶³;
- d) “*Não apresentarem as qualidades e o desempenho habituais nos bens do mesmo tipo e que o consumidor pode razoavelmente esperar, atendendo à natureza do bem e, eventualmente, às declarações públicas sobre as suas características concretas feitas pelo vendedor, pelo produtor ou pelo seu representante, nomeadamente na publicidade ou na rotulagem*”⁶⁴. A la vista de este apartado, la doctrina portuguesa ha discutido si estos dos criterios (calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo, por una parte, y expectativas racionales del consumidor, por otra) son cumulativos o alternativos⁶⁵. Por lo que se refiere a las declaraciones públicas realizadas, cabe destacar, en primer lugar, que el precepto deja bien claro que pueden haber sido realizadas por el vendedor, por el productor o por su representante; en segundo lugar, llama la atención que el legislador de nuestro país vecino se haya apartado de lo dispuesto en el art. 2.4 de la Directiva 1999/44/CE y no haya previsto supuestos en los que este criterio no entraría en juego. El resultado es una ley más protectora de los intereses de los consumidores⁶⁶; el vendedor va a tener que responder por las declaraciones de un tercero, en las que no ha intervenido, dando lugar a una responsabilidad objetiva por hecho de tercero en este ámbito^{67 68}. No obstante, como hemos visto, el MCR tampoco las contempla.

25. El producto puede, además, no ser conforme en el caso de que el vendedor realizara una instalación incorrecta del mismo e, incluso, si quien llevó a cabo la instalación fue el consumidor debiéndose, en este caso, la instalación defectuosa a un error en las instrucciones de instalación (art. 116.2

⁶² “*Não se vê*” –afirma L.M., TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito das Obrigações*, Vol. III, 10ª ed., Almedina, Coimbra, 2015, p. 128,- “*como se pode presumir uma situação em resultado de um facto negativo, quando corre por conta do vendedor o ónus da prova de ter cumprido a obrigação de entrega dos bens em conformidade com o contrato*”.

⁶³ L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 132, considera excesivo este criterio en algunos casos pues, si el consumidor indica al vendedor que pretende utilizar la cosa para un determinado fin y se verifica que es idónea para dicho fin pero no para otros para los que habitualmente sirven las cosas de ese tipo, podrá también reclamar por la falta de conformidad. No comparte su opinión M. J. DA COSTA GOMES, *Estudos...*, *op. cit.*, p. 130, porque, aunque la conclusión efectivamente es esa, no cabe presumir que el consumidor que adquiere un bien declarando que lo adquiere para uno de los fines habituales de los bienes del mismo tipo, pretenda renunciar al resto de utilizaciones posibles.

⁶⁴ En definitiva, lo que ocurre es que la Directiva comunitaria presume los hechos impositivos de la responsabilidad desde que el vendedor pruebe la adecuación de la cosa a los criterios legales (es el comprador-consumidor quien debe probar los hechos constitutivos de la responsabilidad, en su caso; y la norma portuguesa presume el hecho constitutivo de la responsabilidad una vez que el consumidor demuestra la no acomodación del objeto real al objeto ideal previsto en el Decreto. Así lo pone de relieve A. JUÁREZ TORREJÓN, *La protección contractual del consumidor por las faltas de conformidad de los productos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 123.

⁶⁵ Así lo pone de relieve L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 133, quien se muestra a favor de la segunda.

⁶⁶ J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, *op. cit.*, p. 66.

⁶⁷ Así la califica L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 135.

⁶⁸ Un estudio detenido de las declaraciones públicas como criterio de conformidad en la Directiva 1999/44/CE, la ley española 23/2003 y el DL 67/2003 portugués puede verse en M.J. MARÍN LÓPEZ, “El carácter vinculante de las declaraciones públicas en la venta de bienes de consumo (en la Directiva 1999/44/CE)”, en *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 7, Coimbra, Centro de Estudos do Consumo, 2005, pp. 211-244.

TRLGDCU, art. 2.4 DL 67/2003 y, en términos casi idénticos, art. IV.A.-2:304 MCR)⁶⁹. Para asegurarse de que la instalación de un producto queda comprendida en el precio, el consumidor debe pedir que se especifique tal dato en la factura con claridad.

26. La regulación de la conformidad de los bienes en la Directiva (UE) 2019/771 presenta no pocas novedades, que van a obligar a los distintos Estados miembros a modificar su actual regulación. De entrada, a diferencia de la Directiva 1999/44/CE –la cual contemplaba únicamente un listado con cuatro criterios- y de las disposiciones nacionales de España y Portugal aún vigentes, la nueva Directiva –tras señalar, en su art. 5, que “*el vendedor suministrará al consumidor bienes que cumplan los requisitos de los art. 6, 7 y 8, según sean de aplicación, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 9*”- prevé cuatro requisitos subjetivos de conformidad (art. 6), cuatro requisitos objetivos de conformidad (art. 7), y, finalmente, el supuesto específico de falta de conformidad por incorrecta instalación del bien (art. 8). De los referidos preceptos, se infiere con claridad que el bien debe reunir cada uno de los requisitos que se enumeran “*cuando sea de aplicación*” [art. 5, art. 6 (primer inciso) y art. 7.1.b) y c)]; es decir, no es necesario que se reúnan todos los requisitos a la vez, pero, entre los que resulten de aplicación, -como señala MARÍN LÓPEZ- “esta aplicación es cumulativa”; cabe “la aplicación simultánea de varios de estos criterios, en la medida en que todos ellos constituyen mecanismos de determinación e integración del contenido del contrato”⁷⁰. Por otra parte, hay que resaltar que, a la vista del Considerando n° 35 de la Directiva, la conformidad ha de aplicarse no sólo a los vicios materiales sino también a los jurídicos. Dicho esto, analicemos los diferentes requisitos que se contemplan en la nueva Directiva.

27. Según el art. 6 de la Directiva (UE) 2019/771, los requisitos subjetivos que deben cumplir los bienes para ser conformes son: a) ser acordes a la descripción, el tipo, la cantidad y la calidad y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características según disponga el contrato de compraventa; b) ser aptos para los fines específicos para los que el consumidor los necesite y que este haya puesto en conocimiento del vendedor como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el vendedor haya expresado su aceptación; c) entregarse junto con todos los accesorios e instrucciones, también en materia de instalación, según disponga el contrato; y d) suministrarse con actualizaciones según disponga el contrato de compraventa. De todos ellos, en la Directiva 1999/44/CE sólo estaba presente el b) y la referencia a la descripción que encontramos en el a)⁷¹. Estos requisitos subjetivos –particularmente los expresados bajo las letras a), c) y d)- tienen en común el hecho de que nacen del propio contrato; en buena lógica, entiende el legislador comunitario que el primer elemento que hay que tener en cuenta para decidir sobre la conformidad del bien es el contrato de compraventa, o -dicho con otras palabras- los pactos expresos entre vendedor y consumidor en relación al bien; así pues, si el bien no reúne las características expresadas en el contrato, no será conforme.

28. El requisito más elemental es el comprendido en el art. 6.a), según el cual, como acabamos de decir, los bienes entregados han de ser acordes “*a la descripción, el tipo, la cantidad y la calidad y poseerán la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características*” previstas en el contrato de compraventa. El tenor de este precepto obliga a hacer, en primer lugar, algunas precisiones terminológicas. ¿Qué hay que entender por funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad? El legislador lo aclara en los art. 2.8, 2.9 y 2.10, indicando que: a) la funcionalidad del bien es “*la capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad*”; b) la compatibilidad es “*la capacidad de los bienes de funcionar con los aparatos (hardware) o programas (software) con los cuales se utilizan normalmente los bienes del mismo tipo, sin necesidad de convertir los bienes, aparatos (hardware) o programas (software)*”; y c) la interoperabilidad es “*la capacidad de los bienes de funcionar con aparatos (hardware) o programas (software) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los bienes del mismo tipo*”. En segundo lugar, nos lleva a puntualizar que, para determinar si el bien es conforme o no, no hay que atender únicamente a los siete parámetros

⁶⁹ Véase la SAP de Granada, sección 3ª, de 25 de junio de 2010 (JUR 2010\356019).

⁷⁰ M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

⁷¹ Concretamente, en el art. 2.2.a) y b) de la Directiva 1999/44/CE.

que recoge de forma expresa sino a todas la características que se hayan pactado sobre el mismo⁷²; si el bien no presentara alguna de las características, cualidades o prestaciones pactadas, habrá falta de conformidad, y el consumidor podrá dirigirse contra el vendedor.

29. También derivan del contrato los requisitos de conformidad enunciados en el art. 6.c) y 6.d) de la Directiva; en consecuencia, habiéndose pactado en el contrato que el bien se entregaría con los accesorios y las instrucciones (las de instalación, por ej., pero también quedarían comprendidas otras como las de mantenimiento) o habiéndose pactado, en el caso de los bienes con elementos digitales, que se suministrarían actualizaciones, dichos elementos deberán ser entregados por el vendedor; de no ser así, el consumidor podrá exigir al vendedor la puesta en conformidad del bien.

30. El requisito expresado en el art. 6.b) –el relativo a que el bien ha de servir para el fin específico requerido por el consumidor, siempre que el vendedor haya aceptado que el bien sirve para dicho fin–, por su parte, es dotado de una nueva redacción pero tiene el mismo alcance que su predecesor, el art. 2.2.b) de la Directiva 1999/44/CE. Estamos, pues, ante declaraciones realizadas por las partes en relación a las cualidades del bien que no se han plasmado en el contrato. Dice el precepto que el vendedor debe haber aceptado que el bien sirve para el fin específico requerido por el consumidor pero en ningún momento dice que esa aceptación deba revestir una forma concreta y ello –como ya pusiera de relieve LASHERAS ROMERO en relación a la Directiva de 1999 y el TRLGDCU– dificulta la prueba: difícilmente podrá el comprador probar que el vendedor había aceptado que el bien servía para el fin que él quería darle si no media una declaración/aceptación escrita⁷³.

31. El art. 7.1 de la Directiva 2019/771, como decíamos, enumera como requisitos objetivos para la conformidad los que siguen:

- a. los bienes han de ser “*aptos para los fines a los que normalmente se destinan bienes del mismo tipo*”. Dicha regla se encontraba ya en el art. 2.2.c) de la Directiva 1999/44/CE, si bien esta última hablaba de “*usos*” en vez de “*fines*”. Pero la nueva disposición añade: “*teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente de la Unión o nacional, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector*”. Así pues, los fines de un bien pueden averiguarse teniendo en cuenta lo que establezcan las normas técnicas o incluso los códigos de conducta de determinados sectores⁷⁴.
- b. en el caso de que el vendedor haya facilitado al consumidor una muestra o modelo antes de celebrar el contrato, el bien entregado debe tener las cualidades de esa muestra o modelo, y las que resulten de la descripción de la muestra realizada por el vendedor. Este requisito aparecía también en la Directiva 1999/44/CE [art. 2.2.a)]⁷⁵.
- c. “*cuando sea de aplicación, [los bienes] se entregarán junto con los accesorios, en particular el embalaje, y las instrucciones de instalación o de otro tipo que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir*”. Este criterio de conformidad constituye una novedad en la Directiva pero no para la doctrina; como hemos visto, algunos autores venían señalando des-

⁷² No en vano, el precepto hace referencia a “las demás características” a modo de cláusula de cierre.

⁷³ C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p. 225 y 226. Añade el autor que se trata de un supuesto que no se da con mucha frecuencia en la práctica, lo que hace que se acentúen las dificultades probatorias. A modo de ilustración, recuerda la SAP de Cantabria de 6 de mayo de 2005 (AC 2005,1834) en la que se estimó que existía falta de conformidad en un supuesto en el que una señora había comprado unos zapatos de hombre, para una tercera persona, señalando que el vendedor conocía la exigencia de un uso especial para dichos zapatos distinto del uso habitual, que sería el uso del bien por la señora que los compró; en este caso, ante la imposibilidad de sustituir los zapatos defectuosos, la AP consideró procedente la resolución del contrato.

⁷⁴ M.J. MARIN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

⁷⁵ A la vista del TRLGDCU, autores como C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, pp. 223 y 224, inciden particularmente en los problemas para probar este tipo de venta sobre muestra. Para empezar, tendrá que ser el comprador el que pruebe las cuestiones que estime convenientes y el vendedor quien deba alegar que la muestra y el bien vendido presentan una identidad de calidad; para continuar, no va a resultar fácil conseguir la muestra para probar esa identidad.

de hace tiempo que no cabía excluir la aplicación de falta de conformidad con el embalaje o envase⁷⁶. Así pues, aunque en el contrato no se haya pactado que los bienes han de entregarse embalados o envasados de una determinada manera [si se hubiera pactado resultaría exigible con base en el art. 6 Directiva (UE) 2019/771], estaremos ante una falta de conformidad tanto en el supuesto de que el bien se entregue sin haber sido embalado o envasado como en aquel en que lo hubiera sido, pero de forma inadecuada o defectuosa. Lo mismo sucede cuando el vendedor, debiendo entregar las instrucciones de instalación o de otro tipo (ej. instrucciones de mantenimiento del bien), no las entrega o entrega unas instrucciones defectuosas, dando lugar a una incorrecta instalación del bien o a un mantenimiento inadecuado⁷⁷.

- d. los bienes han de presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características (particularmente, respecto de la durabilidad, funcionalidad, compatibilidad y seguridad) “*que presentan normalmente bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el vendedor, o en su nombre, por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado*”. Este requisito presenta un cierto paralelismo con el del art. 2.2.d) de la Directiva 1999/44/CE, pero su redacción actual es mucho más completa. Si el precepto de 1999 hacía referencia únicamente a la “*calidad y las prestaciones habituales*”, el nuevo alude a la cantidad, cualidades y otras características, incluyendo algunas específicas de bienes con elementos digitales (durabilidad, funcionalidad, compatibilidad y seguridad); no hace referencia al precio pero no nos cabe la menor duda de que es también un elemento a tener en cuenta⁷⁸. Aunque la expresión “*que el consumidor pueda razonablemente esperar*” podría hacernos pensar que estamos ante un criterio subjetivo, el término “*razonablemente*” –al igual que el término “*fundadamente*” en la derogada Directiva de 1999- marca el carácter objetivo del requisito, limitando la intervención del consumidor. Como decía LASHERAS ROMERO refiriéndose a la normativa anterior, “las características del producto, así como de bienes sustitutivos, del precio, de la actitud del mercado, de los productores y de los consumidores deben ser los que marquen la guía fundamental del precepto”; por muy correctas que sean las expectativas del comprador, no deben ser tenidas en cuenta si no corresponde con lo que razonablemente –utilizando el término que emplea la nueva Directiva- cabe esperar del productor adquirido por el comprador⁷⁹. El bien ha de adecuarse, además, a las características declaradas públicamente por el vendedor o por otras personas que intervienen en las fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor⁸⁰; en relación a esta cuestión, cabe resaltar que la nueva Directiva amplía el elenco de personas que pueden haber realizado la declaración con relación a la de 1999, la cual sólo contemplaba las declaraciones realizadas por el vendedor, el productor o su representante; por lo demás, la Directiva (UE) 2019/771 sigue haciendo referencia expresa –a título ejemplificativo, en nuestra opinión- a las declaraciones realizadas en la publicidad o en el etiquetado⁸¹ y especifica –en su art. 7.2- los tres casos en que las declaraciones públicas no vinculan al vendedor. Dichos supuestos –que coinciden en buena medida con los contemplados en el art. 2.4 de la Directiva 1999/44/CE- son:

⁷⁶ Sirva como muestra C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p. 221.

⁷⁷ M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

⁷⁸ Es evidente que, aunque operen en el mismo mercado, no cabe exigir las mismas prestaciones a dos bienes entre los cuales existe una diferencia de precio importante, pues esa diferencia de precio justifica que ambos productos no tengan la misma calidad.

⁷⁹ Incidía C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p. 226, además, en las dificultades que en la práctica puede plantear la apreciación de esta falta de conformidad pues el juez tiene también su propia apreciación de las características del producto y ello “produce un gran margen de arbitrio así como inseguridad jurídica en los consumidores”.

⁸⁰ Según M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019), las declaraciones públicas son un criterio de conformidad y habría sido bueno que la nueva Directiva los hubiera regulado en un apartado diferente, al margen de la letra d).

⁸¹ Son predicables de la nueva Directiva las afirmaciones formuladas por C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p. 228, en relación a la anterior: No todo tipo de declaraciones públicas vinculan; “sólo aquéllas que publiquen características concretas del bien. Entre publicidad persuasiva e informativa”, hemos de quedarnos con esta última, por el contenido concreto que tienen y siempre que se refieran a la calidad y prestaciones habituales del bien.

- el vendedor desconocía la declaración pública y no cabía razonablemente esperar que la conociera
- en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo modo en el que había sido realizada o de modo similar. La diferencia entre ambas Directivas reside en que la de 1999 no exigía formalidad alguna para entender operativa la exención de responsabilidad, por lo que la doctrina entendía que bastaba con que el consumidor tuviera conocimiento de la corrección⁸²; ahora se exige que la corrección se lleve a cabo del mismo modo en que se realizó la declaración inicial o en otro similar.
- la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir los bienes⁸³.

32. Novedoso es el contenido del art. 7.3 de la Directiva (UE) 2019/771, el cual viene a incorporar un criterio de conformidad objetivo específico para las actualizaciones de los bienes con elementos digitales. Según este precepto, el vendedor velará por que se comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener dichos bienes en conformidad durante el período que el consumidor pueda razonablemente esperar (en el caso de que el contrato haya previsto un único acto de suministro de contenido digital o servicio digital) o durante el plazo de dos años o el (superior) fijado en el contrato (en el caso de que el contrato establezca el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un período inferior o superior a dos años)⁸⁴. El art. 7.4, por su parte, exonera de responsabilidad al vendedor por la falta de conformidad causada por la falta de actualización cuando el consumidor no haya instalado la misma en un plazo razonable, siempre y cuando: 1) el vendedor hubiese informado al consumidor sobre la disponibilidad de la actualización y las consecuencias de su no instalación y 2) la no instalación de la actualización por el consumidor o su instalación incorrecta no se deba a deficiencias en las instrucciones de instalación facilitadas al consumidor.

33. Finalmente, el art. 8 de la Directiva (UE 2019/771) regula un supuesto específico de falta de conformidad, que ya estaba presente en la Directiva 1999/44/CE (concretamente, en su art. 2.5) y, por ende, en los dos Ordenamientos nacionales objeto de estudio en este trabajo: la instalación incorrecta de los bienes. En este caso, el bien adquirido no presenta una falta de conformidad derivada de un defecto material en el bien, sino que los defectos se producen durante su instalación, esto es, durante la prestación de un servicio asociado a un contrato de compraventa. La regla prevista en el precitado art. 8 es la misma que se incluía en la Directiva derogada, si bien hay que decir que la redacción ha mejorado sustancialmente. De acuerdo con este precepto, existe falta de conformidad derivada de una instalación incorrecta de los bienes y, por ende, ha de responder el vendedor en dos casos: a) cuando la instalación forme parte del contrato de compraventa y sea realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad; o b) cuando estuviera previsto que la instalación fuese realizada por el consumidor, haya sido realizada por este y la instalación incorrecta se deba a deficiencias en las instrucciones de instalación proporcionadas por el vendedor o, en el caso de bienes con elementos digitales, proporcionadas por el vendedor o por el proveedor de los contenidos o servicios digitales.

34. Entregado el bien con alguna de estas faltas de conformidad, el vendedor deberá responder ante el comprador. Así lo dispone el art. 10.1 de la Directiva (UE) 2019/771, según el cual *“el vendedor será responsable ante el consumidor por cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien y se manifieste en el plazo de dos años a partir de ese momento”*⁸⁵. Ahora bien, ¿puede exonerarse de responsabilidad en algún caso?

⁸² En tal sentido, se pronunciaba, por ej., C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p. 229, incidiendo en las dificultades probatorias que se presentaban en función de la vía de comunicación que se hubiera utilizado.

⁸³ En este punto, son, de nuevo, predicables de la nueva Directiva los problemas de prueba sobre los que llamaba la atención C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p. 229, al comentar esta excepción a la responsabilidad del vendedor en la Directiva de 1999 y el TRLGDCU.

⁸⁴ A la vista del precepto, resulta sumamente clarificadora la exposición de M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

⁸⁵ La preexistencia de la falta de conformidad era también exigida por el art. 3.1 de la Directiva 1999/44/CE.

35. Aparte de los supuestos que hemos comentado al hablar de la declaración pública, tanto el TRLGDCU como el DL 67/2003 exoneran de responsabilidad al vendedor cuando el consumidor y usuario conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar la falta de conformidad en el momento de la celebración del contrato o la misma tuviera su origen en materiales suministrados por el consumidor y usuario (Art. 116.3 TRLGDCU y art. 2.3 DL 67/2003)⁸⁶. La carga de la prueba corresponde pues al vendedor⁸⁷. En el ámbito del MCR, las circunstancias subjetivas del comprador en el momento de la celebración del contrato son tomadas en consideración por el art. IV.A.-2:307 MCR para exonerar de responsabilidad al vendedor; ahora bien, hemos de tener en cuenta que el art. IV.A.-4:301 (4), que impone al comprador el deber de examinar o hacer examinar los bienes, no resulta aplicable a las ventas de bienes de consumo; no estando obligado a examinar los bienes y, por ende, las instrucciones de instalación, es muy probable que el consumidor no aprecie el defecto. La inclusión de una cláusula en el contrato en virtud de la cual “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...” no es óbice para apreciar la falta de conformidad en supuestos como el resuelto por la SAP de Barcelona, sección 1ª, de 28 de diciembre de 2012⁸⁸. Tal expresión alcanza a la conformidad de cuanto pueda observar el comprador a simple vista o de lo que hubiera podido percibirse empleando una diligencia media; en el caso, el desgaste prematuro de los neumáticos obedecía a un defecto en el eje trasero del vehículo que no era apreciable a simple vista ni perceptible con el mero uso del vehículo.

36. Pues bien, a diferencia de lo que sucede en el TRLGDCU español y del DL 67/2003 luso donde –como acabamos de decir– se exonera de responsabilidad al vendedor por la falta de conformidad que el comprador conocía o debería haber conocido al celebrar el contrato, el art. 7.5 de la Directiva (UE) 2019/771 –en línea con lo previsto en el art. 2.3 de la Directiva 1999/44/CE pero con distinta redacción– determina que “No habrá falta de conformidad en el sentido de lo dispuesto en los apartados 1 o 3 cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en los apartados 1 o 3 y el consumidor hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia en el momento de la celebración del contrato de compraventa”⁸⁹. Si

⁸⁶ A modo de ilustración, cabe recordar aquí la SAP de Zamora, Sección 1ª, de 22 julio de 2019 (*JUR* 2019/267248), dictada en relación a la compraventa de un vehículo de segunda mano que, al tiempo de la venta, tenía 14 años de antigüedad y había recorrido 230000 km y, a los nueve meses de la venta, había sufrido una avería que afectaba a la culata, inyectores y enfriador de gases de EGR. A la vista del informe pericial, el Tribunal concluye que, dado que la avería de la culata-motor-enfriador es un fallo de material que no podía conocer el comprador en el momento de la entrega y podía fundadamente ignorar, el vendedor debe responder; no debe responder, en cambio, por la avería de los inyectores pues es un defecto de desgaste por uso del vehículo, que puede que no lo conociera el comprador en el momento de la compra, pero no podía fundamentalmente ignorar, teniendo en cuenta la antigüedad y kilómetros del vehículo en el momento de la entrega.

