

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 consumo¹

JOSÉ RAMÓN GARCÍA VICENTE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

RESUMEN

En este trabajo se estudia el régimen jurídico de la acción directa frente al productor en caso de falta de conformidad contemplada en el artículo 10 LGVBC. El legislador español ha decidido establecer una acción directa aunque la Directiva 1999/44/CE no le obligara. Se propone la reconstrucción de su régimen jurídico, oscuro e impreciso, a partir del fundamento de la acción directa y sus analogías con la acción del artículo 15 LCC, con la LRCPD y el contrato de fianza: el productor ocupa una posición de «garante». En particular, se examinan la subsidiariedad legal de la acción, su naturaleza contractual (con particular atención a las excepciones oponibles) y los casos en que procede el regreso.

SUMARIO: I. *Cuestiones generales:* 1. El fundamento de la acción directa. 2. Rasgos principales de su régimen jurídico. 3. La identificación del consumidor y el comprador. 4. La identificación del productor.—II. *La subsidiariedad de la acción directa:* 1. Las perspectivas de la subsidiariedad. 2. Los casos de carga excesiva e imposibilidad de ejercicio: A) La insolvencia del vendedor. B) Los casos de carga excesiva que no exigen requisito complementario alguno. C) La reclamación infructuosa frente al vendedor.—III. *La naturaleza «contractual» de la acción:* 1. El régimen general aplicable. 2. Las razones para inclusión de la reparación y la sustitución y para la exclusión de la reducción del precio y de la resolución. 3. El régimen de excepciones oponibles por el vendedor. 4. La exclusión necesaria de los bienes de segunda mano.—IV. *El derecho de regreso: régimen jurídico.*

¹ En el texto de la Ley 23/2003, de 1 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo (LGVBC, en adelante) publicado en el *Boletín Oficial del Estado* (núm. 165, de 11 de julio de 2003) hay una errata aún no corregida. En el párrafo segundo de este precepto, en el que se dice «cesara» y no «cesará», texto que no se corresponde con la redacción definitivamente aprobada por el Congreso de los Diputados, *Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados*, VII Legislatura, A 117-17, 3 de julio de 2003.

I. CUESTIONES GENERALES

El legislador español ha optado por atribuir al consumidor una acción directa («directamente» dice el artículo 10.I LGVBC) contra el productor, con el propósito de mejorar su protección en caso de falta de conformidad o, como dice el artículo 8.2 de la Directiva 44/1999, para «*garantizar al consumidor un nivel de protección más elevado*». La acción es legalmente subsidiaria respecto a las pretensiones contractuales que ostente el consumidor frente al vendedor, puesto que sólo podrá ejercerla cuando «*le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse frente al vendedor*».²

El legislador comunitario en la Directiva 44/1999 no ordenó la acción «directa» contra el productor, aunque sí previno expresamente derechos de regreso entre los distintos componentes de la cadena de distribución para repercutir o distribuir entre ellos la responsabilidad soportada por el vendedor por la falta de conformidad, derechos de regreso que, por otra parte, se configuran como «disponibles», así en el artículo 4 y en el considerando 9.º de la Directiva 44/1999.

No obstante, el establecimiento de una acción de esta clase se había discutido profusamente en los trabajos previos a la Directiva, trabajos que reconocían su eficacia tuitiva para el consumidor, su justificación material y su congruencia con las normas sobre responsabilidad del fabricante. Aunque también se subrayaran las dificultades dogmáticas que entrañaba: sobre todo, la

² La Directiva 44/1999 no regula expresamente la acción directa aunque se muestra favorable a su establecimiento futuro. Así dice su considerando 23.º: «*la legislación y la jurisprudencia en este ámbito demuestran que, en los distintos Estados miembros, existe una preocupación creciente por asegurar a los consumidores un elevado nivel de protección; que, a la luz de esta evolución y de la experiencia adquirida en la aplicación de la presente Directiva, podría ser necesario prever una mayor armonización, en particular estableciendo una responsabilidad directa del productor respecto de los defectos de que sea responsable*». En congruencia con este considerando, el artículo 12 dice lo siguiente: «*A más tardar el 7 de julio de 2006, la Comisión procederá al examen de la aplicación de la presente Directiva y presentará un informe al respecto al Parlamento Europeo y al Consejo. Dicho informe examinará, entre otros elementos, si procede introducir la responsabilidad directa del productor y, si procede, irá acompañado de propuestas*». Me parece muy significativo que la Directiva sujete la procedencia de la acción a los «defectos de que [el productor] sea responsable», restricción que no está establecida con la contundencia esperable por el legislador español, lo que permite interpretar el precepto con un ámbito de aplicación más amplio, es decir, aquel que afirma que el productor asume «también» el riesgo de insolvencia del vendedor. En todo caso, la acción directa guarda una evidente conexión con la «garantía» convencional que típicamente promete el productor. Un exhaustivo panorama de los distintos Derechos de la Unión Europea puede verse en Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros*, t. I, Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2004, pp. 427 ss.