En cambio, la SAP de Jaén, sección 1ª, de 20 de diciembre de 2017 (*JUR* 2018/70948), conociendo de un supuesto en que, al poco de comprar el vehículo aparecía en el cuadro de mandos el mensaje “Fallo de Motor,” señala que si, cuando se vende un vehículo no se pregunta al cliente cuál es el uso que le va a dar, si va a circular por carretera o ciudad, el consumidor no tiene por qué saber que un vehículo diesel puede presentar mayor problemática si no se hacen suficientes kilómetros, o no se circula a unas revoluciones determinadas.

En nuestro país vecino, resulta ilustrativo el Ac.do TRC de 13 de noviembre de 2018 (proceso: 379/15.0T8GRD.C2).

⁸⁷ Puntualiza, con razón, J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1675, siguiendo a M.P. GARCÍA RUBIO, “La transposición...”, *op. cit.*, (*LA LEY* 424/2003) p. 1532, que no cabe exigir al comprador una diligencia que comporte un examen del producto en profundidad para advertir los eventuales defectos, pero sí una diligencia mínima derivada de la recepción atenta del producto, y que variará fundamentalmente en función de la naturaleza y del lugar de la entrega. Evidentemente, la diligencia exigible no puede ser la misma tratándose de bienes embalados y precintados, que tratándose de bienes que se pueden examinar o incluso probar. En la misma línea, entre los autores portugueses, L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 136, señala que, confirmado el temor de que la transposición de la Directiva llevase a establecer una carga al consumidor -la de examinar la cosa vendida-, la doctrina considera que la exclusión de responsabilidad del vendedor ha de limitarse a los casos de culpa grave del consumidor; no puede comprender las situaciones de culpa leve; y, mostrándose crítico con la opción del legislador luso, recuerda que los Estados miembros no estaban obligados a incorporar esta exclusión, pues la Directiva 1999/44/CE les permitía introducir normas que ofrecieran una mayor protección al consumidor.

⁸⁸ AC 2013\181.

⁸⁹ Según el art. 2.3 de la vieja Directiva, no hay falta de conformidad “si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podría fundadamente ignorarlo”. Para autores como C. LASHERAS ROMERO,

comparamos la redacción de ambas Directivas, en este punto, no cabe duda de que la nueva trata de dar un paso más en la protección del consumidor; para empezar, para excluir la responsabilidad del vendedor ya no basta con que el consumidor tenga conocimiento del defecto al celebrar el contrato (o hubiera debido conocer el mismo), sino que es necesario que el vendedor informe al consumidor acerca de la existencia de la falta de conformidad en cuestión y que el consumidor lo acepte de forma expresa⁹⁰; y para continuar, del precepto se infiere claramente que el vendedor responderá aunque el consumidor hubiera debido saber (no hubiera podido fundadamente ignorar) que el bien tenía una falta de conformidad^{91 92}.

37. Por lo que se refiere a la posibilidad de que el vendedor se exonere de responsabilidad porque la falta de conformidad tiene su origen en los materiales suministrados por el consumidor, la Directiva (UE) 2019/771, en su Considerando nº 20, se limita a decir que “*los Estados miembros deben seguir teniendo la facultad de regular las obligaciones de información que tiene el vendedor en relación con la celebración del contrato o el deber del vendedor de advertir al consumidor, por ej., de determinadas características de los bienes, de la idoneidad de los materiales facilitados por el consumidor o de posibles inconvenientes derivados de solicitudes específicas del consumidor*”, supuesto que ilustra poniendo como ej. la petición de utilizar un tejido determinado para la confección de un traje de fiesta. Tal previsión nos hace pensar que, si el vendedor no hubiese advertido de tales inconvenientes, no debería poder exonerarse de responsabilidad alegando que los materiales suministrados por el consumidor –o incluso las instrucciones por él dadas- eran defectuosos⁹³.

38. Al margen de estos supuestos, el vendedor responde “por cualquier falta de conformidad” [art. 10.1 Directiva (UE) 2019/771], sea del tipo que sea, tenga mayor o menor entidad y con independencia de que haya mediado dolo o culpa en su actuación. No en vano, los remedios que se confieren al consumidor frente al vendedor nacen del incumplimiento, al margen de que el mismo le sea imputable por dolo o culpa. Sobre esta base, el vendedor responderá, aunque actúe con la máxima diligencia, como sucedería en los casos en que la falta de conformidad sea objetivamente imputable al productor, por tratarse de un defecto de origen⁹⁴.

39. Especial interés reviste también el tema de la transmisión del riesgo al comprador-consumidor. Por lo que se refiere a esta cuestión, cabe señalar que la Directiva 2011/83/UE, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores ha venido a armonizar con carácter general las normas nacionales

“La falta...”, *op. cit.*, p. 231, la redacción de las Directivas –aunque él sólo se refiere a la de 1999- resulta más acertada pues “un comprador que consiente un producto con una serie de defectos que conoce en el momento de contratar supone que está conforme con lo que está comprando”, máxime si de ello deriva una rebaja en el precio.

⁹⁰ Al hilo de la Directiva de 1999 y del TRLGDCU, C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p. 232, consideraba que, quizás, la norma debería indicar también que el vendedor no podrá exonerarse de responsabilidad en el supuesto descrito en la nota anterior si media dolo; lo mismo cabría decir con la nueva Directiva en la mano si pensamos en el supuesto hipotético de que el vendedor informe de una falta de conformidad de menor entidad que la real.

⁹¹ Mostramos nuestro acuerdo, en este punto, con M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

⁹² A la vista de la Directiva 1999/44/CE, C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p.231, consideraba que el criterio al que había que atender para entender que el consumidor debía haber conocido no era otro que el de la diligencia y la buena fe; no obstante, ponían de manifiesto la dificultad a la hora de determinar la pericia exigible pues no puede exigirse un mismo estándar a un comprador medio que a uno especializado, aunque opere como consumidor.

⁹³ Con el TRLGDCU en la mano, C. LASHERAS ROMERO, “La falta...”, *op. cit.*, p. 232, echaba en falta algunas aclaraciones pues: 1) nada decía la norma acerca de la posibilidad de que el vendedor tuviera conocimiento de que los materiales no gozaban de la calidad suficiente, bien porque hubiese sido informado por el comprador o bien por su propia pericia; 2) no se limitaba la exoneración de responsabilidad en los casos de defectos evidentes o en los que el vendedor –en su condición de profesional- hubiera debido apercebirse de la baja calidad de los materiales; 3) el precepto sólo hablaba de materiales, no contemplaba los posibles defectos en las instrucciones dadas por el consumidor. Según el autor, en este último caso, salvo aplicación analógica, no sería posible exonerar de responsabilidad al vendedor, lo cual está fuera de toda lógica; no obstante, aun viendo difícil la extensión dado que la aplicación que se hace de la ley es siempre favorecedora para el consumidor, consideraba que debe incluirse como causa de exoneración. Con anterioridad, refiriéndose a la Ley 23/2003, L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La falta...*, *op. cit.*, p. 102, había llamado la atención también sobre la necesidad de fijar un límite a esa exención de responsabilidad del vendedor (ej. la necesidad de que el vendedor –profesional que ha de mostrar una diligencia adecuada a su oficio- advierta al consumidor sobre la mala calidad de los materiales), y sobre los defectos que podían encontrarse en las instrucciones dadas por el consumidor.

⁹⁴ Véase M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

relativas al momento en que ha de producirse la entrega, pues “*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*”. Esta Directiva parte de la idea de que el comprador 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 ej., cuando ha recibido las llaves o está en posesión de los documentos de propiedad)*” (considerando nº 51). El legislador español traspuso lo previsto en el art. 18 de la referida Directiva en relación a la entrega y la eventual resolución del contrato y lo dispuesto en el art. 20 sobre la transmisión del riesgo, trasladándolo a los art. 66 *bis* y 66 *ter*, respectivamente, TRLGDCU mediante la precitada Ley 3/2014⁹⁵. En nuestro país vecino, el DL 67/2003 no contiene disposición específica al respecto por lo que, inicialmente, era preciso acudir al CC luso, cuyo art. 918 disciplina expresamente el deterioro posterior a la venta pero anterior a la entrega, remitiendo a las reglas del incumplimiento⁹⁶; hoy, la norma de referencia, a estos efectos, son los art. 9.B y 9.C *Lei n.º 24/96, de 31 de julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores* -incorporados mediante la *Lei n.º 47/2014, de 28 de Julho* por la que se procede a la cuarta modificación de la *Lei n.º 24/96, de 31 de julho, que estabelece o regime legal aplicável à defesa dos consumidores*, y a la primera del *Decreto-Lei n.º 24/2014, de 14 de fevereiro*, transponiendo parcialmente la Directiva 2011/83/UE-, cuyo tenor es muy similar al de la norma española⁹⁷; las diferencias que se detectan entre ambas se refieren al plazo máximo

⁹⁵ Tras la modificación operada por el RD Ley 9/2017, de 26 de mayo, el art. 66 *bis* TRLGDCU, bajo la rúbrica “*Entrega de los bienes comprados mediante un contrato de venta*”, establece:

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.*”
4. “*Corresponde al empresario la carga de la prueba sobre el cumplimiento de los plazos a que se refiere este artículo*”.

Manteniendo la redacción dada en 2014, el art. 66 *ter* TRLGDCU, bajo la rúbrica “*Transmisión del riesgo*”, determina: “*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*”.

⁹⁶ El art. 3.1 DL 67/2003 parecía modificar las reglas de transmisión del riesgo en las ventas de consumo, pues, al establecer que la conformidad debía verificarse en el momento de la entrega, hacía pensar que quedaba de cuenta del vendedor todo riesgo sucedido hasta esa fecha; la Directiva 1999/44/CE, en su considerando nº 14, se posicionaba en contra de tal planteamiento, al indicar que las referencias a la fecha de entrega no suponen que los Estados miembros tengan que modificar sus normas sobre transmisión del riesgo. En tal sentido, L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, *op. cit.*, pp. 136 y 137.

⁹⁷ Los actuales art. 9.B y 9.C de la *Lei n.º 24/96, de 31 de julho*, rezan:

Artigo 9.º-B *Entrega dos bens*

1. “*O fornecedor de bens deve entregar os bens na data ou dentro do período especificado pelo consumidor, salvo convenção em contrário.*”
2. “*Na falta de fixação de data para a entrega do bem, o fornecedor de bens deve entregar o bem sem demora injustificada e até 30 dias após a celebração do contrato.*”
3. “*A entrega dá-se quando o consumidor adquira o controlo ou a posse física do bem.*”
4. “*Não sendo cumprida a obrigação de entrega dos bens na data acordada ou no prazo previsto no n.º 2, o consumidor tem o direito de solicitar ao fornecedor de bens a entrega num prazo adicional adequado às circunstâncias.*”
5. “*Se o fornecedor de bens não entregar os bens dentro do prazo adicional, o consumidor tem o direito de resolver o contrato.*”
6. “*O consumidor tem o direito de resolver imediatamente o contrato sem necessidade de indicação de prazo adicional nos termos do n.º 4, se o fornecedor não entregar os bens na data acordada ou dentro do prazo fixado no n.º 2 e ocorra um dos seguintes casos:*”

de 14 días que fija la norma lusa para que el vendedor devuelva el precio al consumidor en caso de resolución del contrato y las consecuencias del incumplimiento de tal norma, frente a la no fijación de plazo y consecuencias que derivarían de incumplimiento del mismo en la española.

40. Partiendo del momento efectivo en que la ley entiende realizada la entrega del producto vendido, la eventual disconformidad tendrá que apreciarse después, una vez se manifieste dentro de los plazos previstos en el TRLGDCU y en el DL 67/2003, a los que nos referiremos más adelante.

D) Remedios ante la falta de conformidad

41. El art. 118 TRLGDCU y el art. 4.1 DL 67/2003 detallan los mecanismos de defensa con que cuenta el consumidor (legitimado activo) frente a los defectos o faltas de conformidad con los bienes: reparación del producto, sustitución, rebaja del precio y resolución del contrato⁹⁸. Esos mismos remedios son los que se contemplan en el art. 13 de la Directiva (UE) 219/771 (art. 13.1 y 13.2). Según el art. 114 TRLGDCU y el art. 3 DL 67/2003, puede hacerlos valer frente al vendedor (su contraparte); pero tanto el art. 124.1 TRLGDCU como el art. 6 DL 67/2003 contemplan también la posibilidad de ejercitarlos directamente frente al productor en ciertos casos. Afirmada la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad, la jurisprudencia española ha negado legitimación pasiva, por ej., al servicio de asistencia técnica [SAP de Madrid, sección 14ª, de 8 de mayo de 2008⁹⁹] o al distribuidor del producto [SAP de Valencia, sección 7ª, de 5 de diciembre de 2007¹⁰⁰], con independencia de que el origen de la falta de conformidad se encontrara en ese tercero¹⁰¹.

42. El ejercicio de estas acciones –advierde el art. 117 TRLGDCU- es incompatible con el de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa, pero compatible con el ejercicio de una acción indemnizatoria por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad, de acuerdo

a) *No âmbito do contrato de compra e venda, o fornecedor de bens se reca entregar os bens;*

b) *O prazo fixado para a entrega seja essencial atendendo a todas as circunstâncias que rodearam a celebração do contrato; ou*

c) *O consumidor informe o fornecedor de bens, antes da celebração do contrato, de que a entrega dentro de um determinado prazo ou em determinada data é essencial.*

7. *Após a resolução do contrato, o fornecedor de bens deve restituir ao consumidor a totalidade do montante pago até 14 dias após a referida resolução.*

8. *Em caso de incumprimento do disposto no número anterior, o consumidor tem o direito à devolução em dobro do montante pago, sem prejuízo da indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais a que haja lugar.*

9. *Incumbe ao fornecedor de bens a prova do cumprimento das obrigações estabelecidas no presente artigo”.*

Artigo 9.º-C *Transferência do risco*

1. *“Nos contratos em que o fornecedor envia os bens para o consumidor, o risco de perda ou dano dos bens transfere-se para o consumidor quando este ou um terceiro por ele indicado, que não o transportador, adquira a posse física dos bens.*

2. *Se o consumidor confiar o transporte a pessoa diferente da proposta pelo fornecedor de bens, o risco transfere-se para o consumidor com a entrega do bem ao transportador”.*

⁹⁸ Al hablar de los remedios, la doctrina portuguesa suele referirse también a la oposición por parte del comprador de la excepción de incumplimiento dado que el vendedor debe entregar un bien conforme con el contrato; tal posibilidad encuentra sustento en lo dispuesto en los art. 428-431 CCPort. Esta excepción no puede apreciarse de oficio, sino que ha de ser alegada por el consumidor.

⁹⁹ JUR 2008\177517.

¹⁰⁰ JUR 2008\109634.

¹⁰¹ Cuestión distinta es que, en caso de negativa del vendedor, el consumidor encargue la reparación o la sustitución a un tercero. En opinión de J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1687, no hay razón para rechazar tal posibilidad; tal facultad –argumenta- puede entenderse como la fase previa de una prerrogativa que podría hacerse valer procesalmente en la vía civil en un momento ulterior, en tanto que el comprador no se reembolse los gastos que le hubiere ocasionado la reparación o sustitución realizada por un tercero”. Ahora bien, “de no resolverse la cuestión amistosamente, los jueces o tribunales deberán enjuiciar tanto si han concurrido los requisitos que determinan la existencia de la falta de conformidad como si se han dado las circunstancias que justifique el recurso del comprador a un tercero”. Tales razones obedecen, básicamente, a la necesidad de disponer nuevamente de los bienes defectuosos en buen estado en un plazo imposible de cumplir por el vendedor; por eso, -concluye- sólo es aconsejable acudir a la reparación o sustitución por un tercero cuando no queda duda alguna de que le asiste este derecho.

con la legislación civil y mercantil (art. 1124, 1101 y 1107 CC)¹⁰². Tal precepto choca con la previsión del art. IV.A.-4:202 MCR –inaplicable, pese a su ubicación, a una venta de consumo–, el cual limita la responsabilidad por daños de los vendedores no empresarios al precio fijado en el contrato. En el caso de Portugal, la posibilidad de obtener una indemnización como consecuencia de los daños causados por bienes no conformes con el contrato no se encuentra expresamente contemplada en el DL 67/2003 pero resulta de los principios generales en materia de cumplimiento e incumplimiento de los contratos y, en particular, de lo dispuesto en el art. 12.1 LDC, según el cual: “*O consumidor tem direito à indemnização dos danos patrimoniais e não patrimoniais resultantes do fornecimento de bens ou prestações de serviços defeituosos*”. La responsabilidad que se consagra en este precepto no es una responsabilidad objetiva. El profesional, por tanto, sólo responde por el perjuicio causado al consumidor si media culpa en el cumplimiento de la obligación. Esa culpa, a la vista de lo dispuesto en el art. 799 CCPort¹⁰³, se presume de modo que el consumidor sólo tendrá que probar la falta de conformidad, el daño y el nexo de causalidad¹⁰⁴. Sobre esta base, en nuestro país vecino, se viene entendiendo indemnizable la privación del uso del bien durante el periodo de tiempo en que no es conforme con el contrato así como los gastos derivados de dicha privación, siempre que se pruebe el daño y el nexo de causalidad entre el daño y la falta de conformidad¹⁰⁵.

43. Siguiendo la abrogada Directiva 1999/44/CE, el legislador español, sin embargo, no confiere una libertad absoluta al consumidor a la hora de elegir el mecanismo de protección a utilizar. Conforme a los art. 119.1 y 121 TRLGDCU, la reparación y la sustitución tienen carácter principal o de primer grado; la rebaja del precio y la resolución sólo están disponibles en defecto de los primeros; gozan, por tanto, de un carácter subsidiario. No sucede así en la norma portuguesa donde la posibilidad de elegir entre uno u otro remedio se encuentra únicamente limitada por la imposibilidad o por el abuso del derecho (art. 4.5 DL 67/2003)¹⁰⁶; esa no jerarquización de los remedios ha dado lugar a múltiples interpretaciones. En el ámbito doctrinal, se han ofrecido diferentes argumentos a favor de la existencia de una jerarquía entre los derechos que la ley confiere al consumidor, argumentos que, dada la claridad de la norma lusa, revisten especial interés de cara a la realización de una propuesta de *lege ferenda*. ROMANO MARTÍNEZ apunta, por ejemplo, que, en la medida en que es el profesional el que tiene más conocimientos sobre el bien o servicio, él es el que debe elegir; MENEZES LEITÃO arguye que deben primar las opciones que permitan mantener el negocio; DE GRAVATO MORAIS sostiene que el orden seguido en el art. 4 del DL no es arbitrario¹⁰⁷; y

¹⁰² Véase la SAP de Burgos, sección 3ª, de 4 de junio de 2013 (*JUR* 2013\219530); también la SAP de Alicante, sección 9ª, de 31 de octubre de 2013 (*JUR* 2014/9217), en la que se rechaza la pretensión indemnizatoria del actor al considerar que los daños sufridos en el motor derivaron de una conducta negligente del conductor, quien no detuvo el vehículo pese a haber sido debidamente advertido por los indicadores del cuadro de mandos del mismo; y la SAP de Pontevedra, Sección 1ª, de 21 septiembre de 2017 (*JUR* 2017/252232), dictada en relación a un supuesto en que no estaba claro qué acción había ejercitado el demandante dada la confusa fundamentación jurídica de la demanda, en la que el tribunal consideró que el juez puede poner orden en las pretensiones del actor y aplicar la norma jurídica correcta –art. 114-124 TRLGDCU–, sin alterar los hechos y sin introducir elementos novedosos en el pleito.

¹⁰³ Art. 799 CCPort (Presunção de culpa e apreciação desta)

1. “*Incumbe ao devedor provar que a falta de cumprimento ou o cumprimento defeituoso da obrigação não procede de culpa sua.*”

2. *A culpa é apreciada nos termos aplicáveis à responsabilidade civil*”.

¹⁰⁴ Así lo pone de relieve J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 234 y 235.

Sobre la presunción de la culpa pueden verse los Ac. do STJ de 3 de octubre de 2013 (proceso: 3584/04.0TVLSB.L1.S1) y Ac. do TRC de 28 de mayo de 2013 (proceso: 469/11.8T2ILH.P1.C1).

¹⁰⁵ Sirvan como muestra el Ac. do TRC de 25 de octubre de 2011 (proceso: 351/10.6TBPCV.C1), Ac. do TRL de 17 de octubre de 2006 (proceso: 3534/2006-7), Ac. do TRL de 8 de octubre de 2009 (proceso: 3359/07.5TBVD.L1-8). El Ac. do TRP de 11 de noviembre de 2013 (proceso: 270/12.1TBGCP.P1), por su parte, precisa que: “*Uma pessoa só se encontra realmente privada do uso de alguma coisa, sofrendo com isso prejuízo, se realmente a pretender usar e utilizar caso não fosse a impossibilidade de dela dispor*”.

¹⁰⁶ Art. 4.5 DL 67/2003: “*O consumidor pode exercer qualquer dos direitos referidos nos números anteriores, salvo se tal se manifestar impossível ou constituir abuso de direito, nos termos gerais*”. El art. 12 de la Lei 24/96, de 31 de Julho, de Defesa do consumidor, en su versión original, por su parte, ni establecía jerarquía alguna entre los derechos del consumidor a estos efectos ni contemplaba limitación alguna a la hora de elegir el remedio.

¹⁰⁷ F. DE GRAVATO MORAIS, “*A alternatividade dos meios de defesa do consumidor no caso de desconformidade da coisa com o contrato de compra e venda*”, en AAVV, *Liber amicorum Mário Frota. A causa dos direitos dos consumidores*, Coimbra, Almedina, 2012, p. 161.

CALVÃO DA SILVA opina que debe hacerse una interpretación del DL que sea conforme con lo previsto en la Directiva comunitaria¹⁰⁸. En el plano jurisprudencial, se diferencian claramente dos líneas interpretativas: una aboga por la existencia de una jerarquía entre los distintos remedios¹⁰⁹ y otra –mayoritaria- declara que el consumidor puede ejercitar cualquiera de los derechos reconocidos por la ley con el límite del abuso del derecho¹¹⁰. Mas –como decimos- la ley es clara: no establece un orden entre los distintos remedios y la elección del remedio corresponde al consumidor. Lo que no está tan claro son los límites pues la ley remite al abuso del derecho, un concepto jurídico indeterminado que no puede concretarse a priori sino que debe determinarse caso por caso¹¹¹. A tal efecto, hay que tener en cuenta lo previsto en el art. 334 CCPort., según el cual: “*É ilegítimo o exercício de um direito, quando o titular exceda manifestamente os limites impostos pela boa fé, pelos bons costumes ou pelo fim social ou económico desse direito*”¹¹². En términos generales, pues, las posibilidades de elección del consumidor se encuentran limitadas por el respeto al principio de buena fe. Tampoco se aprecia una jerarquía en el MCR, texto en que los remedios son desarrollados en el Libro III (capítulo 3), conteniendo el libro IV (capítulo 4) algunas especialidades aplicables a la venta de bienes de consumo.

44. La Directiva (UE) 2019/771 mantiene en buena medida ese criterio, pues, en su art. 13.4, restringe la posibilidad de instar la reducción proporcionada del precio o la resolución del contrato a los supuestos que siguen:

- a. el vendedor no ha llevado a cabo la reparación o la sustitución o, en su caso, no ha llevado a cabo la reparación o la sustitución de conformidad con lo dispuesto en el art. 14.2 y 14.3, o el vendedor se ha negado a poner los bienes en conformidad con arreglo a lo dispuesto en el art. 13.3;
- b. subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad;
- c. la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato de compraventa, o
- d. el vendedor ha declarado, o así se desprende claramente de las circunstancias, que no pondrá los bienes en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor.

45. Como puede verse, la regulación difiere en algunos puntos de la Directiva 1999/44/CE (art. 3.5). En línea con dicho instrumento, aunque sin coincidir plenamente, la nueva Directiva (UE) 2019/771 determina que para poder instar los remedios subsidiarios basta con que el vendedor no repare (o sustituya) o repare (o sustituya) pero el bien siga siendo no conforme. Del tenor del precepto se in-

¹⁰⁸ Se hace eco de las opiniones de estos autores J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 223.

¹⁰⁹ Véanse, por ej., los Ac. do STJ de 15 de marzo de 2005 (processo: 04B44009), 13 de diciembre de 2007 (processo: 07A4160) y 24 de enero de 2008 (processo: 07B4302), el Ac. TRL de 18 de junio de 2009 (processo: 11157/2008-6) en el que se dice que, aunque el art. 4 DL 67/2003 no hace referencia expresa a esa jerarquía, la misma resulta de los principios generales y está implícita en el precepto cuando establece como límite la imposibilidad y el abuso del derecho, o el Ac. do TRP de 4 de noviembre de 2013 (processo: 4357/10.7TBGDM.P1).

¹¹⁰ Sirvan como muestra los Ac. do STJ de 24 de enero de 2008 (Processo: 07B4302) y 9 de noviembre de 2010 (processo: 12.764/03.5TOER.L1.S1); Ac. do TRL de 15 de diciembre de 2005 (processo: 11735/2005-6), 1 de marzo de 2012 (processo: 777/09.8TBALQ.L1-6) y 18 de abril de 2013 (processo: 3965/08.0TMSNT.L1-8); Ac. do TRP de 7 de marzo de 2005 (processo: 0456404), 4 de febrero de 2010 (processo: 1362/05.9TBGDM.P1), 20 de abril de 2010 (processo: 1451/08.8TJPRT.P1) y 15 de septiembre de 2011 (processo: 7679/08.3TBMTS.P1); Ac. do TRG de 13 de octubre de 2011 (processo: 1327/07.6TBPVZ.G1) y 11 de octubre de 2012 (processo: 1159/08.4TBVCT.G2); Ac. do TRC de 1 de marzo de 2016 (processo: 1684/08.7TBBCB.C1) y 15 de diciembre de 2016 (processo: 1638/11.6TBACB.C1).

¹¹¹ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 224, siguiendo a CAPILLI, señala en este sentido que no le parece adecuado considerar que el abuso del derecho “é instrumento jurídico crucial nos conflitos de consumo e na limitação dos amplos direitos conferidos ao consumidor”.

¹¹² Según el Ac. do TRC de 15 de diciembre de 2016 (processo: 1638/11.6TBACB.C1), por ej., “Não actua em abuso de direito o consumidor que depois de ter entregado a viatura para reparação pelo menos 7 vezes, vendo-se confrontado com a subsistência das anomalias, instaura ação contra o vendedor, nela pedindo a resolução do contrato de compra e venda”.

fiere que una única petición de reparación o sustitución que haya resultado infructuosa permite instar la rebaja del precio o la resolución del contrato. Ahora bien, ¿podría estar justificado permitir al vendedor que vuelva a intentar subsanar la falta de conformidad? En su Considerando nº 52, la nueva Directiva responde afirmativamente, pensando en supuestos muy concretos (bienes caros o complejos, por ej.); el legislador comunitario, no obstante, es consciente de la necesidad de tomar en consideración otro factor: ¿cabe esperar que el consumidor mantenga la confianza en la capacidad del vendedor de restablecer la conformidad del bien?¹¹³ Los apartados c) y d), sin embargo, son nuevos, y -como dice MARÍN LÓPEZ- necesarios. Por lo que se refiere al c), convenimos con el referido autor en que “la resolución se justifica cuando el incumplimiento del vendedor frustra definitivamente las expectativas del consumidor, de manera que este ya no tiene interés en el mantenimiento del contrato y pide la resolución”; lo que no se entiende es que en tales circunstancias sea posible solicitar la reducción del precio. En cuanto al d), parece totalmente lógico que, ante una declaración del vendedor afirmando que no va a reparar ni a sustituir, el consumidor pueda acudir inmediatamente a los remedios subsidiarios¹¹⁴.

a) Reparación y sustitución

46. La reparación y la sustitución (acciones de primer grado en el Derecho español pero no en el portugués) constituyen modalidades de la acción general de cumplimiento frente a una ejecución defectuosa de la prestación debida. En el primer caso, el deudor (vendedor) ha de realizar sobre el bien objeto de la venta las actuaciones que sean necesarias para adecuarlo al contenido de su obligación de conformidad; estamos ante una obligación de resultado [SAP de Las Palmas, sección 4ª, de 25 de noviembre de 2002¹¹⁵]¹¹⁶. En el segundo, el deudor (vendedor) ha de entregar un nuevo producto conforme con el contrato, sin las faltas que presentaba el entregado en primer término, el cual le es devuelto¹¹⁷.

47. Por lo que se refiere al Derecho español cabe señalar que del art. 119.1 TRLGDCU no se infiere que exista una relación de dependencia entre ambos remedios; el vendedor queda obligado a cumplimentar la opción elegida por el consumidor¹¹⁸; ahora bien, la facultad de opción del consumidor se sujeta a un doble límite:

48. Para empezar, la facultad de optar entre reparación y sustitución procede “*salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada*” (art. 119.1)¹¹⁹. Si sólo resultara posible una de ellas, el vendedor no podrá negarse a la única forma de saneamiento que permita poner el bien en conformidad con el contrato pues la UE da prioridad a la ejecución del contrato mediante estas dos formas de saneamiento previstas en primer lugar. Pero, ¿cuándo debe entenderse imposible la reparación o la sustitución y cuándo puede entenderse desproporcionada? La imposibilidad (material o jurídica) constituye una cuestión de hecho que habrá que valorar en función de las circunstancias de cada caso¹²⁰. En punto a la desproporción –cuya prueba, lógicamente, corresponde al vendedor que la alegue [así lo resalta la SAP

¹¹³ No parece que pueda mantenerse cuando el mismo problema se presenta varias veces o cuando la falta de conformidad afecta gravemente a la capacidad del consumidor de hacer un uso normal de los bienes.

¹¹⁴ M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

¹¹⁵ JUR 2003,91982.

¹¹⁶ El art. 1Bh) DL 67/2003, añadido por el DL 84/2008, define la reparación en términos muy amplios: “*a reposição do bem de consumo em conformidade com o contrato*”.

¹¹⁷ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 229, señala que la sustitución conlleva dos obligaciones. Por una parte, la obligación del comprador de devolver el bien al vendedor y, por otra, la obligación del vendedor de entregar un bien nuevo a comprador. Tales obligaciones son sinalagmáticas; en consecuencia, el vendedor puede negarse a entregar el bien nuevo si el comprador no le entrega el bien que tiene en su poder o no le permite recogerlo.

¹¹⁸ En tal sentido puede verse la SAP de Las Palmas, Sección 3ª, de 3 de julio de 2012 (JUR 2012,368835).

¹¹⁹ La SAP de Valencia, Sección 6ª, de 10 diciembre de 2018 (JUR 2019/39708), por ej., considera desproporcionada la petición por parte del consumidor de una reparación que casi duplicaba el valor del vehículo.

¹²⁰ Como señala J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1688, la reparación será imposible cuando no sea factible recomponer el bien al estado previo a la falta de conformidad (piénsese en un defecto irreparable en cuanto tal o en la dificultad técnica extrema o excesivamente onerosa para el vendedor); la imposibilidad de la sustitución, por su parte, está directamente relacionada con la naturaleza específica del producto vendido.

de Asturias, sección 7ª, de 6 de marzo de 2009¹²¹]-, debemos atender al criterio que facilita el art. 119.2: “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”¹²².

49. Y, para continuar, “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” [art. 120 g)].

50. En Portugal, en cambio, los únicos límites que juegan para poder instar cada uno de los remedios son la imposibilidad¹²³ y el abuso del derecho (art. 4.5 DL 67/2003). A diferencia de lo que ocurre en la Directiva comunitaria y en el Derecho español, no se exige que lo pedido no sea desproporcionado. La doctrina portuguesa reconoce que los postulados del Derecho comunitario derivan de las exigencias del principio de buena fe; ahora bien, entiende que la no exigencia de la proporcionalidad en nuestro país vecino debe interpretarse en el sentido de que no cabe aplicar criterios esencialmente matemáticos a la hora de decidir sobre el remedio más adecuado para poner en conformidad el bien¹²⁴; con todo, no faltan autores que consideran que el concepto de la Directiva 1999/44/CE era bastante más preciso¹²⁵. Tampoco excluye la norma lusa la sustitución en el caso de productos no fungibles; a nuestro modo de ver, en nuestro país vecino, este supuesto caería dentro del límite de la imposibilidad: la sustitución es imposible cuando nos encontramos ante bienes no fungibles aunque según MENEZES DE LEITÃO, tal conclusión no es automática¹²⁶; depende del grado de no fungibilidad fijado por las partes. MORAIS CARVALHO lo ilustra con el siguiente ejemplo: El Guernica es un bien no fungible pero, si el acuerdo de las partes se refiere a un cuadro de Picasso, será fungible y podrá ser sustituido por otro cuadro del pintor¹²⁷.

51. Parece claro que, conforme a los Ordenamientos de ambos países, el derecho del consumidor a elegir entre estos dos remedios no podrá quedar condicionado a un peritaje previo en relación a la imposibilidad objetiva de llevar a cabo alguno de ellos o si alguno resulta desproporcionado; así pues, una vez elegida la opción correspondiente por el consumidor, es al vendedor a quien le corresponderá acreditar, en su caso, que el remedio elegido le resulta “objetivamente desproporcionado”, pudiendo someterse, a tal fin, al arbitraje de peritos o de los servicios técnicos especializados¹²⁸.

52. El MCR, por su parte, alude a las formas de exigir el cumplimiento (reparación y a la sustitución) en el art. III.-3:302, excluyéndolas cuando el cumplimiento sea: a) ilegal o imposible; b) irrazonablemente gravoso o caro [en opinión del *Study Group on a European Civil Code* y del *European Group on Existing EC Private Law (Acquis Group)*, el carácter gravoso no debe determinarse sólo con base en parámetros económicos; puede resultar de cualquier esfuerzo desproporcionado exigido al deudor o situación de importante angustia, disgusto o incomodidad causada a ese sujeto, como por ej., exigir el cumplimiento cuando éste ha devenido inútil para el acreedor]; c) de carácter personal, de modo que sería irrazonable.

¹²¹ JUR 2009/236323.

¹²² Así, por ej., la SAP Alicante, sección 8ª, de 17 de mayo de 2012 (AC 2012/1811) entendió que no podía calificarse de desproporcionada la opción de la sustitución atendiendo al valor del vehículo adquirido y a las numerosas revisiones y reparaciones a que se había sometido el mismo sin que se hubiera logrado la reparación definitiva.

¹²³ La imposibilidad es considerada un límite que deriva de la propia naturaleza de las cosas. En este orden de cosas, la doctrina portuguesa entiende que la reparación es imposible siempre que se verifique que no se dan las condiciones técnicas para poner en conformidad el bien con lo estipulado en el contrato (ej. supuesto de *aliud pro alio*). Véase J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 224 y 225; L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, op. cit., p. 140.

¹²⁴ En este sentido se pronuncia, por ejemplo, J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 230.

¹²⁵ Por ej. L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, op. cit., p. 140.

¹²⁶ L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, op. cit., p. 140.

¹²⁷ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 225.

¹²⁸ En este sentido se pronuncia J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, op. cit., p. 1692.

53. La Directiva (UE) 2019/771 coincide sustancialmente con la anterior normativa, pues, en su art. 13.2, permite al consumidor elegir entre la reparación o la sustitución, “*salvo cuando la medida correctora elegida resulte imposible o que, en comparación con la otra medida correctora, suponga al vendedor costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y entre ellas:*

- a. *el valor que tendrían los bienes si no hubiera existido falta de conformidad;*
- b. *la relevancia de la falta de conformidad, y*
- c. *si se podría proporcionar la medida correctora alternativa sin mayor inconveniente para el consumidor”.*

Como novedades, cabe destacar tres: 1) aunque los tres parámetros para juzgar la desproporción que se detallan coinciden con los previstos en la Directiva 1999/44 CE, ahora se añade que deben tomarse en consideración “*todas las circunstancias*” que concurren; 2) se contempla expresamente la posibilidad de que el vendedor se niegue a poner los bienes en conformidad si la reparación y la sustitución resultan imposibles o le imponen costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, en particular, el valor que tendrían los bienes si no hubiera existido la falta de conformidad y la relevancia de la falta de conformidad¹²⁹; 3) no se restringe la posibilidad de exigir la sustitución cuando nos encontramos ante productos no fungibles o de segunda mano; la razón es sencilla: en tales casos, la sustitución resulta imposible.

54. No se alude en la Directiva a un problema que, sin embargo, sí se ha suscitado en la práctica: la obligación impuesta por el vendedor de devolver los bienes con el embalaje con que fueron entregados en su día para proceder a la sustitución. A la vista de lo previsto en los Ordenamientos nacionales objeto de estudio (art. 119 TRLGDCU y 4 DL 67/2003), convenimos con AVILÉS GARCÍA en que tal reclamación no es jurídicamente atendible y carecerán de valor las eventuales argumentaciones que pudiera hacer el vendedor al respecto, aun cuando dicho requisito se hubiera publicitado por el vendedor; la única excepción a este respecto vendría dada por los supuestos en los que el “embalaje” constituye más bien una parte complementaria del producto que le da un valor añadido¹³⁰.

55. Por lo que se refiere al modo en que ha de hacerse la reparación y la sustitución de un bien no conforme, cabe señalar que, de acuerdo con lo previsto en el art. 120 TRLGDCU, ha de hacerse de forma gratuita, en un plazo razonable y sin inconvenientes mayores para el consumidor, habida cuenta de “*la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario*”. En términos parecidos pero no idénticos se pronuncia, en nuestro país vecino, el DL 67/2003 al afirmar en art. 4.1 que la conformidad debe ser “*reposta sem encargos*” y en el art. 4.2 que “*Tratando-se de um bem imóvel, a reparação ou a substituição devem ser realizadas dentro de um prazo razoável, tendo em conta a natureza do defeito, e tratando-se de um bem móvel, num prazo máximo de 30 dias, em ambos os casos sem grave inconveniente para o consumidor*”¹³¹. A la gratuidad se refiere también el art. III.-3:302 (2) MCR.

56. La regulación que la Directiva (UE) 2019/771 lleva a cabo en su art. 14.1 en relación al tiempo y modo en que ha de efectuarse la reparación y la sustitución apenas difiere de la del art. 3.3.III de la derogada Directiva 1999/44/CE; deben llevarse a cabo de forma gratuita¹³², en un plazo razonable

¹²⁹ En opinión de M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019), esta regla no es del todo nueva; podía apreciarse en el art. 3.5, primer guion, de la Directiva 1999/44/CE; ahora bien, ahora está mucho mejor redactada, pues no se trata de que el consumidor tenga “derecho a ejercitar los remedios subsidiarios porque «no puede exigir ni la reparación ni la sustitución», sino” de “que sí puede exigirlos, pero el vendedor puede oponerse a ello (evitando reparar o sustituir) alegando que los dos remedios son imposibles y desproporcionados”.

¹³⁰ J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1690; para ilustrar la excepción, utiliza como ejemplo las cajas de los CD’s o DVD’s.

¹³¹ Este último precepto debe su redacción actual al DL 84/2008; originariamente, su redacción coincidía plenamente con la del precepto español: “*A reparação ou substituição devem ser realizadas dentro de um prazo razoável, e sem grave inconveniente para o consumidor, tendo em conta a natureza do bem e o fim a que o consumidor o destina*”.

¹³² Por tal entiende “*libre de los gastos necesarios en que se incurre para que los bienes sean puestos en conformidad, especialmente los gastos de envío, transporte, mano de obra o materiales*”.

(a partir del momento en que haya sido informado por el consumidor de la falta de conformidad), y sin inconvenientes significativos para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad para la que el consumidor necesitara los bienes.

57. La gratuidad tiene por objeto proteger al adquirente del riesgo de cargas económicas que podrían disuadirle de hacer valer sus derechos. El TRLGDCU vigente en este momento precisa que quedan comprendidos “*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*”¹³³. Tal enumeración tiene carácter ejemplificativo por lo que podrían quedar también incluidos los gastos relativos a la retirada del bien, peritajes... En este sentido, destacamos la STJCE (Sala Primera) de 16 de junio de 2011 (*caso Gebr. Weber y Wittmer*)¹³⁴, en la cual se pone de relieve que el art. 3 de la Directiva comunitaria 1999/44/CE “se opone a que una normativa nacional otorgue al vendedor el derecho a negarse a sustituir un bien no conforme, única forma de saneamiento posible, debido a que, a causa de la obligación de retirar ese bien del lugar en el que se hubiera instalado y de instalar en él el bien de sustitución, le impone costes desproporcionados en relación con la relevancia de la falta de conformidad y del valor que tendría el bien si fuera conforme”; ahora bien, “dicha disposición no se opone a que, en tal caso, el derecho del consumidor al reembolso de los gastos relativos a la retirada del bien defectuoso y a la instalación del bien de sustitución se limite a la asunción, por el vendedor, de una cantidad proporcionada”; y aquí es donde está el problema: ¿qué cabe entender proporcionado en estos casos?¹³⁵

58. Especial interés tiene en este punto también la STJCE (Sala Primera) de 17 de abril de 2008 (*caso Quelle*)¹³⁶ en la que, partiendo de la idea de que la sustitución ha de hacerse sin coste para el consumidor, en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para él, concluye que la Directiva se opone a una normativa nacional que permita al vendedor –que ha vendido un bien de consumo no conforme con el contrato– exigir al consumidor una indemnización por el uso del bien sustituido.

59. La Directiva (UE) 2019/771 acoge la jurisprudencia sentada por el TJUE en estas sentencias incorporando las siguientes reglas: 1) Cuando el consumidor solicita la reparación o la sustitución, tiene que poner los bienes “*a disposición del vendedor*” (art. 14.2); 2) si el consumidor solicita la sustitución, la recuperación de los bienes entregados inicialmente (que son no conformes) debe realizarse por el vendedor “*a sus expensas*” o, lo que es lo mismo, los gastos que genere la recuperación de dichos bienes han de ser sufragados por el vendedor (art. 14.2); 3) “*cuando una reparación requiera la retirada de bienes que hayan sido instalados de forma coherente con su naturaleza y finalidad antes de que se manifieste la falta de conformidad, o cuando se sustituyan los bienes, la obligación de reparar o sustituir los bienes incluirá la retirada de los bienes no conformes y la instalación de los bienes sustituidos o de los bienes reparados, o la asunción de los costes de dicha retirada e instalación*” (art. 14.3); 4) en caso de sustitución, el consumidor no tiene que abonar cantidad alguna por el uso normal que haya hecho del bien antes de manifestarse la falta de conformidad (art. 14.4).

60. Ante el silencio tanto del TRLGDCU como del DL 67/2003, podemos preguntarnos qué ocurriría si el vendedor se negara a cumplir con su deber de reparar el bien. Algunos autores españoles sostienen que no habría problema en que el consumidor efectuara la reparación y repitiera después contra el vendedor los gastos que la misma le hubiera ocasionado (siempre que fueran razonables) en

¹³³ Art. 120 a) TRLGDCU. En términos prácticamente idénticos señala el art. 4.3 DL 67/2003: “*A expressão «sem encargos», utilizada no n.º 1, reporta-se às despesas necessárias para repor o bem em conformidade com o contrato, incluindo, designadamente, as despesas de transporte, de mão-de-obra e material*”.

¹³⁴ TJCE 2011/180.

¹³⁵ El Ac. do TRG de 8 de mayo de 2012 (processo: 378/09.0TBEPS.G1), por su parte, hace referencia a los gastos de estacionamiento del automóvil en el taller en los términos que siguen: “*Cabendo ao vendedor e dono da oficina a obrigação de reparar o veículo, a obrigação da sua guarda é uma obrigação acessória daquela de proceder à reparação com o que não é devido qualquer pagamento pelo seu estacionamento na oficina, enquanto se mantiver a obrigação de reparação*”.

¹³⁶ TJCE 2008/89.

concepto de indemnización por daños y perjuicios (art. 117.2). Es el caso de AZPARREN LUCAS¹³⁷ o de MORAIS CARVALHO¹³⁸, quien sostiene que, si solicitada la reparación al vendedor, el bien no fuera reparado en plazo, cabría entender definitivamente incumplido el contrato pudiendo el consumidor instar la resolución del contrato o solicitar a un tercero la puesta en conformidad del bien exigiendo al vendedor el pago del precio; tal solución –añade el autor últimamente citado– “é especialmente válida no caso de se tratar de reparações urgentes, que ponham em causa a utilização do bem¹³⁹ ou agravem a situação”; el referido autor contempla también la posibilidad de que el consumidor proceda a sustituir el bien a su costa, exigiendo después al vendedor el pago de la cantidad correspondiente, en el caso de que éste último no haya procedido a la sustitución del bien en los plazos legalmente previstos¹⁴⁰. La jurisprudencia española, sin embargo, ha reconducido a veces la cuestión a una acción de reducción del precio de los art. 121 y 122 TRLGDCU [SAP de Madrid, sección 14ª, de 28 de noviembre de 2006¹⁴¹]. La nueva Directiva (UE) 2019/771 –como hemos comentado anteriormente– contempla este supuesto para dejar expedita la vía a los remedios subsidiarios.

61. La razonabilidad del plazo en que ha de realizarse la reparación o, en su caso, la sustitución y la tolerabilidad de los inconvenientes viene marcada en España por la naturaleza de los bienes y por la finalidad con que fueron adquiridos. Habrá que atender pues a las circunstancias de cada caso (ej. producto de importación, inexistencia de stock, producto adquirido para satisfacer necesidades vitales para el individuo, entidad de la avería y operaciones a realizar...). En Portugal, la razonabilidad del plazo opera hoy sólo en relación a los bienes inmuebles; tratándose de bienes muebles, el DL 67/2003, tras la modificación operada por el DL 84/2008, fija el plazo para llevar a cabo la reparación o la sustitución en 30 días; de esta forma se pretende evitar, al menos parcialmente, la difícil tarea que supone la determinación en el caso concreto del cumplimiento de los requisitos del plazo razonable y el grave inconveniente, requisitos ambos definidos en base a conceptos jurídicos indeterminados. La doctrina de nuestro país vecino insiste en la idea de que para determinar la razonabilidad del plazo en que debe llevarse a cabo la reparación/sustitución en el caso de los bienes inmuebles, cabe acudir a otro concepto jurídico indeterminado: el principio de buena fe en el cumplimiento de las obligaciones, consagrado en el art. 762.2 CCPort. El plazo normal para llevar a cabo la reparación será, por tanto, el que deba entenderse como plazo razonable. Por lo que se refiere al plazo de 30 días aplicable a la reparación y sustitución de los bienes muebles, viene manifestando que el plazo se computa desde el momento en que el bien es entregado al vendedor para su puesta en conformidad, debiendo entenderse comprendido dentro del mismo el tiempo que precisara el vendedor para realizar el correspondiente peritaje si éste fuera necesario¹⁴². La infracción de lo dispuesto en el art. 4.2 DL lleva aparejada una multa que oscila entre los 250 y 2500 euros si el infractor es una persona física y entre los 500 y los 5000 euros si el infractor es una persona jurídica (art. 12.A.1º DL 67/2003).

62. Especial interés reviste, en este ámbito, la reciente STJUE (Sala Primera) de 23 mayo 2019 (*Caso C.f. contra Toolport GmbH*)¹⁴³, dictada al hilo de un supuesto de venta a distancia en el que, apreciada la falta de conformidad y solicitada por el comprador la subsanación en su propio domicilio, el comprador no había enviado el bien en cuestión (una carpa) al vendedor ni se había ofrecido a ello y el vendedor no había indicado que fuera necesario transportar la tienda a su domicilio social ni

¹³⁷ A. AZPARREN LUCAS, “Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos” en J.M. BUSTO LAGO, N. ÁLVAREZ LATA, y F. PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo*, Cizur menor, Aranzadi, 2008, p. 617.

¹³⁸ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 228.

¹³⁹ Véanse el Ac. do STJ de 27 de mayo de 2010 (processo: 69/06-4TBMDB.P1.S1), el Ac. do STJ de 19 de abril de 2012 (processo: 453/06.3TBSLV.E1.S1) o el Ac. Do TRP de 14 de septiembre de 2009 (processo: 542/2001.P1). F. DE GRAVATO MORAIS, “A alternatividade...”, op. cit., p. 160 y 161, contempla esta posibilidad sólo para los casos en que la reparación sea urgente.

¹⁴⁰ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 230. Recuerda el autor en este punto el Ac do TRG de 16 de marzo de 2009 (Processo: 282/07.7TBRRG.G1).

¹⁴¹ AC 2007,712.

¹⁴² J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 227. Como señala el autor, p. 229, estadísticamente, la sustitución suele realizarse en un plazo más breve que la reparación.

¹⁴³ TJCE 2019/96.

se había ofrecido a pagar anticipadamente los gastos que suponía dicho transporte¹⁴⁴. Según el TJUE: 1) el art. 3.3 de la Directiva 1999/44/CE debe interpretarse en el sentido de que los Estados miembros conservan la competencia para fijar el lugar en que los consumidores deben poner a disposición de los vendedores, para que se subsane con arreglo a dicho precepto su falta de conformidad, bienes adquiridos en una venta a distancia. “Dicho lugar tendrá que ser idóneo para que la subsanación de la falta de conformidad se realice sin cargo alguno, en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para los consumidores, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para los consumidores”¹⁴⁵. Los tribunales nacionales deberán realizar una interpretación conforme con la Directiva 1999/44, modificando su jurisprudencia reiterada en el caso de que se base en una interpretación del Derecho nacional incompatible con los objetivos de la Directiva; 2) el derecho de los consumidores a la subsanación “sin cargo alguno” de faltas de conformidad de bienes adquiridos en una venta a distancia no comprende la obligación de los vendedores de abonar por anticipado a esos consumidores los gastos del transporte de dichos bienes a los domicilios sociales respectivos de los vendedores a fin de conseguir su puesta en conformidad, “a menos que el pago anticipado de dichos gastos por los consumidores constituya una carga tal que pueda disuadirlos de hacer valer sus derechos, extremo que corresponde comprobar a los tribunales nacionales”; 3) en casos como el litigioso, y teniendo en cuenta que el envío del bien no conforme por parte de los consumidores a los domicilios sociales de los vendedores podría suponer que los consumidores no quedaran libres de mayores inconvenientes, la Directiva 1999/44/CE debe interpretarse en el sentido de que los consumidores tienen derecho a resolver el contrato, dado que el saneamiento no se ha llevado a cabo en un plazo razonable, cuando los vendedores no hayan adoptado ninguna medida adecuada para proceder a dicha subsanación, incluida la de informar a los consumidores del lugar en que los bienes debían ponerse a su disposición a tal fin.

63. En España, la reparación y la sustitución suspenden el cómputo de los plazos a que se refiere el art. 123 TRLGDCU [art. 120 c) y e) TRLGDCU], lo que, en principio, significa que, entregado el bien reparado o sustituido, el plazo continúa por el tiempo que faltara por consumir de la garantía inicial [en tal sentido, se pronuncia la SAP de Santa Cruz de Tenerife, sección 3ª, de 5 de marzo de 2010¹⁴⁶], mas, la doctrina no es unánime en este punto; para algunos (y, a nuestro modo de ver, así debería ser), la sustitución da lugar a un nuevo plazo de garantía de dos años desde su entrega, pero el art. 120 e) TRLGDCU sólo dice que al producto sustituto le resulta aplicable, en todo caso, lo dispuesto en el art. 123.1 párrafo 2º del mismo cuerpo legal¹⁴⁷. El vendedor deberá entregar al consumidor o usuario que ejercite su derecho a la reparación

¹⁴⁴ Ante la falta de subsanación, el comprador solicitó la resolución del contrato y el reembolso del precio de compra de la carpa, a cambio de su devolución. Las razones que justifican el planteamiento de la cuestión prejudicial residen en que: 1) en el Ordenamiento jurídico alemán, el lugar de subsanación de la falta de conformidad de los bienes debía fijarse con arreglo a lo dispuesto en el art. 269 BGB, según el cual, lo decisivo es qué han acordado las partes. A falta de pacto contractual sobre dicho lugar, es preciso tener en cuenta las circunstancias del caso, particularmente la naturaleza de la obligación de que se trate; y, si tampoco de esta forma fuera posible alcanzar conclusiones definitivas, el lugar de subsanación de la falta de conformidad será aquel en que los deudores hubieran tenido su domicilio o establecimiento profesional en el momento del nacimiento de dicha obligación; 2) a la luz de la jurisprudencia del Bundesgerichtshof (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal, Alemania), el referido art. 269 BGB debía interpretarse en el sentido de que, en el caso de autos, para la subsanación de la falta de conformidad, el consumidor estaba obligado a poner el bien en cuestión a disposición del vendedor en el domicilio social de este; 3) esta interpretación jurisprudencial no parecía acorde con lo previsto en el art. 3.3 de la Directiva 1999/44, pues, habida cuenta de las características del bien en cuestión, la obligación de disponer su envío podría suponer que el consumidor no quedara libre de “mayores inconvenientes”.

¹⁴⁵ Como pone de relieve el TJUE, “en algunos casos, debido tanto a la naturaleza de los bienes (en especial, su peso elevado, volumen considerable o fragilidad particular, o incluso exigencias particularmente complejas relacionadas con su envío) como a la finalidad que tuvieran para los consumidores medios (en especial las vinculadas a su instalación previa), su expedición a los domicilios sociales respectivos de los vendedores podría constituir para dichos consumidores un inconveniente mayor”; y, en otros, sin embargo, -piénsese, por ej., en bienes compactos que no requieran manipulación especial ni una forma específica de transporte- la expedición al domicilio social del vendedor no puede constituir un inconveniente mayor para esos mismos consumidores.

¹⁴⁶ JUR 2011\13089.

¹⁴⁷ L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La falta...*, *op. cit.*, p. 156, por su parte, refiriéndose al art. 9.1, párrafo 2º de la hoy derogada Ley 23/2003 –cuyo tenor era idéntico al del actual art. 123.1, párrafo 2º–, considera que esta remisión podría interpretarse como una ampliación del plazo de garantía legal para el caso de que, una vez producida la entrega del nuevo bien, ya hubiese transcurrido el plazo de dos años, de modo que el consumidor dispondría de seis meses más, salvo prueba en contrario por parte del vendedor.

o sustitución, “*justificación documental de la entrega del producto, en la que conste la fecha de entrega y la falta de conformidad que origina el ejercicio del derecho*”. Una vez reparado o sustituido el producto, el vendedor entregará al consumidor o usuario, junto al mismo, “*justificación documental de la entrega en la que conste la fecha de ésta y, en su caso, la reparación efectuada*” (art. 123.3). Algo diferentes son las cosas en Portugal. De entrada, el DL 67/2003 diferencia, como veremos más adelante, entre plazo de garantía y plazo de ejercicio de los derechos que reconoce a los consumidores; por lo que se refiere a la reparación y la sustitución conviene tener presente que, tras la reforma operada por el DL 84/2008: 1) en su art. 5.7, declara la suspensión del plazo de garantía, desde la fecha en que se denuncia la falta de conformidad, durante el tiempo en que el consumidor se encuentre privado del uso de los bienes y, en su art. 5.A.4º, declara la suspensión del cómputo de los plazos de ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor durante el tiempo en que éste se encuentra privado del bien a fin de que se lleve a cabo la reparación o se le entregue otro en sustitución del primero, plazos regulados en el art. 5.A.3¹⁴⁸; 2) a diferencia de lo que sucede en España, el DL aclara perfectamente que, en el caso de que se opte por la sustitución, el bien sustituto goza de un plazo de garantía de dos o cinco años (según se trate de bien mueble o bien inmueble) a contar desde su entrega (art. 5.6) y no exige al vendedor que entregue justificante alguno en que quede constancia de la fecha en que consumidor y vendedor proceden respectivamente a entregar el producto (cuando ejercita el derecho, el primero; y cuando entrega el bien reparado o el bien sustituto, el segundo).

64. La Directiva (UE) 2019/771 no hace referencia alguna a esta cuestión; sería deseable que el legislador español, al trasponer la Directiva, aprovechara para aclarar si, en el caso de la sustitución, el plazo de garantía ha de computarse íntegramente desde el momento de la entrega del bien de sustitución o si continúa por el tiempo que falte por consumir de la garantía inicial.

65. El art. 120 c) TRLGDCU contempla además una garantía legal específica para la reparación: quedan garantizados los defectos reparados durante los seis meses posteriores a la entrega del producto reparado, presumiéndose que estaríamos ante la misma falta de conformidad si se reprodujesen en el bien defectos del mismo origen que los inicialmente manifestados¹⁴⁹; no hay acuerdo en la doctrina en relación a la necesidad de cumplir en este plazo el plazo de denuncia de dos meses previsto en el art. 123.4. Esta garantía legal no se contempla, sin embargo, en la disposición lusa ni tampoco en la Directiva (UE) 2019/771.

66. Si concluida la reparación y entregado el producto, éste sigue siendo no conforme con el contrato, en España, el consumidor y usuario podrá exigir la sustitución del producto, salvo que esta opción resulte desproporcionada [véase SAP de Murcia, sección 4ª, de 4 de abril de 2013¹⁵⁰], u optar por alguno de los remedios subsidiarios [art. 120 d) TRLGDCU]; en nuestro país vecino, aunque el DL no lo dice expresamente, la doctrina conviene que podrá optar inmediatamente por cualquier otro de los remedios previstos en la ley, particularmente la resolución del contrato¹⁵¹. Esto mismo se infiere del art. 13.4b) de la Directiva (UE) 2019/771 al permitir acudir a los remedios subsidiarios cuando subsista la falta de conformidad a pesar del intento del vendedor de poner los bienes en conformidad y del empleo de la conjunción disyuntiva “o” en art. 13.3 a)¹⁵².

¹⁴⁸ El art. 5.7 DL 67/2003 no hace referencia a ningún remedio en particular. Desde el momento en que el consumidor comunica al vendedor la falta de conformidad del bien con lo estipulado en el contrato, se suspende el plazo, volviendo a contarse cuando el bien –ya conforme– es nuevamente entregado al consumidor. Esta norma realmente se aplica sólo cuando el consumidor opta por la reparación o por la rebaja en el precio (en este último caso, el bien habrá sido entregado al vendedor para que valore la falta de conformidad). Para el supuesto de la sustitución, hay que atender al art. 5.6 del referido texto normativo.

¹⁴⁹ Véase, por ejemplo, SAP de Madrid, Sección 14ª, de 2 febrero de 2016 (*JUR* 2016/74415).

¹⁵⁰ *AC* 2013\1098.

¹⁵¹ En tal sentido puede verse, J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 227 y 228.

¹⁵² Incide también en esta cuestión M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (*LA LEY* 8329/2019): “La norma actual es clara en el sentido de que basta que el vendedor no repare (o sustituya) o repare (o sustituya) pero el bien siga siendo no conforme, para tener vía libre a los remedios subsidiarios. Por tanto, una única petición de reparación o sustitución infructuosa abre la vía a la rebaja del precio o la resolución; aunque, en determinados casos (pe., bienes caros o complejos), puede estar justificado permitir al vendedor que vuelva a intentar subsanar la falta de conformidad (Considerando nº 52)”.

67. Con relación a la sustitución, conviene resaltar que “*sustitución del bien por otro de las mismas características*” no significa que haya de ser de idéntico modelo y marca; eso sería lo ideal, pero si resulta inviable por no fabricarse ya ese modelo, como sucede en el caso resuelto en España por la SAP La Rioja, sección 1ª, de 14 de diciembre de 2012¹⁵³ relativo a un coche que no arrancaba sin haber logrado determinar el origen del problema, siempre puede entregarse otro semejante, pues, cuando las marcas de vehículos dejan de fabricar un modelo, suelen sustituirlo por otro nuevo que viene a cubrir el mismo sector o gama que antes ostentaba el modelo sustituido.

b) Reducción del precio y resolución del contrato

68. El Ordenamiento español, en consonancia con la –insistimos- derogada Directiva 1999/44/CE, configura la reducción del precio y la resolución del contrato como remedios de carácter subsidiario. El art. 121 TRLGDCU legitima al consumidor para instar la reducción del precio de compra o, en su caso, la resolución del contrato únicamente en el caso de que no pueda exigir la reparación o la sustitución (por ser ambas imposibles o por existir desproporción en el sentido antes expresado) o en el supuesto de que tales pretensiones no hayan sido satisfechas adecuadamente por el vendedor (esto es, no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario). La concurrencia de alguna de estas circunstancias, lógicamente, tendrá que ser acreditada por parte del consumidor que pretende ejercitar estos remedios subsidiarios¹⁵⁴. El portugués, como hemos dicho, no jerarquiza los diferentes remedios con que cuenta el consumidor, operando como límites generales para todos ellos la imposibilidad y el abuso del derecho¹⁵⁵.

69. Conforme a la Directiva (UE) 2019/771, como avanzamos líneas atrás, estos remedios se configuran también como remedios de carácter subsidiario, a los que se puede recurrir en los siguientes casos (art. 13.4):

- a. el vendedor no ha llevado a cabo la reparación o la sustitución o, en su caso, no ha llevado a cabo la reparación o la sustitución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14, apartados 2 y 3, o el vendedor se ha negado a poner los bienes en conformidad con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del presente artículo¹⁵⁶;
- b. subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad;
- c. la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato de compraventa, o

¹⁵³ AC 2013\84.

¹⁵⁴ Véase, a estos efectos, la SAP de Palencia, sección 1ª, de 28 de diciembre de 2012 (*JUR* 2013/54528), en la que se procede a la resolución del contrato pues, tras haber sido reparada la escopeta y sustituida en dos ocasiones, no se había logrado la conformidad; la SAP de Navarra de 13 de febrero de 2014 (*AC* 2014/443) en la que se estima la resolución del contrato pues, con las reparaciones y adaptaciones correspondientes, no se habían solucionado los problemas de la prótesis; y la SAP de Las Palmas, Sección 3ª, de 19 enero de 2016 (*AC* 2016/915) en la que se rechaza la resolución al entender que el bien había sido reparado adecuadamente, el número de reclamaciones o averías no lo hacen disconforme para el uso para el que fue comprado y no resulta acreditado que, una vez reparado, constituya un peligro para la circulación propia o de terceros.

¹⁵⁵ En algunas resoluciones como el Ac. do TRP de 4 de noviembre de 2013 (processo: 4357/10.7TBGDM.P1) se señala que “Mesmo na venda de bens de consumo, o consumidor para ter direito a resolver o contrato defeituosamente cumprido pelo vendedor, terá de dar satisfação ao disposto no artigo 808º, 1, do C. Civil, que exige que o credor fixe um prazo para a obrigação em dívida seja cumprida (interpelação admonitória)”.

¹⁵⁶ Este inciso ha de ser necesariamente puesto en relación con la precitada STJUE (Sala Primera) de 23 mayo 2019 (*Caso C.f. contra Toolport GmbH*) (*TJCE* 2019/96). Tomando como base la Directiva 1999/44, señala que, en casos como el controvertido en el que los consumidores habían informado a los vendedores sobre la falta de conformidad de bienes adquiridos en una venta a distancia y habían puesto los bienes a disposición del vendedor en sus propios domicilios, y teniendo en cuenta que, en tales casos, el envío a los domicilios sociales de los vendedores podría suponer que los consumidores no quedarán libres de mayores inconvenientes, los consumidores tienen derecho a resolver el contrato, por no haberse “llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable, cuando los vendedores no hayan adoptado ninguna medida adecuada para proceder a dicha subsanación, incluida la de informar a los consumidores del lugar en que los bienes debían ponerse a su disposición a tal fin”. Termina el TJUE recordando a los tribunales nacionales su deber de garantizar el derecho de dichos consumidores a la resolución del contrato.

- d. el vendedor ha declarado, o así se desprende claramente de las circunstancias, que no pondrá los bienes en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor.

70. La acción de reducción de precio o “*quanti minoris*” constituye una de las posibilidades que ofrece el Derecho común español de la compraventa al comprador para reaccionar ante la entrega de un bien con vicios ocultos. La resolución, por su parte, constituye un modo de extinción de la relación obligatoria; produce efectos *ex tunc* y conlleva la devolución recíproca de las prestaciones (con intereses y frutos, salvo que se trate de una relación de tracto sucesivo) así como de los gastos del contrato y una indemnización por los daños y perjuicios en el caso de que el comprador los hubiese padecido por causa del vendedor¹⁵⁷. Para que prospere la resolución, según el Ordenamiento español (art. 121 *in fine* TRLGDCU) pero no según el portugués -pues no se traspuso allí la Directiva comunitaria en este extremo-, es necesario que la falta de conformidad no sea de escasa importancia. Defecto de escasa importancia sería aquel que constituye una violación leve e insustancial de la obligación de conformidad; en otras palabras, una falta de conformidad que, teniendo en cuenta las características del bien y la finalidad perseguida por el comprador, convierta la resolución del contrato en abusiva e injustificada. Ahora bien, el hecho de que este requisito no se plasmara en el Ordenamiento luso tiene escasa trascendencia práctica pues la exigencia de la resolución del contrato por parte del consumidor cuando la falta de conformidad es de escasa importancia bien puede reconducirse a la figura del abuso del derecho¹⁵⁸. En el art. IV.A.-4:201 MCR, la resolución no se configura como remedio subsidiario, pudiéndose acceder a él, a menos que se trate de una “*falta de conformidad sin trascendencia suficiente*”.

71. Esa falta de conformidad, con suficiente entidad, lógicamente, no puede ser gratuita o arbitrariamente invocada por el adquirente, sino que ha de quedar cumplidamente acreditada¹⁵⁹.

72. En esta misma línea se mantiene la Directiva (UE) 2019/771 al establecer en su art. 13.5: “*el consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato cuando la falta de conformidad sea leve*”. Ahora bien, dicho precepto puntualiza a continuación que “*La carga de la prueba de que la falta de conformidad es leve corresponderá al vendedor*”.

73. Llegados a este punto, a título ilustrativo, cabe señalar que nuestra jurisprudencia ha considerado que estábamos ante un defecto de escasa importancia, por ej., cuando el sistema eléctrico de una motocicleta contaba con un fusible de potencia inferior a la recomendada por el fabricante [SAP Granada, sección 4ª, de 3 de Octubre de 2007¹⁶⁰]¹⁶¹ o cuando el vehículo tenía incorporado un dispositivo de desactivación prohibido que falseaba los resultados al hacer que el motor adecuase su rendimiento durante las pruebas a lo preciso para cumplir la normativa de emisiones, mientras que fuera del funcionamiento en ciclo de homologación los ajustes del motor eran otros [SAP Cantabria, Sección 2ª, de 22 de enero de 2018¹⁶² y de 13 marzo de 2018¹⁶³ ¹⁶⁴] pero no cuando la falta de conformidad derivaba de las vibraciones experimentadas por el motor de un coche de alta gama a partir de los 80 km/h [SAP de Castellón, sección

¹⁵⁷ Un pormenorizado estudio de la resolución puede verse en N. FENOY PICÓN, “La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del CC y del artículo 121 del texto refundido de consumidores”, *ADC*, T. LXII, nº 1, 2009, pp. 211-334.

¹⁵⁸ Como señala J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 231, “a exigência de resolução do contrato face a uma falta de conformidade insignificante dificilmente não representa o exercício ilegítimo de um direito, por o consumidor exceder manifestamente os limites impostos pela boa-fé, resolvendo-se assim a questão em sede de abuso de direito”.

¹⁵⁹ Así lo pone de relieve, por ejemplo, la SAP de Madrid, Sección 9ª, de 29 julio de 2014 (*JUR* 2014\286523).

¹⁶⁰ *AC* 2007\2021.

¹⁶¹ La SAP de Madrid, Sección 14ª, de 2 febrero de 2016 (*JUR* 2016\74415) entiende también que no estamos ante un defecto de entidad suficiente para justificar la resolución del contrato por cuanto “el defecto probado asciende a la suma de 1876’58 €, IVA incluido, sobre el precio del vehículo de 9.500 €”.

¹⁶² *AC* 2018/195.

¹⁶³ *AC* 2018/183.

¹⁶⁴ En estos casos, no se había interesado por el consumidor la reparación, que era el remedio que mejor se ajustaba a la realidad de los hechos una vez comprobado que la medida de eliminación del dispositivo propuesta sin coste para el cliente

3ª, de 28 de noviembre de 2005¹⁶⁵] o de las vibraciones y ruidos anómalos producidos al usar el embrague de otro [SAP de Zaragoza, sección 4ª, de 14 de febrero de 2007¹⁶⁶] o de la emisión de CO² en concentraciones superiores a lo permitido que comportaba la completa inhabilidad de otro para circular por las vías públicas [SAP de Las Palmas, sección 4ª, de 14 de junio de 2012¹⁶⁷]¹⁶⁸ o de un fallo en el sistema de frenado ABS de una motocicleta [SAP de Ciudad Real, Sección 1ª, de 7 marzo de 2014¹⁶⁹] o de las manipulaciones realizadas con la intención evidente de falsear los parámetros del vehículo [SAP de Las Palmas, Sección 5ª, de 19 julio de 2018¹⁷⁰]¹⁷¹; tampoco cuando, pudiendo pensarse que las faltas de conformidad en la compra de un mueble-librería con vitrina son sólo de remate y acabado y no afectan a la estructura y utilidad del bien, los defectos son generalizados (astillamientos, faltas de pintura...) y el bien se adquirió fundamentalmente como objeto de adorno y embellecimiento [SAP de Madrid, sección 18ª, de 23 de julio de 2012¹⁷²]. La existencia de una falta de conformidad de escasa importancia late también en el supuesto que da origen al planteamiento de la cuestión prejudicial por el Juzgado de 1ª instancia nº 2 de Badajoz, resuelta por el TJCE (Sala Primera) en la Sentencia de 3 de Octubre de 2013 (*caso Duarte Hueros vs Autociba y Citroën España*)¹⁷³ en la que se declara que la Directiva se opone a la normativa de un Estado miembro «que, cuando un consumidor que tiene derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien se limita a reclamar judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa, resolución que no va a ser acordada porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, no permite que el juez nacional que conoce del asunto reconozca de oficio la reducción del precio, y ello a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda». La aplicación de esta doctrina permite al juez reconocer de oficio la reducción del precio a pesar de que el consumidor no la hubiera ejercitado con carácter subsidiario. Dicho esto, ¿cómo se concreta el alcance de la acción “*quanti minoris*”? “*La rebaja del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el producto hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el momento de dicha entrega*”, dice el art. 122 TRLGDCU y art. III.-3:601 (1) MCR). Similar, aunque no idéntica, es la redacción dada al art. 15 de la Directiva (UE) 2019/771: “*La reducción del precio será proporcionada a la disminución del valor de los bienes recibidos por el consumidor en comparación con el valor que tendrían si fueran conformes*”. El DL 67/2003 no contiene previsión alguna en relación a la determinación de esa rebaja del precio. La doctrina considera que debe realizarse acudiendo a criterios objetivos. A falta de otros criterios, cabría aplicar las reglas contenidas en el CCPort en relación a la reducción del precio en caso de venta que queda reducida a una parte del objeto (art. 884 CCPort), venta de bienes gravados (art. 911 CCPort) o obra defectuosa (art. 1222 CCPort)¹⁷⁴. “*A redução do preço –afirma MORAIS CARVALHO– corresponde ao valor da desvalorização do bem, tendo em conta a desconformidade com o contrato, ou da utilidade patrimonial ainda assim retirada do que foi prestado. A aplicação da percentagem ao preço efetivamente pago (independentemente de esse preço corresponder ou não, nesse momento, ao preço de mercado) determina o valor da redução, devendo o vendedor restituir montante correspondente na consequência do exercício do direito pelo consumidor*”¹⁷⁵.

y con una duración aproximada de cuarenta minutos había obtenido la legalización de las autoridades competentes, y no se justificaba alteración consiguiente del consumo, potencia o seguridad.

¹⁶⁵ AC 2006/219.

¹⁶⁶ JUR 2007/254577.

¹⁶⁷ JUR 2012/299750.

¹⁶⁸ La SAP de Cáceres, Sección 1ª, de 22 de enero de 2019 (AC 2019/317) ha estimado procedente –y razonable– la resolución en un supuesto en que la avería que presentaba el vehículo (fallo en la junta de culata, cuyo origen fue un sobrecalentamiento) era preexistente a la venta del referido vehículo automóvil y el vendedor no se ofreció a repararlo hasta transcurridos diez meses desde la compra; la tramitación de un proceso penal por un presunto delito de estafa no era motivo para que la demandada no atendiera la reparación del vehículo.

¹⁶⁹ AC 2014/357.

¹⁷⁰ AC 2018/1713.

¹⁷¹ Otros ejemplos pueden verse en SAP de Vizcaya, Sección 4ª, de 22 junio de 2017 (JUR 2017/232438).

¹⁷² JUR 2012/318352.

¹⁷³ JUR 2013/308973.

¹⁷⁴ Así lo entiende J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 232, siguiendo a MATTAMOUROS REZENDE.

¹⁷⁵ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 232 y 233 apoya su argumentación en las opiniones vertidas por BAYÃO DE SÁ GOMES, MATTAMOUROS REZENDE, TEIXEIRA DE SOUSA y DE GRAVATO MORAIS. Nuestro autor insiste en la idea de que este remedio

74. A la resolución, a nuestro modo de ver, debe resultar aplicable también la doctrina sentada por la Sentencia Quelle antes citada (aunque relativa a la sustitución), cuando se estime la acción de resolución y se pretenda por el vendedor una reducción del precio a devolver al consumidor alegando el uso del bien realizado por éste¹⁷⁶. No son admisibles pronunciamientos como el de la AP de Castellón, sección 3ª, en Sentencia de 28 de noviembre de 2005¹⁷⁷, en el que, tras estimar la acción de resolución, redujo el montante del precio que debía devolver el vendedor atendiendo al uso que el consumidor había disfrutado del bien (un coche) durante dos años, o el de la AP de Madrid, Sección 14ª, en Sentencia de 2 febrero de 2016¹⁷⁸, en el que, optando el tribunal por la rebaja del precio, afirma: “incluso de reputar procedente la resolución, no sería adecuada la restitución íntegra del precio. Pues la parte demandante ha dispuesto ininterrumpidamente de la posesión y disfrute del turismo, desde Mayo de 2009 hasta la interposición de la demanda, y no ha desplegado prueba alguna tendente a acreditar que el vehículo no fuera apto para circular, o que no lo fuera mediante la reparación de la única deficiencia constatada, consistente en pérdidas de aceite. Y son numerosas las resoluciones judiciales que moderan la consecuencia de restitución íntegra del precio en atención al rendimiento obtenido por el consumidor por la utilización del bien, sobre todo cuando es por tiempo prolongado, pese a su falta de conformidad, con fundamento en la equidad o en la doctrina del enriquecimiento injusto, y con apoyo en la Directiva 1999/44/CEE, que en el considerando 15 de su Preámbulo dispone que los Estados miembros podrán establecer que se pueda reducir el importe de la restitución al consumidor teniendo en cuenta el uso que éste haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado”¹⁷⁹. Varias son las razones que nos llevan a defender nuestra postura:

- la resolución, al igual que la sustitución, es un remedio que la ley pone a disposición del consumidor y deberá instarse en el plazo de tres años desde la entrega del bien, siempre y cuando la falta de conformidad se manifieste en el plazo de dos años desde la entrega; la única diferencia reside en que tiene un carácter subsidiario y, para que prospere, es necesario que la falta de conformidad no sea leve. Como acertadamente pone de relieve JUÁREZ TORREJÓN, “el juicio de *proporcionalidad* sólo está referido a la exigencia de reparación o de sustitución del productor”; el único límite que opera en relación a la resolución es que la falta de conformidad no sea de escasa importancia. Pero, aunque “se entendiera aplicable el requisito de la *proporcionalidad* de la resolución como algo distinto a que la falta de conformidad que la motiva no sea leve, si en un caso dado se entendiera que la resolución no es proporcionada, la consecuencia sería *impedir la resolución*, y no reducir el importe del precio a devolver por el vendedor profesional como consecuencia de dicha resolución”¹⁸⁰.
- El Considerando nº 15 Directiva 1999/44/CE, efectivamente reza: “*Considerando que los Estados miembros podrán establecer que se pueda reducir el importe de la restitución al consumidor teniendo en cuenta el uso que éste haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado; que la legislación nacional puede fijar las modalidades de resolución de los contratos*”. Ahora bien, el considerando no tiene carácter normativo¹⁸¹; sirve para interpretar

precisa un mayor diálogo entre las partes pues ha de ser cuantificado. Advierte, además, que el derecho a la rebaja del precio puede ejercitarse varias veces en el caso de que sean varias las faltas de conformidad con lo estipulado en el contrato y que, si las partes así lo acuerdan, nada impide que este remedio pueda concurrir con la reparación o la sustitución del bien. En caso de desacuerdo, no se pueden ejercitar cumulativamente varios de los derechos legalmente reconocidos salvo el relativo a la indemnización.

¹⁷⁶ Así se infiere también de la jurisprudencia portuguesa. Véase Ac. do TRL de 6 de diciembre de 2011 (processo: 850/10.0YXLSB.L1-7). En la doctrina en cambio, J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, op. cit. p. 85, parece adoptar la postura contraria.

¹⁷⁷ AC 2006\219.

¹⁷⁸ JUR 2016\74415.

¹⁷⁹ N. FENOY PICÓN, “La entidad...”, op. cit., p. 287 y 288, nota al pie nº 174 c) se hace eco de varias sentencias en las que nuestras AP han abordado las consecuencias restitutorias y liquidatorias derivadas de los remedios del art. 11.3 de la derogada Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios BOE nº 176, de 24 de julio de 1984, que no consideramos oportuno reproducir aquí por ser anteriores a la transposición de la Directiva 1999/44/CE.

¹⁸⁰ A. JUÁREZ TORREJÓN, *La protección...*, op. cit., p. 360 y 361.

¹⁸¹ Como señala F. PASCUA MATEO, “La técnica normativa en el sistema jurídico comunitario”, *Cuadernos de Derecho Público*, nº 28, mayo-agosto, 2006, p. 149, en los considerandos “se lleva a cabo el deber de motivación de los actos comunitarios”. Dicho deber -como proclamó el TJCE en su Sentencia de 4 de julio de 1963 (asunto 24/62), -sigue diciendo- “tiene por objeto, dar a conocer a los Estados miembros y a toda persona interesada las condiciones en que el autor del acto ejerció la competencia

las normas de la Directiva y, en el caso que nos ocupa, daría pie a que nuestro legislador interno regulara esta cuestión pero ni en el TRLGDCU ni en el DL 67/2003 se contempla la posibilidad de rebajar el importe de la restitución en atención al uso que el comprador/consumidor haya hecho desde el momento de la entrega del bien. Además, hay que tener en cuenta dos factores: 1) la jerarquización de los remedios: en el modelo español, cuando el consumidor insta la resolución, tiene que haber intentado previamente que el bien sea puesto en conformidad mediante la reparación o la sustitución; en numerosas ocasiones, el consumidor ha estado privado del bien como consecuencia de sus reiteradas entradas en el “taller” o el bien ni siquiera resultaba apto para su uso normal o para el que lo había adquirido el consumidor. ¿Cabe realmente una reducción del precio a restituir apelando al uso que se ha hecho del bien o la depreciación del mismo –piénsese en un coche- al salir del concesionario? ¿Acaso no tienen el mismo fundamento ambos remedios? 2) el único legitimado para solicitar una indemnización por daños y perjuicios con base en las normas generales es el contratante cumplidor que insta la resolución, que, en nuestro caso, es el propio consumidor; él es quien está sufriendo las consecuencias de la entrega de un bien no conforme; admitir, pues, una rebaja del precio a restituir por el vendedor viene a ser una suerte de indemnización para él.

La nueva Directiva (UE) 2019/771 no arroja demasiada luz sobre este particular pues en el Considerando nº 47, haciéndose eco de la Sentencia del Caso Quelle, señala: *“Cuando el vendedor restablezca la conformidad del bien mediante una sustitución, el consumidor no debe estar obligado a pagar por el uso normal de los bienes antes de que hayan sido sustituidos. El uso de los bienes debe considerarse normal cuando sea acorde con la índole y la finalidad de los bienes”*; en el Considerando nº 59, refiriéndose a la resolución, dice simplemente: *“Cuando el consumidor resuelva el contrato debido a una falta de conformidad, la presente Directiva debe establecer únicamente los principales efectos y modalidades del derecho de resolución, en particular la obligación para las partes de restituir lo que hayan recibido. De esta forma, el vendedor debe estar obligado a reembolsar el precio recibido del consumidor y el consumidor a restituir los bienes”*; por último, en el Considerando nº 60, afirma: *“La presente Directiva no debe afectar a la facultad de los Estados miembros de regular las consecuencias de la terminación del contrato que no sean las establecidas en la presente Directiva, como por ejemplo las consecuencias de la disminución del valor de los bienes o de su destrucción o pérdida. Asimismo, los Estados miembros deben poder regular las modalidades del reembolso del precio al consumidor, por ejemplo, las modalidades relativas a los medios utilizados para dicho reembolso o los posibles costes y tasas que se hayan pagado como consecuencia del reembolso. Los Estados miembros deben también, por ejemplo, tener la facultad de establecer determinados plazos para el reembolso del precio o la devolución de los bienes”*. El carácter general que se observa en este considerando nos hace pensar que el legislador comunitario pretende mantener el criterio manifestado en la Directiva 1999/44/CE pero, en esta ocasión, no hay referencia expresa al uso del bien en el marco de la resolución. En el caso de España, a los deberes de liquidación y restitución que derivan de la resolución, les resulta aplicable lo dispuesto en el art. 1123 CC¹⁸², precepto previsto para las genuinas condiciones resolutorias y que remite, a su vez, al art. 1122 CC, en el que se habla de la pérdida, deterioro o mejora de la cosa pero no del uso que se haya hecho de la misma. Pues bien, si nuestro consumidor -que ha adquirido un coche no conforme- debe restituirlo por resultar procedente la resolución del contrato y el coche se ha depreciado sin que concurra su culpa (todos los coches se deprecian al salir del concesionario), a tenor de lo dispues-

relativa al acto en cuestión y conceder la posibilidad a las partes de un litigio de defender sus derechos, así como, al Tribunal de Justicia, la de efectuar su control jurisdiccional. Dicha motivación (...) no ha de entenderse como un simple ritual, sino que ha de ser capaz de proporcionar a los operadores jurídicos las razones de fondo, tanto de hecho como de derecho, que han llevado a tomar las principales decisiones tomadas, sobre todo en aquellas cuestiones que pueden ser objeto de control por parte del Tribunal de Justicia”.

¹⁸² Así lo pone de relieve L. Díez-PICAZO, *Fundamentos de Derecho civil Patrimonial, II, Las relaciones obligatorias*, Madrid, 1996, p. 723, indicando que, por término general, el contenido del deber de restitución se refiere a los mismos bienes que hubieran sido objeto de prestación y se trata de una restitución específica o *in natura*. Ahora bien, cuando no resulte posible restituir el bien *in natura*, la restitución deberá realizarse mediante equivalente pecuniario.

to en el art. 1123 CC¹⁸³, hay que aplicarle las disposiciones que respecto al deudor contiene el art. 1122 CC. En su apartado 3º, este precepto determina que “*cuando la cosa se deteriora sin culpa del deudor, el menoscabo es de cuenta del acreedor*”; sobre esta base, entendemos que en el supuesto planteado no podrá verse reducido el importe del precio que ha de devolver el vendedor. Por lo que se refiere al deterioro del bien, no ponemos en duda que pueda producirse como consecuencia del uso del bien; mas, también puede deberse a la propia falta de conformidad del bien. Por eso y en virtud de todo lo expuesto, consideramos que, en la venta de bienes de consumo, la regla a aplicar en relación al uso del bien ha de ser idéntica se ejercite el remedio que se ejercite, siempre que nos movamos dentro de los plazos previstos en la normativa de protección del consumidor. Distinto sería el supuesto en que se pretendiera resolver el contrato acudiendo al art. 1124 CC, pues el plazo para ejercitar la acción resolutoria, en ese caso, sería de cinco años desde que se produjo el incumplimiento (art. 1964 CC).

75. El matiz que presenta la normativa portuguesa a este respecto reside en que su art. 4.4 DL 67/2003 establece: “*Os direitos de resolução do contrato e de redução do preço podem ser exercidos mesmo que a coisa tenha perecido ou se tenha deteriorado por motivo não imputável ao comprador*”. Esa disposición –que no encuentra otra paralela en nuestro TRLGDCU– se aplica en el caso de que el bien no sea conforme con el contrato por causa distinta al perecimiento o deterioro del bien y, durante el periodo en que se revela la falta de conformidad, el bien peca o se deteriora. Lo que la norma viene a establecer es que, en este caso, el riesgo corre de cuenta del vendedor desde el momento en que se manifiesta la falta de conformidad. Según la doctrina de nuestro país vecino, la referencia a la imputabilidad de la pérdida o deterioro del bien a una de las partes resulta innecesaria toda vez que la duda no existe en aquellos casos en que no es imputable a ninguna de ellas¹⁸⁴. Se aparta así de lo previsto en el art. 432.2 CCPort, según el cual: “*A parte, porém, que, por circunstâncias não imputáveis ao outro contraente, não estiver em condições de restituir o que houver recebido não tem o direito de resolver o contrato*”. En consecuencia, si el bien no conforme con el contrato pereciera o se deteriorase (o fuese robado) después de la denuncia y antes de la puesta en conformidad por parte del vendedor, el consumidor puede resolver el contrato, salvo en el caso de que dicha pérdida o deterioro le resulte imputable¹⁸⁵.

76. Por lo demás, lo que el vendedor debe devolver es el precio del producto; no resulta admisible la entrega de “vales” para adquirir otros productos por el valor de la cantidad que debe ser devuelta pues con tal operación se limita, además, la libertad de compra del consumidor¹⁸⁶.

77. En el caso de que el vendedor hubiera concertado como tomador una póliza de seguro para cubrir la garantía, no será necesario demandar a ambos. La SAP de Asturias, sección 5ª, de 10 de marzo de 2014¹⁸⁷ aclara en este sentido que, no discutiéndose la existencia de la garantía y que la misma fue asegurada por la demandada sino la existencia de la avería y la responsabilidad de la demandada, no

¹⁸³ Art. 1123 CC: “*En el caso de pérdida, deterioro o mejora de la cosa, se aplicarán al que deba hacer la restitución las disposiciones que respecto al deudor contiene el artículo precedente*”.

¹⁸⁴ Así lo pone de relieve J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 231.

¹⁸⁵ Véase el Ac. do TRL de 27 de mayo de 2004 (processo: 3288/2004-2). Al hilo de las consecuencias restitutorias y liquidatorias de la resolución en nuestro país vecino cabe traer a colación también el Ac. do TRC de 12 de abril de 2018 (processo: 88/16.2T8TBU.C1) en la que se señala que “*Decretada a resolução de contrato de venda de veículo automóvel cujo preço foi, quase totalmente, pago através da permuta com outro veículo, a justa composição dos interesses alcança-se pela obrigação de restituição dos veículos pelo seu valor actual, repondo-se pelo diferencial do preço*”.

¹⁸⁶ En este sentido se pronuncia nuestra jurisprudencia menor. Sirvan como ejemplo las SAP de Cantabria, sección 4ª, de 6 de mayo de 2005 (AC 2005\1834), SAP de Zamora, sección 1ª, de 13 de septiembre de 2005 (JUR 2005\219897), SAP de Huesca, sección 1ª de 11 de julio de 2007 (JUR 2007/307663), SAP Vizcaya, sección 1ª, de 2 de julio de 2008 (JUR 2008/390266), SAP de Toledo, sección 2ª, de 10 junio de 2010 (JUR 2010\267416).

En el ámbito doctrinal, algunos autores como J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, op. cit., p. 1691, admiten la entrega de “vales” de compra canjeables por productos del propio establecimiento o cadena comercial, como solución amistosa, “siempre y cuando quede suficientemente claro que el comprador tendrá también plena libertad para ejercitar cualquiera de las otras opciones que le reconoce la garantía legal de conformidad” (reparación o sustitución, en primer término, y reducción del precio o resolución, en segundo lugar).

¹⁸⁷ JUR 2014/92353.

concurrer los presupuestos para apreciar la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario; y ello, aunque la acción pudiera dirigirse no sólo frente al vendedor sino también frente a la aseguradora.

78. La Directiva (UE) 2019/771 dedica a la resolución no sólo el art. 13.5, sino también el art. 16, cuyo variado contenido no existía en la Directiva 1999/44/CE. Veamos cuáles son las novedades que introduce:

- a. Admite el ejercicio extrajudicial de la resolución; de acuerdo con lo previsto en el art. 16.1, el derecho a resolver el contrato se ejercita “*mediante una declaración al vendedor en la que expresa su decisión de resolver el contrato de compraventa*”.
- b. Regula de forma específica la resolución cuando, habiéndose vendido varios bienes, solo alguno o algunos de ellos no son conformes; según el art. 16.2, en estos casos, el consumidor –como regla general– sólo puede resolver el contrato en relación con los bienes no conformes (resolución parcial)¹⁸⁸; ahora bien, admite la resolución de todo el contrato cuando no se pueda “*razonablemente esperar que el consumidor acepte conservar únicamente los bienes conformes*”.
- c. Regula los efectos típicos de la resolución (art. 16.3): a) el consumidor restituirá los bienes al vendedor “*a expensas de este último*” (es, por tanto, el vendedor quien asume el coste de la restitución); y b) “*el vendedor reembolsará al consumidor el precio pagado por los bienes tras la recepción de estos o de una prueba, aportada por el consumidor, de que los ha devuelto*”¹⁸⁹. La Directiva termina señalando que “*los Estados miembros podrán determinar las modalidades de devolución y reembolso*”.

E) Plazos¹⁹⁰

a) Plazo de garantía

79. En España, el art. 123 TRLGDCU delimita, en primer término, el plazo durante el que han de manifestarse los defectos de los bienes adquiridos por el consumidor para que el vendedor responda por la falta de conformidad: dos años desde la entrega, la cual se entiende hecha, según el art. 123.2, en el día que figure en la factura o tique de compra, o en el albarán de entrega correspondiente si éste fuera posterior, salvo prueba en contrario¹⁹¹. Tratándose de productos de segunda mano, este plazo puede ser menor si vendedor y consumidor así lo pactaran en el caso concreto, pero en ningún caso podrá ser inferior a un año desde la entrega; en defecto de pacto, la jurisprudencia entiende aplicable el plazo de dos años aunque se trate de bienes usados [Véase SAP Lleida, sección 2ª, de 22 de marzo de 2007¹⁹²]. Estos plazos coinciden con los previstos en nuestro país vecino en los art. 5.1 y 5.2 DL 67/2003 en relación a los bienes muebles¹⁹³; ahora bien, como allí también los bienes inmuebles pueden ser bienes de consu-

¹⁸⁸ A pesar de que el TRLGDCU no contemplaba la posibilidad de solicitar la resolución parcial, en nuestra doctrina, autores como J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, p. 1710, no dudaban en admitirla; no obstante, estimaban necesario establecer algunos límites para el caso de que la venta se refiriese a un único objeto que resultara defectuoso sólo parcialmente. Dichos límites residirían en que: 1) el objeto, aunque tenga su propia individualidad, ha de estar compuesto por distintas partes separables entre sí; y 2) esas partes han de ser susceptibles de un aprovechamiento parcial por el comprador.

¹⁸⁹ Estas dos obligaciones restitutorias –añade- M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019)- “deben cumplirse simultáneamente”; en consecuencia, “el vendedor puede suspender su obligación de devolver el precio en tanto el consumidor no le restituya a él el bien”.

¹⁹⁰ En relación a los plazos, resulta de sumo interés M.D. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, “Los plazos en la compraventa de consumo. Estudio comparativo de la cuestión en el Derecho español y portugués”, en *Estudos de Direito do Consumidor*, nº 6, Coimbra, Centro de Estudos do Consumo, 2004, pp. 151-202, un estudio de Derecho comparado en el que la autora analiza en profundidad este aspecto en la hoy derogada Ley 23/2003 española y el DL 67/2003 portugués.

¹⁹¹ Aunque la factura tenía fecha anterior (28 de junio de 2011), la SAP de Córdoba, Sección 1ª, de 19 junio de 2017 (AC 2017/1186) entendió que la real y efectiva puesta en marcha, es decir, el momento en que puede considerarse que la máquina de aire acondicionado se encontraba con un funcionamiento adecuado a su finalidad se produce el 21 de julio de 2011.

¹⁹² JUR 2007/136790.

¹⁹³ Con relación a los bienes de segunda mano, la jurisprudencia lusa insiste en la idea de que el consumidor no puede pres-

mo el precepto en cuestión –el referido art. 5.1- fija un plazo de garantía en relación a estos últimos de cinco años a contar desde la entrega¹⁹⁴. Lo que no aclaran los preceptos lusos es el momento en que ha de entenderse hecha la entrega¹⁹⁵. El art. IV.A.-2:308 (1) MCR determina, con carácter general, que “*el vendedor es responsable de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador; aun cuando esa falta de conformidad sólo se manifieste después de ese momento*”; no concreta, sin embargo, el plazo en que ha de manifestarse el defecto.

80. La Directiva (UE) 2019/771 no presenta cambios a este respecto; los art. 10.1 y 10.6 mantienen los plazos de garantía de dos años (con carácter general) y un año como mínimo para los bienes de segunda mano. La novedad reside en que precisa que lo dispuesto en el art. 10.1 se aplica también a los bienes con elementos digitales, sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 7.3. Con relación a estos bienes (bienes con elementos digitales- determina que “*cuando el contrato de compraventa establezca el suministro continuo de los contenidos o servicios digitales durante un período, el vendedor también será responsable por cualquier falta de conformidad de los contenidos digitales o servicios digitales que se produzca o se manifieste en el plazo de dos años a partir del momento de la entrega de los bienes con elementos digitales. Cuando el contrato establezca el suministro continuo durante más de dos años, el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos digitales o servicios digitales que se produzca o se manifieste dentro del plazo durante el cual deben suministrarse los contenidos digitales o servicios digitales con arreglo al contrato de compraventa*”. La Directiva, no obstante, permite a los Estados miembros adoptar plazos más largos que los indicados en los apartados 1 y 2 (art. 10.3).

81. Llegados a este punto, no podemos dejar de llamar la atención sobre una práctica publicitaria que aún nos encontramos a veces en el día a día, en cuyo análisis no podemos detenernos en este trabajo; dicha práctica consiste en publicitar productos nuevos con un plazo de garantía inferior a los dos años. ¿Estamos ante una garantía adicional a la que nos referiremos después? ¿se trata de un supuesto de publicidad engañosa?¹⁹⁶

82. Por lo que se refiere a la carga de la prueba, a la vista de los referidos art. 123 TRLGDCU y 5 DL 67/2003, parece que el consumidor tendrá que probar que la falta de conformidad se ha producido dentro del periodo de dos años (cinco años en el caso de los bienes inmuebles en Portugal) desde la fecha de entrega del bien al consumidor y, lo que puede ser más complicado en la práctica, el carácter originario de la falta de conformidad (el consumidor tendrá que acreditar que la falta de conformidad verificada no se justifica en un suceso o actuación posterior a la entrega). De ahí la importancia, en España, de la presunción *iuris tantum* que –en consonancia con la Directiva Comunitaria 1999/44/CE

cindir de la totalidad del plazo de garantía pues, si así fuera, el plazo de garantía aplicable sería el de dos años. Véanse a estos efectos los Ac. do TRL de 8 de mayo de 2008 (processo: 3611/2008-6), TRP de 21 de enero de 2014 (processo: 1177/12.8T2O-VR.P1), TRC de 25 de octubre de 2011 (processo: 351/10.6TBPCV.C1).

La posibilidad de reducir el plazo de garantía en estos casos se ha justificado afirmando que las expectativas de los compradores, en estos casos, son más bajas; tal aseveración, sin embargo, resulta discutible para algunos autores quienes consideran que algunos bienes son valiosos precisamente por no ser nuevos y no cabe exigir una calidad menor. Es el caso de A. PRATA, “Venda de bens usados no quadro da Directiva 1999/44/CE”, *Themis: Revista de direito*, 2001, N° 4, p. 150.

¹⁹⁴ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 237, alude al supuesto en que el contrato se refiera a un elemento privativo de un inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal. Según este autor, en ese caso, el plazo, por lo que se refiere a los elementos comunes, ha de contarse desde el momento en que se verifica la última transmisión por parte del vendedor o del constructor. Si no fuera así y se considerase relevante el momento en que se constituye el régimen en cuestión, quedarían total o parcialmente desprotegidos todos aquellos que adquiriesen el inmueble con posterioridad. Aunque, en alguna sentencia como el Ac. Do STJ de 1 de junio de 2010, se ha señalado que esta extensión del plazo supone una prolongación intolerable de la garantía mientras el constructor conserve la propiedad de alguno de los elementos privativos, tal argumento no es decisivo en su opinión pues cualquier adquirente debe tener derecho a ejercitar los derechos que derivan de la falta de conformidad del inmueble en el plazo de 5 años (tal y como prevé el DL), se trate de un elemento privativo o se trate de un elemento común.

¹⁹⁵ A estos plazos les resultan aplicables las reglas sobre caducidad en base a lo dispuesto en el art. 298.2 CCPort, según el cual: “*Quando, por força da lei ou por vontade das partes, um direito deva ser exercido dentro de certo prazo, são aplicáveis as regras da caducidade, a menos que a lei se refira expressamente à prescrição*”.

¹⁹⁶ Analiza con cierto detenimiento esta cuestión J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, *op. cit.*, pp. 1713-1715.

(hoy derogada)- contiene el párrafo 2º del art. 123.1 TRLGDCU (“*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*”)¹⁹⁷ y de la prueba pericial. Apreciado el defecto dentro de los seis meses siguientes a la venta, en nuestro país se invierte la carga de la prueba siendo el vendedor quien debe probar que dicho defecto no era atribuible a un vicio oculto del bien sino a un comportamiento imputable al comprador¹⁹⁸. Distinto es el panorama que nos presenta en nuestro país vecino el DL 67/2003, cuyo art. 3.2 determina que “*As faltas de conformidade que se manifestem num prazo de dois ou de cinco anos a contar da data de entrega de coisa móvel corpórea ou de coisa imóvel, respectivamente, presumem-se existentes já nessa data, salvo quando tal for incompatível com a natureza da coisa ou com as características da falta de conformidade*”. Como vemos, el legislador portugués –apartándose de la solución ofrecida por la Directiva comunitaria- opta por equiparar el plazo de garantía legal –esto es, el plazo durante el cual el consumidor puede reaccionar ante la apreciación de una falta de conformidad- y el plazo en que ha de manifestarse la falta de conformidad para que se presuma existente al tiempo de la entrega del bien. Tal decisión trae consigo una importante consecuencia: en Portugal, el consumidor no tiene que probar el carácter originario de la falta de conformidad, es decir, su existencia al tiempo de la entrega. Mas, ¿a qué obedece esta decisión? ¿Puede reputarse correcta la trasposición realizada en Portugal en este punto? Para responder a la primera cuestión debemos remontarnos al Derecho portugués anterior a la referida norma comunitaria, el cual era más favorable para los consumidores: la *Lei de Defesa do Consumidor* (LCD), concretamente, preveía una “*garantía de bom estado e de bom funcionamento*” durante un año, prescindiendo del requisito de la falta de conformidad en el momento de la entrega, por lo que el establecimiento de una presunción que sólo jugaba cuando la falta de conformidad se manifestaba dentro de los seis meses posteriores a la entrega suponía una clara disminución de los derechos de los consumidores portugueses. La respuesta a la segunda pregunta ha de ser afirmativa por cuanto nos encontramos ante una Directiva de mínimos.

83. La Directiva (UE) 2019/771, por su parte, amplía a un año el plazo durante el cual se invierte la carga de la prueba; en este sentido, el art. 11.1 establece que “*Se presumirá que cualquier falta de conformidad que se manifieste en el plazo de un año a partir del momento de la entrega de los bienes, ya existía en el momento de la entrega de los bienes, salvo que se demuestre lo contrario o que esta presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o con la índole de la falta de conformidad*”, añadiendo que tal previsión se aplica también a los bienes con elementos digitales. No obstante, en su art. 11.2, permite a los Estados miembros “*mantener o introducir un plazo de dos años a partir de la fecha de entrega de los bienes*”. Este es, por tanto, otro de los puntos que habría que modificar en nuestro TRLGDCU.

84. La Directiva dedica finalmente un apartado específico a los bienes con elementos digitales para señalar que, “*cuando el contrato de compraventa prevea el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un período, la carga de la prueba respecto de si los contenidos o servicios digitales eran conformes durante el período indicado en el art. 10.2, recaerá en el vendedor cuando la falta de conformidad se manifieste en el período señalado en dicho artículo*” (art. 11.3).

¹⁹⁷ Esta presunción aparece en términos prácticamente idénticos en el art. IV.A.-2:308 (2) MCR, relativo a los contratos de compraventa de bienes de consumo, precisando el art. IV.A.-2:308 (3) MCR que, en los casos de instalación incorrecta, el riesgo se transmite al comprador en el momento en que se completa la instalación.

¹⁹⁸ Véanse, en este sentido, las SAP de Palencia, sección 1ª, de 28 diciembre de 2012 (*JUR* 2013\54528), SAP de Burgos, sección 3ª, de 4 de junio de 2013 (*JUR* 2013\219530), SAP de Madrid, Sección 14ª, de 2 febrero de 2016 (*JUR* 2016\74415) o SAP de Barcelona, Sección 4ª, de 11 diciembre de 2015 (*JUR* 2016\66261) en la que, conociendo de un supuesto en que se había vendido un vehículo de segunda mano y la falta de conformidad se había manifestado transcurridos esos seis meses, el Tribunal consideró que el incumplimiento por parte de la compradora del plan de mantenimiento fijado en el contrato (llevó el vehículo a un taller no autorizado) conllevaba la ruptura del nexo de causalidad y la anulación de la garantía, y no permitía declarar probado que el defecto existía al tiempo de la adquisición del vehículo.

b) Plazo para el ejercicio del derecho. Especial referencia a la denuncia de la falta de conformidad

85. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 123.5 TRLGDCU, el consumidor dispone de un plazo de dos meses (a contar desde que se manifiesta el defecto) para informar al vendedor de la falta de conformidad. Se impone, así, una carga de denuncia al consumidor que quiera hacer valer sus derechos frente a la contraparte, presumiéndose *iuris tantum* que la comunicación se ha realizado dentro del plazo establecido. Si no cumple con esta exigencia, no perderá el derecho al saneamiento que corresponda, pero será responsable de los daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación. La norma portuguesa, por su parte, fija en el art. 5.A.2 DL 67/2003 (añadido por el DL 84/2008) un plazo de dos meses o un año, según se trate de bienes muebles o inmuebles, para manifestar la falta de conformidad del bien al vendedor¹⁹⁹ –plazo que se computa no desde el momento en que el consumidor haya tenido la posibilidad de conocer dicha falta de conformidad sino desde aquel en que efectivamente la haya detectado²⁰⁰; ahora bien, a diferencia de la española: a) puntualiza, en el art. 5.A.1, que, si no se produce esa denuncia en el plazo fijado, los derechos del consumidor caducan; b) no contiene presunción alguna en relación a la realización de la denuncia en el plazo referido; y c) omite toda referencia a la responsabilidad en relación a los perjuicios que pudiera sufrir como consecuencia del retraso en la comunicación²⁰¹. El art. III.-3:302 MCR, por su parte, determina que la reclamación de cumplimiento de una obligación no dineraria debe hacerse dentro de un plazo razonable.

86. La comunicación/denuncia no está sujeta a forma alguna. Puede realizarse, por tanto, de forma oral en el propio establecimiento abierto al público o utilizando el teléfono de contacto que tenga el vendedor. Eso sí, según la jurisprudencia de nuestro país vecino, debe hacer referencia a la falta de conformidad alegada por el consumidor; no basta con que haga referencias vagas y observaciones genéricas en relación al estado del bien²⁰².

87. La doctrina portuguesa viene manifestando, con razón, que, aunque el DL no lo dice expresamente, la denuncia resulta en todo punto innecesaria en aquellos casos en que el consumidor sepa que el vendedor conoce la existencia de esa falta de conformidad²⁰³ así como en los casos en que el vendedor

¹⁹⁹ El establecimiento de un plazo tan breve tiene por objeto resolver el problema en un breve espacio de tiempo. Añade J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p- 240 y 241, que, además, “a proximidade em relação à intervenção no bem pode facilitar o sucesso da operação. Trata-se assim, de norma que limita de forma significativa a capacidade de intervenção do consumidor (...) que encontra justificação adequada”. Es consciente, no obstante, de las críticas que ha suscitado por parte de autores como A JANSSEN, “I termini della direttiva 1999/44/CE ed il loro recepimento nel diritto tedesco con particolare riguardo alla Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale” en *Contratto e impresa / Europa*, n° 2, 2004, p. 881, o J. CALAIS-AULROY, *Une nouvelle garantie pour l'acheteur la garantie de conformité*, Édition Paris Editions Dalloz, 2005, p. 708.

²⁰⁰ El Ac. do STJ de 5 de marzo de 2013 (processo: 3298/05.4TVLSB.L1.S1) habla de conocimiento suficiente.

²⁰¹ En nuestro país vecino, autores como J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 241 y 242, se refieren al supuesto en que la falta de conformidad se agrave una vez realizada la denuncia. Se preguntan concretamente si es necesario volver a contactar con el vendedor o no para ponerlo en su conocimiento. A la vista de la redacción actual del precepto, el referido niega que sea necesario dado que el plazo de caducidad, en ningún caso, será inferior al plazo de garantía legal. En el caso de que se manifieste una nueva falta de conformidad, en cambio, hay que comunicarla al vendedor.

²⁰² Sirvan como muestra los Ac. do TRL de 5 de junio de 2007 (processo: 2371/2007-1) y TRP de 3 de marzo de 2008 (proceso: 0756325).

²⁰³ Piénsese, por ej., en el caso en que el profesional reconoce de forma expresa o tácita la falta de conformidad realizando reparaciones en el bien o informando de su existencia a la aseguradora.

En apoyo de este argumento puede traerse a colación el art. 331.2 CCPort que determina que “Quando (...) se trate de prazo fixado por contrato ou disposição legal relativa a direito disponível, impede também a caducidade o reconhecimento do direito por parte daquele contra quem deva ser exercido”. También el art. 1220.2 CCPort, relativo al contrato de obra, según el cual: “Equivalente à denúncia o reconhecimento, por parte do empreiteiro, da existência do defeito”. El art. 916 CCPort, por su parte, en relación a la compraventa de “coisas defeituosas”, dispone: “O comprador deve denunciar ao vendedor o vício ou a falta de qualidade da coisa, excepto se este houver usado de dolo”.

En el ámbito jurisprudencial, cabe recordar el Ac. do TRC de 20 de mayo de 2014 (processo: 144/10.0TBCNT.C1). El Ac. do TRP de 11 de diciembre de 2012 (processo: 55/08.0TBETR.P1), en cambio, defiende que no impide “à caducidade do direito o conhecimento dos defeitos pelo empreiteiro ou a sua alegada inércia”.

haya actuado con dolo, pues el objetivo de la denuncia no es otro que informar al vendedor acerca de la falta de conformidad del bien²⁰⁴.

88. Con relación a este plazo de preaviso, debemos recordar la STJUE de 4 de junio de 2015 (*Caso Froukje Faber contra Autobedrijf Hazet Ochten BV*)²⁰⁵ en la que se pone de manifiesto que la Directiva 1999/44 no se opone a una disposición nacional que disponga que el consumidor, para ejercer los derechos que le confiere el referido instrumento, ha de informar al vendedor de la falta de conformidad en tiempo oportuno, siempre y cuando: 1) el consumidor disponga para tal fin de un plazo no inferior a dos meses a partir de la fecha en la que se percató de dicha falta de conformidad; 2) la información que deba facilitarse se refiera única y exclusivamente a la existencia de dicha falta de conformidad; y 3) no esté sujeta a normas en materia de prueba que hagan imposible o excesivamente difícil para dicho consumidor el ejercicio de sus derechos.

89. El art. 12 de la Directiva (UE) 2019/771 en modo alguno afecta al modelo actualmente vigente en España y Portugal pues deja libertad a los Estados miembros para “mantener o adoptar disposiciones en las que se establezca que, para poder hacer valer sus derechos, el consumidor ha de informar al vendedor de la falta de conformidad en un plazo mínimo de dos meses a partir de la fecha en que el consumidor la haya detectado”.

90. Por lo que se refiere al plazo para ejercitar la acción, hay que señalar que, en España, la acción para reclamar frente a la falta de conformidad apreciada prescribe a los tres años desde la entrega del producto (art. 123.4 TRLGDCU)²⁰⁶. Como ya manifestáramos en un trabajo anterior²⁰⁷, nos sumamos, en este punto, a las críticas vertidas por la doctrina por cuanto el plazo para el ejercicio de la acción empieza a contarse desde un momento en el que no puede ejercitarse, lo cual contraría el criterio general vigente en nuestro Derecho privado (art. 1969 CC). Debería computarse desde que se verifica la falta de conformidad²⁰⁸. Eso es precisamente lo que ocurre en nuestro país vecino. El art. 5.A.3 DL 67/2003 (añadido por el DL 84/2008) determina que “*Caso o consumidor tenha efetuado a denúncia da desconformidade, tratando-se de bem móvel, os direitos atribuídos ao consumidor nos termos do artigo 4.º caducam decorridos dois anos a contar da data da denúncia e, tratando-se de bem imóvel, no prazo de três anos a contar desta mesma data*”²⁰⁹. El DL 84/2008 amplía notablemente el plazo contemplado originariamente por el DL 67/2003 de seis meses que, por una parte, suponía una incorrecta trasposición de la Directiva comunitaria²¹⁰ y, por otra, conllevaba una merma en la protección del consumidor

²⁰⁴ Véase, por ej., J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 240 y 242; J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, op. cit., p. 94.

²⁰⁵ TJCE 2015/206.

²⁰⁶ En el supuesto que da origen a la SAP de Madrid, Sección 14ª, de 2 febrero de 2016 (*JUR* 2016/74415), el Tribunal entendió que no había prescrito este plazo de 3 años indicando que: 1) había que descontar los periodos de suspensión derivados de la entrega del turismo al taller para su reparación, a pesar de que en el supuesto resultaba controvertido el término final de ese periodo de suspensión que se produce con la entrega del turismo “ya reparado”; 2) es posible plantear la interrupción del plazo de prescripción por las sucesivas reclamaciones extrajudiciales dirigidas a la demandada, aunque, según cierto sector doctrinal el régimen del art. 1973 CC, no resulta aplicable al ejercicio de las acciones del art. 123 TRLGDCU, las cuales sólo son susceptibles de la suspensión contemplada en el mismo texto, y concretamente, en este caso, en su art. 120.c); 3) en el caso en cuestión, se había tramitado además un procedimiento penal incoado en virtud de denuncia presentada por la demandante por idénticos hechos a los que eran objeto del presente litigio, durante cuya tramitación, a tenor del art. 111 LECrim, era imposible ejercitar la acción civil.

²⁰⁷ F.M. CORVO LÓPEZ, “Distribución y protección de clientela: régimen de garantías legales y comerciales; productos defectuosos”, en F. CARBAJO CASCÓN, (dir) *Los contratos de distribución en las propuestas armonizadoras del derecho contractual europeo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, p. 168.

²⁰⁸ J.A. GARCÍA-CRUCES, “La compraventa...”, op. cit., p. 247. También llama la atención sobre esta cuestión, aunque se muestra menos contundente en la crítica, J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, op. cit., p. 1716, quien resalta, además, el distinto momento en que se empieza a computar el plazo de prescripción para reclamar la garantía comercial adicional: seis meses a contar “desde la finalización del plazo de garantía (art. 125.4 TRLGDCU).

²⁰⁹ Nótese que los plazos previstos en los art. 5 y 5.A. DL 67/2003 sólo son aplicables a los derechos expresamente previstos en dicha norma; no se aplican al derecho a la indemnización. Así lo puntualiza J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 239 y 240.

²¹⁰ Según la Directiva 1999/44/CE, el plazo de prescripción que los Estados miembros podían fijar no podía ser inferior a 2 años desde la fecha de la entrega.

en los casos de contrato de obras pues el art. 1224.1 CCPort contempla en dichos supuestos un plazo de un año²¹¹. A la vista de lo previsto en el art. 331.2 CCPort, en el caso de que el vendedor, expresa o tácitamente, admitiera la falta de conformidad, dejaría de correr el plazo de caducidad y el consumidor podría ejercitar sus derechos, aunque hubiera transcurrido íntegramente.

91. De acuerdo con lo dispuesto en el art. 5.A.4 DL 67/2003, el plazo de caducidad se suspende en dos casos: 1) mientras el consumidor aguarda la reparación o sustitución del bien (supuesto al que ya hemos hecho referencia); y 2) mientras dure el proceso extrajudicial de resolución de conflictos de consumo, excepto el arbitraje (norma introducida también con el DL 84/2008)²¹². El art. 5.A.5, por su parte, establece: “*A tentativa de resolução extrajudicial do litígio inicia-se com a ocorrência de um dos seguintes factos: a) As partes acordem no sentido de submeter o conflito a mediação ou conciliação; b) A mediação ou a conciliação seja determinada no âmbito de processo judicial; c) Se constitua a obrigação de recorrer à mediação ou conciliação*”. Al hilo de este precepto cabe señalar que llaman especialmente la atención los apartados b) y c) pues, para empezar, la mediación es un procedimiento esencialmente voluntario de modo que el juez, en el ámbito de un proceso judicial, como mucho puede invitar a las partes a acudir a una sesión informativa sobre la mediación pero, en ningún caso, puede obligarles a dirimir el conflicto por esa vía²¹³; y, para continuar, en los conflictos de consumo es raro que las partes hayan pactado previamente acudir a mediación. Consciente de tal circunstancia, MORAIS CARVALHO sostiene que “*deve entender-se que há acordo, para efeitos desta norma, sempre que o consumidor submete o caso a uma entidade de resolução de litígios e o profissional aceita tacitamente o processo, respondendo à solicitação dessa entidade*”²¹⁴.

92. La Directiva (UE) 2019/771 no fija un plazo dentro del cual el consumidor ha de ejercitar los derechos que se le reconocen en el art. 13. Ahora bien, si estos derechos están sometidos a un plazo de prescripción, deberán cumplir las exigencias que contempla en sus art. 10.4 y 10.5. Según estos preceptos, “*los Estados miembros velarán por que dicho plazo de prescripción permita a los consumidores exigir las medidas correctoras establecidas en el artículo 13 por cualquier falta de conformidad de la que sea responsable el vendedor con arreglo a los apartados 1 y 2 del presente artículo y que se manifieste dentro del plazo indicado en dichos apartados*”. Así pues, si existe un plazo concreto de prescripción, dicho plazo no podrá ser inferior a dos años (o el plazo de garantía más amplio que fije cada Estado miembro). Tratándose de bienes de segunda mano, la nueva Directiva presenta una novedad de especial trascendencia pues, en su art. 10.6, permite el pacto entre vendedor y consumidor para acortar el plazo de prescripción en la venta de bienes de segunda mano; ahora bien, dicho plazo nunca podrá ser inferior a un año. Probablemente, la razón que ha llevado al legislador comunitario a introducir esta última norma se encuentra directamente relacionada con el supuesto que dio origen a la STJUE de 13 de julio de 2017 (*Caso Christian Ferenschild contra JPC Motor SA.*)²¹⁵. En el caso en cuestión, un neerlandés

²¹¹ Art. 1224.1 CCPort: “*Os direitos de eliminação dos defeitos, redução do preço, resolução do contrato e indemnização caducam, se não forem exercidos dentro de um ano a contar da recusa da aceitação da obra ou da aceitação com reserva, sem prejuízo da caducidade prevista no artigo 1220.º*”.

²¹² La doctrina portuguesa elogia este precepto en la medida en que no sólo evita que quienes acuden a los mecanismos extrajudiciales de resolución de conflictos se encuentren presionados por el plazo de caducidad de la acción sino también por su carácter pedagógico pues da a conocer mecanismos más rápidos, económicos y eficaces que los tribunales para resolver estos conflictos (el precepto se refiere expresamente a la mediación y la conciliación); quedan incluidas también las negociaciones con el productor, figura a la que nos referiremos más adelante en el texto. La exclusión del arbitraje obedece al hecho de que, en este caso, es un tercero imparcial quien dirime el conflicto, teniendo el laudo arbitral el mismo valor que una sentencia judicial. Así pues, si se inicia el proceso arbitral dentro de plazo, el derecho se entiende ejercitado en tiempo (art. 331.1 CCPort).

²¹³ El principio de voluntariedad aparece consagrado, en nuestro país vecino, en el art. 4 Lei da Mediação, aprobada por la lei 29/2013. A la vista del mismo, J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 244 y “*A consagração legal da mediação em Portugal*”, *JULGAR*, 2011, nº 15, p. 280 y 281, disponible en <http://julgar.pt/wp-content/uploads/2014/07/11-DIVULGAR-A-Media%C3%A7%C3%A3o-em-Portugal.pdf> (consultado el 26/07/2017) considera discutible la inclusión de la mediación obligatoria en el concepto de mediación.

²¹⁴ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 245.

²¹⁵ *TJCE/2017/166*.

que residía en Bélgica había comprado un coche de segunda mano²¹⁶; las partes, haciendo uso de la posibilidad que les dispensaba el art. 1649 quater, apartado 1, del Código Civil belga, habían pactado una reducción del plazo de garantía a un año²¹⁷; ahora bien, el plazo de prescripción previsto en el art. 1649 quater, apartado 3, del mismo texto legal, era un plazo de un año a contar desde el momento en que el consumidor constataste la falta de conformidad, y no podía expirar antes de que finalizase el plazo de dos años previsto en el apartado 1 del referido precepto²¹⁸. Dado que, en el supuesto, se había reducido de común acuerdo la duración del plazo de garantía a un año, se planteaba la duda acerca de si el plazo de prescripción de un año, mencionado en art. 1649 quater, apartado 3, del Código Civil, debía prorrogarse hasta la expiración del plazo de garantía de dos años, previsto en el apartado 1 del referido precepto. El TJUE respondió afirmando que el art. 5.1, y el art. 7.1, párr. 2º, de la Directiva 1999/44 debían interpretarse en el sentido de que se oponían a una norma de un Estado miembro que permitiera que la duración del plazo de prescripción de la acción del consumidor fuera inferior a dos años a partir de la entrega del bien cuando dicho Estado miembro hubiese hecho uso de la facultad que le otorgaba el mencionado art. 7.1, párr. 2º y el vendedor y el consumidor hubieran acordado un plazo de responsabilidad del vendedor inferior a dos años -concretamente un año- para el bien de segunda mano de que se tratase.

93. Queda sin resolver, sin embargo, en la Directiva (UE) 2019/771 el tema relativo a la fecha desde la que ha de computarse el plazo de prescripción. A la vista de su Considerando nº 42, no es un punto a armonizar. Dice textualmente: “*Aunque (...) la presente Directiva no debe armonizar la fecha de inicio de los plazos de prescripción nacionales, es preciso garantizar que dichos plazos de prescripción no restrinjan el derecho los consumidores a exigir medidas correctoras por toda falta de conformidad que se manifieste durante el período en el que el vendedor sea responsable de una falta de conformidad*”²¹⁹. A pesar de ello, creemos que la reforma del TRLGDCU que ha de acometerse a fin de trasponer esta Directiva constituye una buena oportunidad para que el legislador español rectifique y fije el *dies a quo* en el momento en que se verifica la falta de conformidad.

F) Acción contra el productor²²⁰

94. La posibilidad de accionar contra el productor se contempla en ambos Ordenamientos (art. 124 TRLGDCU –en el caso de España– y art. 6 DL 67/2003 –en el caso de Portugal²²¹). Productor, según el art. 5 TRLGDCU, es el fabricante del bien o el prestador del servicio o su intermediario, o el importador del bien o servicio en el territorio de la UE, así como cualquier persona que se presente como tal al in-

²¹⁶ La falta de conformidad derivaba del hecho de que, inicialmente, no se pudo proceder a su matriculación porque el coche figuraba como robado en el Sistema de Información de Schengen. A raíz de las actuaciones llevadas a cabo por el vendedor, finalmente, resultó que, en realidad, había sido robada la documentación del vehículo -y no éste-, con el fin de «maquillar» en Italia un coche similar de procedencia fraudulenta y la Dirección de matriculación de vehículos pudo matricular con arreglo a Derecho el vehículo adquirido por el Sr. Ferenschild. Aunque la falta de conformidad había quedado así subsanada, la *cour d'appel de Mons* (Tribunal de Apelación de Mons) ordenó de oficio la reapertura de los debates a fin de permitir a las partes presentar sus conclusiones en relación a la prescripción de la acción, particularmente.

²¹⁷ El plazo de garantía, establecido en el art. 1649 quater, apartado 1, del Código Civil belga, tiene una duración de dos años a partir de la entrega del bien. Con arreglo al párrafo tercero de dicha disposición, las partes del contrato de compraventa, de común acuerdo, pueden reducir la duración de ese plazo a un mínimo de un año para los bienes de segunda mano.

²¹⁸ En el supuesto de autos, la acción se había ejercitado más de un año después de la entrega del vehículo en cuestión y de la constatación de la falta de conformidad de dicho vehículo.

²¹⁹ Acaso pensando en que el legislador español fija como *dies a quo* del plazo de prescripción el momento de la entrega del bien, M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019), afirma, apoyándose en el referido considerando, que, si existe un plazo concreto de prescripción, este plazo no podrá ser inferior a dos años (o el plazo de garantía más amplio que fije cada Estado miembro) desde la entrega del bien.

²²⁰ Hablamos, en este caso, de supuestos en que el productor responde directamente ante el consumidor por la falta de conformidad del producto. Esta responsabilidad es distinta de la responsabilidad objetiva por daños causados por productos defectuosos regulada en los art. 128 y ss TRLGDCU, en España, y por el DL 383/89, de 6 de noviembre, en Portugal.

²²¹ Entre los autores que han aplaudido el reconocimiento de esta acción en su país cabe citar a J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, *op. cit.*, p. 99, quien recuerda su inicial desarrollo por parte de la jurisprudencia francesa; L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, *op. cit.*, p. 144.

dicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo (redacción muy similar emplea el DL 67/2003)²²². En nuestro país, aunque el referido precepto no alude al distribuidor del producto, no han faltado ocasiones en que se ha afirmado su legitimación pasiva por entender que tenía la condición de importador [SAP de Valencia, sección 7ª, de 16 de junio de 2008²²³]. En el caso de Portugal, el art. 6.3 considera responsable también al representante del productor en la zona del domicilio del consumidor²²⁴, indicando que responde solidariamente²²⁵. De acuerdo con la definición ofrecida por el art. 1.Be) DL 67/2003 (añadido por DL 84/2008) “Representante do produtor” es “*qualquer pessoa singular ou colectiva que actue na qualidade de distribuidor comercial do produtor e ou centro autorizado de serviço pós-venda, à excepção dos vendedores independentes que actuem apenas na qualidade de retalhistas*”^{226 227}.

95. Ahora bien, los términos en que se regula esta acción en cada uno de los Estados difieren considerablemente.

96. En España, no está nada claro en la ley cuándo y cómo responde el productor. La confusa redacción del art. 124 ha dado lugar a tres interpretaciones diferentes. Conforme a la primera (más respetuosa con la rúbrica del precepto “Acción contra el productor”), el productor responde subsidiariamente; esto es, sólo en el caso de que al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse contra el vendedor, estando limitada su responsabilidad a la derivada de faltas de conformidad relativas al origen, identidad o idoneidad de los productos de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan²²⁸. De acuerdo con la segunda, el precepto ampara una acción directa contra el productor en relación con los defectos de conformidad relativos al “*origen, identidad o idoneidad de los productos, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan*” –defectos directamente relacionados con su actuación-, pudiendo el consumidor elegir entre accionar contra el vendedor, contra el productor o contra ambos, en cuyo caso el productor no tendría acción de regreso frente al vendedor; y una acción subsidiaria para el caso de que al consumidor “*le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor*”, acción que podría ejercitarse frente a cualquier falta de conformidad (no sólo frente a las enunciadas en el apartado 2) previa acreditación de las expresadas

²²² El art. 1.Bd) DL 67/2003 (añadido por DL 84/2008) define “*Produtor*” como “*o fabricante de um bem de consumo, o importador do bem de consumo no território da Comunidade Europeia ou qualquer outra pessoa que se apresente como produtor através da indicação do seu nome, marca ou outro sinal identificador no produto*”.

²²³ AC 2008\1616.

²²⁴ Representante del productor, según el art. 1.Be) DL 67/2003 (añadido por el DL 84/2008), es “*qualquer pessoa singular ou colectiva que actue na qualidade de distribuidor comercial do produtor e ou centro autorizado de serviço pós-venda, à excepção dos vendedores independentes que actuem apenas na qualidade de retalhistas*”.

²²⁵ El consumidor puede, por tanto, dirigirse contra cualquiera de ellos para ver satisfecho su derecho (art. 512 CCPort). “*Pode também dirigir-se a ambos, sendo que, se um deles satisfizer a pretensão do consumidor, o outro fica exonerado da responsabilidade*” –afirma J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 249-.

²²⁶ En opinión de J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, op. cit., p. 101, “*Teria sido melhor a consagração da acção directa do consumidor contra qualquer dos vendedores em cadeia da coisa defeituosa, provada (pelo autor) a existência da falta de conformidade da coisa já no momento da sua alienação, melhor, da sua entrega pelo vendedor demandado no processo. Assim se poderiam evitar acções em cascata* –o consumidor age contra o seu vendedor, o qual exerce acção de regresso contra o vendedor precedente, e assim por diante- e se resolveriam casos de «desaparecimento» ou insolvência do produtor ou outro vendedor intermediário: o consumidor poderia, à sua escolha (por nisto ter interesse ou julgar mais justo), intentar acção de garantia contra as pessoas que na cadeia da comercialização venderam a coisa quando o vício ou defeito já existia”. (La cursiva es del propio autor). Refiriéndose al representante del productor, señala, en la pág. 107, que el precepto comprende únicamente los supuestos en que se ha celebrado un contrato de distribución con independencia de que el intermediario haya llegado a adquirir o no el producto que distribuye; quedan fuera, pues, los vendedores independientes que adquieren un producto para revenderlo al por menor.

²²⁷ La posibilidad de transmitir los derechos reconocidos frente al productor o su representante a un tercero adquirente del bien cae dentro de lo previsto en el art. 4.6 DL 67/2003 (apartado añadido por el DL 84/2008).

²²⁸ Defienden este planteamiento, entre otros, J.R. GARCÍA VICENTE, “La acción contra el productor: el artículo 10 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo”, *ADC*, 2007-I, p. 53 y 54 y “La contratación...”, op. cit., p. 1717-1719; J.A. GARCÍA-CRUCES, “La compraventa...”, op. cit., p. 250; J. AVILÉS GARCÍA, “Las garantías...”, op. cit., pp. 1718—1720. En el ámbito jurisprudencial, esta interpretación ha sido acogida por la SAP de Castellón, sección 1ª, de 11 de abril de 2008 (*JUR* 2008/188733), SAP de Cantabria, sección 4ª, de 11 de abril de 2012 (*AC* 2013/264) y SAP de A Coruña, sección 5ª, de 29 de mayo de 2014 (*JUR* 2014/218527).

circunstancias; bastaría, por ej., con acreditar la insolvencia del vendedor o su desaparición jurídica, la reclamación extrajudicial infructuosa, que el vendedor se ha exonerado de responsabilidad por demostrar que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera una declaración pública realizada por el productor sobre las características concretas del producto en los términos previstos en el art. 116.1d), que el establecimiento del vendedor radica en el extranjero...; la demanda, en este caso, se dirigiría contra el productor exclusivamente o contra productor y vendedor pidiendo la condena del vendedor con carácter principal y la del productor con carácter subsidiario para el caso de que quedara acreditada la imposibilidad del primero de cumplir con la sentencia condenatoria²²⁹. La tercera reconoce sólo una acción a favor del consumidor contra el productor con fundamento en el párrafo 1º; y entiende que el párrafo 2º aclara la esfera de responsabilidad del fabricante cuando el vendedor se dirige contra él tras haber tenido que hacer frente a la responsabilidad reclamada por el consumidor por la falta de conformidad del bien vendido²³⁰.

97. Se opte por una interpretación u otra, los plazos y condiciones (falta de conformidad) de ejercicio de la acción son los mismos que se prevén con relación al vendedor; ahora bien, frente al productor, el consumidor sólo puede solicitar la reparación y la sustitución. Ello es lógico por cuanto el productor no es parte del contrato de compraventa; no le incumbe, por consiguiente, la subsistencia o no de la relación contractual ni le compete una rebaja en el precio. Precisamente por eso, pretendiéndose la resolución del contrato, la SAP de Alicante, sección 8ª, de 18 de diciembre de 2009²³¹ estimó la excepción de falta de legitimación pasiva *ad causam* opuesta por el productor.

98. Por lo que se refiere a la normativa lusa, debemos comenzar señalando que el art. 6.1 DL 67/2003 no habla de falta de conformidad con el contrato sino de “coisa defeituosa” pues, no siendo el productor parte en el contrato, no debe responder por cualquier falta de conformidad que resulte de las declaraciones de los contratantes. El legislador opta así por una concepción objetiva de defecto; dentro de esa noción de defecto hay que entender comprendida toda falta de conformidad que derive de elementos contractualmente relevantes que resulten de las declaraciones del productor (piénsese en la información que aparece en las etiquetas o en la publicidad emitida por el productor). Precisamente porque el productor no es parte en el contrato, al igual que en España, el consumidor sólo puede exigir al productor la reparación o la sustitución²³². Ahora bien, no faltan autores en nuestro país vecino que ofrecen argumentos en contra de tal conclusión. MORAIS CARVALHO afirma, por ej., que podría considerarse que se trata del derecho a obtener una indemnización por los daños que el defecto haya ocasionado al consumidor²³³. Tras la reforma operada por el DL 84/2008, la elección del remedio en cuestión (reparación o sustitución) corresponde al consumidor, encontrándose sujeta dicha elección a unos límites que no coinciden plenamente con los expresados en el art. 4 DL 67/2003²³⁴. El primero de ellos es la imposibilidad y, el segundo, la desproporcionalidad a la vista del valor que tendría el bien de no existir la falta de conformidad, la

²²⁹ Esta interpretación es más correcta en opinión de A. AZPARREN LUCAS, “Responsabilidad...”, *op. cit.*, p. 629, y ha sido seguida por la SAP de A Coruña, sección 4ª, de 21 de mayo de 2007 (*JUR* 2007\295652).

²³⁰ Por esta interpretación se decantan R. MARIMÓN DURÁ, “Régimen de garantías del proveedor frente al distribuidor y consumidores por falta de conformidad en el producto”, en VIEIRA GONZÁLEZ y otros (dir), *La reforma de los contratos de distribución comercial*, Madrid, La Ley, 2013, p. 392; M.T. ÁLVAREZ MORENO, “La garantía comercial y la figura del productor en la venta de bienes de consumo” en M.C. GÓMEZ LAPLAZA (coord.), *Algunos aspectos en las garantías de la venta de bienes de consumo*, Ed. Reus, 2010, p. 121; L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La falta...*, *op. cit.*, p. 107-112; en la jurisprudencia, parecen seguirla la SAP de Vizcaya, sección 5ª, de 18 de junio de 2007 (*JUR* 2007\358168), SAP de Madrid, sección 21ª, 10 enero de 2012 (*JUR* 2012\41269).

²³¹ AC 2010/717.

²³² Así lo defiende J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, *op. cit.*, p. 102. Teniendo en cuenta que el productor y el vendedor inicial han recibido un precio como contraprestación, sostiene: “...na acção de resolução que o consumidor pudesse intentar contra o produtor, este não teria de restituir, como efeito da retroactividade da resolução, mais do que o preço por si recebido. Nesta hipótese, como a contrapartida de restituição da coisa ao vendedor inicial pelo consumidor seria a restituição do preço que aquele recebeu e não o pago por este, a acção directa de resolução contra o produtor não teria interesse senão em caso de insolvabilidade do vendedor final. Só que a diferença entre os preços podia ser devida a título de indemnização dos prejuízos causados ao adquirente final, o que tornaria de interesse normal, correcto, a acção directa de resolução (ou seu diminutivo, a redução do preço) contra o produtor”. (La cursiva es del propio autor, quien recuerda que, en Francia, la acción directa no se limita sólo a exigir la sustitución o la reparación).

²³³ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 246.

²³⁴ En su redacción originaria, el art. 6.1 DL 67/2003 confería tal facultad al vendedor y no hacía referencia alguna a los criterios en base a los cuales había de llevarse a cabo la elección.

importancia de ésta y la posibilidad de acudir a la solución alternativa sin mayores inconvenientes para el consumidor. A la vista del precepto, MORAIS CARVALHO considera que no resulta exigible la reparación o la sustitución en el caso de que el valor del bien conforme con el contrato sea reducido. Desde nuestro punto de vista, habría que analizar también la diferencia de valor entre el bien conforme y el bien no conforme para determinar si efectivamente es importante o no. Coincidimos con el autor, en cambio, en que no pueden exigirse los remedios descritos en el caso de que el elegido resultara muy costoso para el productor y en que, aunque el consumidor haya elegido uno, el vendedor podría servirse del otro para poner en conformidad el bien siempre que ello no suponga un inconveniente para el consumidor (ej. podría oponerse a la sustitución del bien si consigue repararlo en un plazo aceptable)²³⁵.

99. Mas, ¿cuándo responde el productor en nuestro país vecino? ¿Es más clara la normativa lusa a estos efectos?

100. El legislador portugués –a diferencia del español– lo que hace es determinar los supuestos en que el productor puede oponerse al ejercicio de los derechos que el propio DL confiere al consumidor. Dichos supuestos son: a) El defecto se debe únicamente a declaraciones del vendedor sobre la cosa y su utilización o a su mala utilización²³⁶; b) no haber puesto el producto en circulación²³⁷; c) a la vista de las circunstancias, cabe entender que, al tiempo de la puesta en circulación, el defecto no existía²³⁸; d) la cosa no se fabricó para su venta o cualquier otra forma de distribución con fines lucrativos o no se ha fabricado ni distribuido en el ámbito de su actividad profesional²³⁹; e) han transcurrido más de diez años desde la puesta en circulación del producto²⁴⁰. Llama la atención que muchos de ellos coinciden con las causas de exoneración de responsabilidad por daños causados por productos defectuosos contempladas, en Portugal, por el art. 5 DL 383/1989²⁴¹ y, en España, por el art. 140 TRLGDCU, ámbito en el que, además, la responsabilidad se extingue una vez transcurridos diez años desde la puesta en circulación del producto si no se ha iniciado la correspondiente reclamación judicial (art. 10 DL 383/89 y 144 TRLGDCU)²⁴².

101. Por lo demás, ambos Ordenamientos reconocen la posibilidad de ejercitar una acción de regreso. De acuerdo, con lo previsto en el art. 124.3 TRLGDCU, quien haya respondido frente al consumidor (es el legitimado activo), dispone de un año, a contar desde el momento en que se completó el saneamiento, para repetir contra el responsable de la falta de conformidad. Se trata de una norma de

²³⁵ J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 247.

²³⁶ Como ponen de relieve J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, op. cit., p. 109 y J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 248, las declaraciones del vendedor se realizan en un momento posterior a la fabricación del bien en el que ya no interviene el productor; por eso, no se le puede considerar responsable. En el caso de la utilización incorrecta, en cambio, no responde ni el productor ni el vendedor.

²³⁷ En este caso, respondería el vendedor (no el productor), si bien podría exigir el resarcimiento del perjuicio a quien hubiera puesto el bien en circulación.

²³⁸ No es necesario probar la inexistencia del defecto; basta con probar la probabilidad de su inexistencia. En tal sentido se pronuncian J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, op. cit., p. 109 y J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 248.

²³⁹ De esta forma se resalta el objetivo comercial como requisito esencial de la responsabilidad del productor. La inclusión de este supuesto resulta cuestionable para J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 248.

²⁴⁰ Se entiende que, transcurridos esos diez años, el productor pierde el control sobre la cosa. También la inclusión de este supuesto resulta cuestionable para J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 248.

²⁴¹ El art. 5 DL 383/89 regula la “Exclusão de responsabilidade” en los términos que siguen:

“O produtor não é responsável se provar:

- a) *Que não pôs o produto em circulação;*
- b) *Que, tendo em conta as circunstâncias, se pode razoavelmente admitir a inexistência do defeito no momento da entrada do produto em circulação;*
- c) *Que não fabricou o produto para venda ou qualquer outra forma de distribuição com um objectivo económico, nem o produziu ou distribuiu no âmbito da sua actividade profissional;*
- d) *Que o defeito é devido à conformidade do produto com normas imperativas estabelecidas pelas autoridades públicas;*
- e) *Que o estado dos conhecimentos científicos e técnicos, no momento em que pôs o produto em circulação, não permitia detectar a existência do defeito;*
- f) *Que, no caso de parte componente, o defeito é imputável à concepção do produto em que foi incorporada ou às instruções dadas pelo fabricante do mesmo”.*

²⁴² A la acción directa contra el productor se refiere el Ac. do TRC de 1 de marzo de 2016 (proceso: 1684/08.7TBCBR.C1).

carácter dispositivo por cuanto no reconoce derecho alguno a un consumidor. Dicha acción puede ser ejercitada por el vendedor contra su proveedor –sea fabricante o distribuidor- cuando le hubiera sido exigida la pertinente responsabilidad por el consumidor; pero, ¿podría ejercitarla el productor cuando hubiera respondido directamente de la falta de conformidad? Depende: si entendemos que el consumidor puede reclamar directamente contra el productor, aunque no le sea imputable el defecto a él, podrá interponer la acción de reembolso; no podrá, en cambio, si consideramos que la acción directa sólo procede cuando la falta de conformidad es imputable al productor en términos objetivos. En cuanto a la legitimación pasiva, cabe recordar que la SAP Valencia, sección 7ª, de 16 de junio de 2008²⁴³ considera que el distribuidor tenía la condición de importador del bien, por lo que estaba legitimado pasivamente. Por lo que se refiere a lo que podría reclamar el vendedor que hubiera respondido de la falta de conformidad ante el consumidor, cabe señalar que, ante el silencio de la ley, la doctrina viene entendiendo que no sería indemnizable, por ej., la pérdida de clientela; sí lo sería, en cambio, la acumulación de intereses que haya devengado la cantidad invertida para poner en conformidad el bien²⁴⁴.

102. En Portugal, este derecho de regreso se reconoce en el art. 7 DL 67/2003. De dicho precepto se infiere que, en principio, el responsable es el vendedor; ahora bien, al igual que en España, cuando éste haya satisfecho al consumidor uno de los derechos previstos en el art. 4, puede dirigirse contra el profesional de quien adquirió la cosa –esto es, contra el productor o contra quien le haya suministrado el bien- por todos los perjuicios que le haya ocasionado el ejercicio de tales derechos (art. 7.1). A partir de aquí, comienzan las diferencias con el régimen español, pues, para empezar, el demandado puede eliminar el derecho de regreso probando que el defecto no existía cuando entregó la cosa o, si el defecto fuera posterior a la entrega, que no fue causado por él (art. 7.3). El derecho de regreso del vendedor final no depende, por tanto, de la demostración de la culpa de los demás intervinientes en la cadena contractual, sino que se trata de una responsabilidad solidaria por garantía, independiente de la culpa, aunque si se pudiera demostrar la actuación culposa de alguno de ellos, sobre él recaerá la responsabilidad, según las reglas generales. También se aprecian diferencias en relación al ejercicio de este derecho de regreso: 1) el art. 7.2 determina que la presunción del art. 3.2 aprovecha también al titular del derecho de regreso; así pues, en la relación entre productor y vendedor, se presume también que los defectos surgidos en el plazo de dos o cinco años después de la entrega (según se trate de bienes muebles o inmuebles) existían ya antes de esa fecha; 2) ante las críticas que suscitaba la Directiva 1999/44/CE por cuanto consideraba que el derecho de regreso no tenía carácter imperativo y, por ende, el vendedor podía renunciar a él, el legislador portugués establece que, sin perjuicio del régimen de las cláusulas contractuales generales, el acuerdo en virtud del cual se excluye o se limita de forma anticipada el ejercicio del derecho de regreso sólo produce efectos si se atribuyera a su titular una compensación adecuada (art. 7.4); y 3) el plazo para el ejercicio de la acción de regreso es mucho más breve: dos meses a contar desde que el profesional satisfizo el derecho del consumidor (art. 8.3); ahora bien, hay que tener en cuenta un matiz importante y es que, según el art. 8.2, el profesional puede ejercer este derecho en un plazo de cinco años a contar desde la entrega de la cosa por el profesional demandado, plazo que se suspende durante el proceso en que el vendedor final sea parte (art. 8.4)²⁴⁵.

103. Poca luz arroja a este respecto la Directiva (UE) 2019/771 pues, de acuerdo con la misma, el único responsable frente al consumidor de la falta de conformidad del bien es el vendedor. En ningún

²⁴³ AC 2008/1616.

²⁴⁴ L.M. MARTÍNEZ VELENCOSO, *La falta...*, op. cit., p. 112.

²⁴⁵ En relación al derecho de regreso puede verse: R. PINTO DUARTE, “O direito de regresso do vendedor final na venda para consumo” *Themis. Revista da Faculdade de Direito da UNL*, Ano II, nº 4, 2001, p. 173-194, disponible en http://rpdadvogados.pt/wp-content/uploads/bsk-pdf-manager/18_DIREITOREGRESSOVENDEDORFINALCONSUMO2001.PDF (consultado el 26/07/2017). También P. MOTA PINTO, “O direito de regresso do vendedor final de bens de consumo”. *Revista da ordem dos advogados*, Ano 62 N.º 1, 2002, p. 1177-1225, disponible en <https://portal.oa.pt/comunicacao/publicacoes/revista/ano-2002/ano-62-vol-i-jan-2002/artigos-doutriniais/paulo-mota-pinto-o-direito-de-regresso-do-vendedor-final-de-bens-de-consumo/> (consultado el 26/07/2017); J. MORAIS CARVALHO, *Os contratos de consumo - Reflexão sobre a Autonomia Privada no Direito do Consumo*, Dissertação para doutoramento, 2011, p. 559-563, disponible en https://run.unl.pt/bitstream/10362/6196/1/Carvalho_2011.pdf (consultado el 26/04/2017); L.M. TELES DE MENEZES LEITÃO, *Direito...*, op. cit., pp. 146-148.

momento prevé la Directiva la posibilidad del consumidor de reclamar directamente contra el productor, cuando éste es responsable del defecto (o dicho en otras palabras, cuando la falta de conformidad tiene su origen en su ámbito de control). No obstante, señala, en su Considerando nº 18, que los Estados miembros podrán, en estos casos, establecer las medidas correctoras de que el consumidor dispone contra las personas que intervengan en fases previas de la cadena de transacciones (ej. el fabricante). Lo que sí contempla la Directiva, en su art. 18, es un derecho de repetición a favor del vendedor, en los términos que siguen: *“cuando el vendedor sea responsable ante el consumidor de la falta de conformidad resultante de una acción u omisión, en particular la omisión de suministrar actualizaciones de bienes con elementos digitales, de conformidad con el artículo 7, apartado 3, de una persona en fases previas de la cadena de transacciones, el vendedor podrá emprender acciones contra la persona o personas responsables en la cadena de transacciones”*. Termina diciendo el precepto que *“el Derecho nacional determinará quién es el responsable y las acciones y condiciones de ejercicio correspondientes”*. Pocas diferencias hay entre este precepto y la regla contenida en el art. 4 de la Directiva 1999/44/CE; básicamente, se reducen a la mención expresa que hace el art. 18 a la omisión de suministrar actualizaciones de bienes con elementos digitales.

104. Sobre esta base, creemos que la fórmula que garantizaría mejor los derechos de los consumidores pasa por regular la acción directa contra el productor en los Estados miembros estableciendo, en primer lugar, una responsabilidad solidaria de vendedor y productor, de modo que el consumidor pueda dirigirse contra el productor con independencia de que le resulte más costoso o difícil dirigirse contra el vendedor; y, definiendo, en segundo lugar, los supuestos en que, en la relación interna entre productor y vendedor, ha de responder éste último.

2. Garantías comerciales o voluntarias

105. Con carácter voluntario, puede ofrecerse al consumidor-comprador una garantía adicional a la legal. La Directiva (UE) 2019/771 define las garantías comerciales como *“todo compromiso asumido por un vendedor o un productor (el garante) frente al consumidor, además de las obligaciones legales del vendedor con respecto a la garantía de conformidad, de reembolsar el precio pagado o de sustituir, reparar o prestar un servicio de mantenimiento de los bienes de cualquier modo, si no cumplen las especificaciones o cualquier otro requisito no relacionado con la conformidad establecido en la declaración de garantía o en la publicidad correspondiente disponible en el momento o antes de la celebración del contrato”* (art. 2.12).

106. Esta garantía comercial, a que en los Ordenamientos nacionales vigentes objeto de estudio se refieren el art. 125 TRLGDCU²⁴⁶ y el art. 9 DL 67/2003 (modificado por el DL 84/2008), obligará a quien figure como garante –el vendedor o un tercero (ej. fabricante, importador, mayorista), aunque, a diferencia del art. IV.A.-6:101(1) MCR y del art. 1.Bg) DL 67/2003 añadido por el DL 84/2008²⁴⁷, el TRLGDCU no lo precisa- en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad²⁴⁸. Redacción muy similar encontramos en el art. 17.1 Directiva (UE) 2019/771; nótese,

²⁴⁶ Modificado por 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, BOE, nº76, de 28 de marzo de 2014

²⁴⁷ Art. 1.Bg) DL 67/2003 (añadido por DL 84/2008) define la «Garantía voluntaria» como *“qualquer compromisso ou declaração, de carácter gratuito ou oneroso, assumido por um vendedor, por um produtor ou por qualquer intermediário perante o consumidor, de reembolsar o preço pago, substituir, reparar ou ocupar-se de qualquer modo de um bem de consumo, no caso de este não corresponder às condições enumeradas na declaração de garantia ou na respectiva publicidade”*.

²⁴⁸ La SAP de Alicante, Sección 8ª, de 18 diciembre de 2009 (AC 2010,717), por ej., declara la responsabilidad solidaria del vendedor y del fabricante, por cuanto éste último era quién había ofrecido la garantía convencional. La SAP de Islas Baleares, Sección 3ª, de 31 mayo de 2019 (AC 2019,969) viene a señalar que el pacto existente entre las partes debe interpretarse como una garantía adicional que hace innecesario el requisito de que la deficiencia exista en el momento de la venta, aunque no sea manifiesta en ese momento.

no obstante, que, a la vista de la definición inicialmente ofrecida, garante puede ser el vendedor y el productor –entendiéndose por productor “*todo fabricante de un bien, importador de un bien en la Unión o persona que se presenta como productor indicando en el bien su nombre, marca u otro signo distintivo*” (art. 2.4)– y que, a diferencia de lo que sucedía con la Directiva 1999/44/CE en su art. 1.1e), ahora no se exige que esta garantía no tenga coste suplementario alguno para el consumidor²⁴⁹. La garantía comercial supone, por tanto, una ventaja respecto de la garantía legal, la cual no puede verse impedida ni limitada por el contenido de este pacto²⁵⁰. Puede consistir, por poner algún ejemplo, en una ampliación de los plazos de ejercicio de los derechos previstos en la ley, en la creación de nuevos derechos... El art. IV.A.-6:101(2) MCR contempla concretamente los compromisos que siguen: que los bienes seguirán siendo idóneos para su uso ordinario por el tiempo especificado, excepto en caso de abuso, maltrato o accidente; que cumplan las características establecidas en el documento de garantía o en los anuncios relacionados; o que, con sujeción a las condiciones establecidas en la garantía, los bienes serán reparados o sustituidos, el precio pagado será reembolsado total o parcialmente, o se establecerá cualquier otro remedio.

107. Pese al carácter dispositivo general de esta garantía, su ofrecimiento resulta obligatorio en el caso del Ordenamiento jurídico español para los productores y suministradores de productos duraderos (esto es, los definidos en el Anexo II del RD 1507/2000, de 1 de septiembre, y análogos a ellos), quienes también vienen obligados a garantizar la existencia de un adecuado servicio técnico y el suministro de piezas de repuesto durante un plazo mínimo de cinco años a contar desde la fecha en que deje de fabricarse el producto (art. 126 y 127 TRLGDCU). Esta obligatoriedad resulta incompatible con la voluntariedad de la garantía que contempla el MCR. El art. IV.A.-6:102 de dicho texto indica, además, que la garantía vincula, aunque no haya aceptación por el comprador, y se transmite, salvo que se diga otra cosa, a los futuros propietarios del bien. En nuestro país vecino no se exige la prestación de una garantía adicional en estos casos; no obstante, la doctrina viene señalando que el productor, en el caso de los bienes de naturaleza duradera, suele prestar una garantía voluntaria a fin de aumentar la confianza del consumidor en dichos bienes y potenciar, así, los intercambios comerciales y el funcionamiento del mercado²⁵¹.

108. La Directiva (UE) 2019/771, en su art. 17.1 (parr. 1º), se refiere expresamente a la garantía comercial de durabilidad. La durabilidad se define en el art. 2.13 como “*la capacidad de los bienes de mantener sus funciones y rendimiento requeridos en condiciones normales de utilización*”. Pues bien, de acuerdo con lo previsto en el art. 17.1, si un productor ofrece una garantía de durabilidad respecto a un bien por un período de tiempo determinado, “*será responsable directamente frente al consumidor, durante todo el período de la garantía comercial de durabilidad, de la reparación o la sustitución de los bienes conforme al art. 14*”. Dicho con otras palabras, habiendo ofrecido el productor una garantía de durabilidad, el consumidor podrá exigirle tanto la reparación como la sustitución en los mismos términos en que puede exigir al vendedor la garantía legal. No obstante, el propio precepto reconoce la posibilidad de que el productor ofrezca al consumidor “*condiciones más favorables en la declaración de garantía comercial de durabilidad*”. En el parr. 2º, contempla el supuesto en que el contenido de la garantía comercial ofrecida en documento de garantía y el de la garantía comercial que resulta de la publicidad difieren. Resuelve el conflicto estableciendo que, si la garantía comercial publicitada fuera la más favorable para el consumidor, será vinculante, a menos que antes de la celebración de contrato la publicidad se haya corregido del mismo modo o de modo comparable a la publicidad original.

109. A diferencia de lo que sucede en el art. IV.A.-6:103 MCR y en el art. 9.2 DL 67/2003 –que exigen, con carácter general, la documentación por escrito²⁵² o en soporte duradero²⁵³–, el art. 125.2

²⁴⁹ Llama la atención sobre esta circunstancia también M.J. MARÍN LÓPEZ, “Falta...”, *op. cit.*, (LA LEY 8329/2019).

²⁵⁰ Así lo pone de relieve la Sentença JP de Lisboa de 16 de junio de 2011 (proceso: 182/2011-JP).

²⁵¹ Véase C. FERREIRA DE ALMEIDA, *Direito do Consumo*, Coimbra, Almedina, 2005, p. 177.

²⁵² En papel o en formato electrónico.

²⁵³ De esta forma se garantiza la permanencia, accesibilidad e inalterabilidad de la información (ej. CD-ROM, DVD, disco duro del ordenador; envío por e-mail), como resaltan J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, *op. cit.*, p. 127 o J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, *op. cit.*, p. 253.

TRLGDCU no sujeta el otorgamiento de esta garantía adicional a formalidad alguna; sólo exige que se haga en castellano, por lo que nada impediría *a priori* que se otorgaran oralmente. Ahora bien, puntualiza que, si el consumidor y usuario así lo pide, deberá formalizarse por escrito o en 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. Idéntica formalización por escrito o en soporte duradero precisaría la garantía si el contrato de venta tuviera por objeto bienes de naturaleza duradera (art. 126 TRLGDCU). La garantía necesariamente deberá expresar (art. 125.3 TRLGDCU): el bien o servicio sobre el que recaiga la garantía; el nombre y dirección del garante; que la garantía no afecta a los derechos legales del consumidor y usuario ante la falta de conformidad de los productos con el contrato; los derechos, adicionales a los legales, que se conceden al consumidor y usuario como titular de la garantía; el plazo de duración de la garantía y su alcance territorial; y las vías de reclamación de que dispone el consumidor y usuario. (Dicho contenido coincide en gran medida con el expresado en el art. IV.A.-6:103(1) MCR, el cual, pensando quizás en facilitar la reclamación a los consumidores en conflictos transfronterizos cuando el garante es el productor, alude también al “*nombre y dirección de la persona a quien deba dirigirse la notificación*” –entidad subordinada al productor a la que puede dirigirse la reclamación–). El art. 9.3 DL 67/2003 (modificado por DL 84/2008), por su parte, exige lógicamente que se redacte en lengua portuguesa pero añade algo más: debe redactarse de forma clara y concisa (es decir, el contenido ha de quedar claro para un consumidor normal y el documento sólo debe contener la información relevante)²⁵⁴. El precepto indica a continuación las menciones que deben constar en la garantía: a) “*Declaração de que o consumidor goza dos direitos previstos no presente decreto-lei, e na demais legislação aplicável, e de que tais direitos não são afectados pela garantia*”²⁵⁵; b) “*A informação sobre o carácter gratuito ou oneroso da garantia e, neste último caso, a indicação dos encargos a suportar pelo consumidor*”²⁵⁶; apreciamos aquí otra diferencia entre el Ordenamiento español y el portugués pues este último contempla la posibilidad de que la garantía sea gratuita (o aparentemente gratuita, dado que su coste puede verse repercutido en el precio del bien) u onerosa; c) “*Os benefícios atribuídos ao consumidor por meio do exercício da garantia, bem como as condições para a atribuição destes benefícios, incluindo a enumeração de todos os encargos, nomeadamente aqueles relativos às despesas de transporte, de mão-de-obra e de material, e ainda os prazos e a forma de exercício da mesma*”; d) “*Duração e âmbito espacial da garantia*”; e) “*Firma ou nome e endereço postal, ou, se for o caso, electrónico, do autor da garantia que pode ser utilizado para o exercício desta*”. La doctrina conviene en que el incumplimiento de estos requisitos no hace nula la garantía y en la misma línea puede verse el art. IV.A.-6:103(3) MCR y el art. 9.5 DL 67/2003, de los cuales se infiere también que la forma escrita no es sustancial; en Portugal, no obstante, el incumplimiento de los requisitos expresados en el art. 9.3 constituye una infracción sancionable con una multa de 250 a 3500 euros o de 3500 a 30000 (según se trate de una persona física o jurídica), de acuerdo con lo previsto en el art. 12.A.1b) (añadido por el DL 84/2008). No precisa el TRLGDCU cuál ha de ser la cobertura de la garantía en defecto de acuerdo entre garante y comprador; sí lo hace, en cambio, el art. IV.A.-6:104 MCR. La norma portuguesa incide nuevamente en esta sede en que la garantía voluntaria acompaña también al bien en caso de que sea transmitido a un tercero, salvo que se declare lo contrario²⁵⁷.

²⁵⁴ En nuestro Ordenamiento, la concreción, la claridad y la sencillez son algunos de los requisitos que han de reunir las cláusulas no negociadas individualmente de los contratos con consumidores y usuarios (art. 80.1 TRLGDCU). En aquellos casos en que la garantía voluntaria es ofrecida por el vendedor, dicha garantía constituirá una cláusula accesorio del contrato. En los casos en que el garante es una persona ajena al contrato de compraventa (ej. productor), la doctrina de nuestro país vecino afirma que estamos un negocio jurídico unilateral, “na modalidade de promessa pública” del art. 459.1 CCPort.

²⁵⁵ Al hilo de este requisito conviene tener presente que: 1) el art. 8m) DL 57/2008 reputa engañosa, en cualquier caso, la práctica comercial consistente en “*apresentar como característica distintiva da oferta do profissional direitos do consumidor previstos na lei*”; 2) de acuerdo con lo previsto en el art. 6 del mismo texto legal, las prácticas comerciales engañosas son desleales; 3) conforme a lo previsto en el art. 14.1, “*Os contratos celebrados sob a influência de alguma prática comercial desleal são anuláveis a pedido do consumidor, nos termos do artigo 287.º do Código Civil*”; 4) podría imponerse alguna sanción al infractor.

²⁵⁶ Si no constara el precio de la garantía, hay que entender que es gratuita. Así lo señala J. MORAIS CARVALHO, *Manual...*, op. cit., p. 253.

²⁵⁷ En palabras de J. CALVÃO DA SILVA, *Venda...*, op. cit., p. 129, “*Por esta acção directa legal, a garantia comercial (como que) reveste natureza real (ob rem ou propter rem) e acompanha o bem como acessório, se não houver declaração em contrário*”. (La cursiva es del propio autor).

110. El art. 17.2 de la Directiva (UE) 2019/771 exige que la declaración de garantía comercial se entregue al consumidor en un soporte duradero, como muy tarde en el momento de entregar los bienes. Dicha declaración debe estar redactada de forma clara y comprensible y tendrá el siguiente contenido: a) “*declaración clara de que el consumidor tiene derecho a medidas correctoras por parte del vendedor, de forma gratuita, en caso de falta de conformidad de los bienes y de que la garantía comercial no afectará a dichas medidas; b) el nombre y la dirección del garante; c) el procedimiento que debe seguir el consumidor para conseguir la aplicación de la garantía comercial; d) la designación de los bienes a los que se aplica la garantía comercial; y e) las condiciones de la garantía comercial*”. Ahora bien, de acuerdo con lo dispuesto en el art. 17.3, la garantía comercial no pierde su carácter vinculante en el caso de que no se cumplan las referidas exigencias.

111. La Directiva faculta finalmente a los Estados miembros para establecer normas sobre otros aspectos relativos a las garantías comerciales que no estén regulados en su art. 17, incluidas normas sobre el idioma o idiomas en los que se debe facilitar la declaración de garantía comercial al consumidor (art. 17.4). En este marco habría que incardinar las normas actualmente vigentes en España en relación a la prescripción de la acción para reclamar el cumplimiento de la garantía comercial. A tenor del art. 125.4 TRLGDCU, la acción para reclamar el cumplimiento de lo dispuesto en la garantía comercial adicional prescribe a los seis meses, a contar desde la finalización del plazo de garantía. Dicho plazo podría ser modificado al alza por el garante, pero no a la baja en base a lo dispuesto en el art. 10 TRLGDCU. No encontramos una previsión similar ni en el MCR ni en el DL 67/2003.

112. El TRLGDCU y el DL 67/2003 no se refieren ni a la posibilidad de limitar la garantía a partes concretas de los bienes ni a la exclusión o limitación de la responsabilidad del garante por falta de mantenimiento conforme a las instrucciones dadas²⁵⁸. Tales posibilidades son admitidas por el MCR (art. IV.A.-6:105 y IV.A.-6:106) siempre que dicha exclusión o limitación se refleje claramente en el documento de garantía.

113. El MCR contiene también, en esta sede, una regla específica indisponible en relación a la carga de la prueba, de acuerdo con la cual el consumidor sólo tiene que probar la avería en el producto dentro del plazo de garantía, correspondiendo al garante probar que la avería se ha producido por causas que se encuentran fuera de su círculo de actuación (art. IV.A.-6:108); echando un vistazo a la jurisprudencia, comprobamos que esta regla no constituye una novedad en nuestro país²⁵⁹. Indisponible es también la prórroga de la garantía por un periodo igual a aquel durante el cual el titular no ha podido usar los bienes a causa del defecto o fallo, cuando el mismo se remedie con base en esta garantía (art. IV.A.-6:108). En el TRLGDCU, la suspensión del cómputo del plazo de garantía se contempla en relación a la garantía legal (art. 123) y lo mismo parece suceder en el DL 67/2003 (art. 6.4); lo lógico y lo coherente sería que no se diferenciase a estos efectos en función del origen de la garantía.

114. Dado que, en las normas analizadas, nada se dice sobre el derecho de repetición del distribuidor que tenga que hacer frente a la garantía comercial, concluimos nuestro trabajo insistiendo en la conveniencia de que las partes reconozcan al distribuidor que tenga que hacer frente a la garantía comercial la posibilidad de instar el resarcimiento o repetición del fabricante durante un plazo que abarque, al menos, el período de garantía más seis meses tras la extinción de la misma, que es el plazo global que la ley reconoce al consumidor por la falta de conformidad en los casos en que se haya ofrecido una garantía

²⁵⁸ En el supuesto que da origen a la SAP de Almería, Sección 1ª, de 3 marzo de 2015 (*JUR* 2015\172394), existiendo una garantía comercial, el Tribunal determinó que no podía haber derecho de resolución o sustitución en los términos previstos en los arts. 114 TRLGDCU porque no constaba que hubiera un defecto de conformidad inicial, sino un defecto de uso o utilización cuando el vehículo tenía tres años en el momento de la avería y 100.000 Km de recorrido. Por los mismos motivos, tampoco cabía la reparación (119 y 121 TRLGDCU). Y tampoco procedía la devolución del precio del vehículo de sustitución, dado que el actor había firmado expresamente los contratos de entrega con el precio expresamente consignado en ellos.

²⁵⁹ Ej. SAP de Zamora de 8 de marzo de 2012 (*JUR* 2012\137492), SAP de León de 12 de febrero de 2009 (*JUR* 2009/190533), SAP de A Coruña de 22 de febrero de 2008 (*JUR* 2008\166374).

adicional. Y ello porque, en la legislación de consumidores, sólo se reconoce expresamente la acción de regreso en relación a la garantía legal, la cual ha de ejercitarse en el plazo de un año, a contar desde que se completó el saneamiento²⁶⁰.

III. Conclusiones

115. La ampliación de los criterios de conformidad y de los supuestos en que puede instarse la rebaja del precio y la resolución del contrato nos parecen muy oportunas. Sin embargo, consideramos que el legislador comunitario podría haber sido un poco más ambicioso y precisar algunos puntos que, a nuestro modo de ver, merecen ser también armonizados. En este sentido, no nos resulta comprensible que se admita la posibilidad de reducir el importe del precio a restituir por el vendedor en atención al uso que el comprador haya realizado del bien cuando se insta la resolución (si los Ordenamientos nacionales así lo prevén), que no se precise que el plazo para ejercitar la acción para reclamar el remedio correspondiente ha de empezar a computarse en el momento en que se manifiesta la falta de conformidad (siempre que la misma se haya manifestado –con carácter general- en el plazo de dos años desde la entrega), que no se aclare si debe computarse un nuevo plazo de garantía completo en el caso de que se haya procedido a la sustitución, ni tampoco que no se establezca con claridad cuándo cabe ejercitar la acción directa contra el productor. La trasposición de la nueva Directiva en los Estados miembros constituye una oportunidad para España y Portugal para despejar las dudas que suscita su normativa actual; quizás sea también el momento para que el legislador español dé un salto y aplique la normativa de protección de consumidores a la compra de bienes inmuebles.

²⁶⁰ F.M. CORVO LÓPEZ, “Distribución...”, *op. cit.*, p. 178.