diversidad legal, o la de su acogimiento jurisprudencial, en los distintos Estados de la Unión Europea. Al margen de la probable resistencia de los fabricantes y/o importadores europeos a su establecimiento incondicionado. Estas limitaciones y dificultades, que a la postre han triunfado, aconsejaban posponer la decisión sobre su unificación y así se explica el artículo 12 de la Directiva 44/1999.

Entre las razones que justificaban su establecimiento se afirmaba en el *Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa* (1993) lo siguiente: «*En las modernas sociedades de consumo, basadas en sistemas de producción y distribución masivos, la confianza que los consumidores depositan en los productos que compran, está más ligada a la competencia que atribuyen los fabricantes que a la de los vendedores ... Cuando el defecto de un bien está causado por la fabricación del producto, es injusto que el vendedor, que no influye en modo alguno en el proceso de fabricación y que, en muchos casos, ni siquiera habrá desembalado el producto, sea el único responsable contra quien el consumidor pueda recurrir*»³.

³ *Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa* [COM (93) 509 final, 15 de noviembre de 1993] p. 89. Al amparo de estas razones se propugnó la inclusión de una acción directa en el *Dictamen del Comité Económico y Social sobre la «Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo»* (DOCE C 066, 3 de marzo de 1997). Dictamen que en su artículo 1.4 decía: «*La propuesta que ahora se presenta es mucho menos exhaustiva de lo que cabría esperar tras la larga fase preparatoria. En especial, en la propuesta de Directiva no se ofrece indicación alguna sobre las cuestiones que en los trabajos internos previos de la Comisión eran aún objeto de debate: la responsabilidad directa del productor en materia de derechos resultantes de la garantía legal, la definición expresa de la responsabilidad en caso de falta de duración de los productos y, finalmente, todo el conjunto de los servicios posventa*». Y así proponía en su artículo 2.5: «*Aunque entre productor y consumidor no existe por regla general ninguna relación contractual, la confianza que el consumidor deposita en la marca del fabricante es a menudo el estímulo determinante para la adquisición. Sin embargo, la propuesta de Directiva no concede al consumidor el derecho a recurrir directamente contra el productor. El Comité no ignora los problemas que plantearía esta concesión, especialmente en la elección de los recursos jurídicos. No obstante, el ejemplo de algunos Estados miembros [antes los ha mencionado y son Reino Unido, Grecia y Finlandia], en los que reglamentaciones de ese tipo han probado su eficacia, muestra que estos problemas pueden resolverse de un modo satisfactorio en la práctica. Por tanto, en caso de defectos cuya causa resida en la producción, el Comité propone que se conceda al consumidor el derecho a dirigirse directamente al productor o a su representante regional, cosa que sería especialmente importante en los casos en que el acceso al comerciante es particularmente difícil para el consumidor; como ocurre, por ejemplo, en las compras transfronterizas*». Propuesta que no cuajó en la redacción de la Directiva 44/1999. Querría resaltar que se insistía, también en Dictamen, en vincular la responsabilidad del productor explícitamente a los «defectos cuya causa resida en la producción» cosa que no hace la ley española con semejante claridad. Entre nosotros, José Ángel TORRES LANA, «La garantía en las ventas al consumidor», *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor Dr. José Luis Lacruz Berdejo*, I, Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (coord.), J. M.^a Bosch Editor, Barcelona, 1992, pp. 791-807, en p. 796 justificaba la ampliación de la responsabilidad del fabri-

En realidad el *Libro verde* es un compendio de las razones de la acción directa, así como de los rasgos del régimen jurídico finalmente establecido por el legislador español ⁴.

De este modo, en primer lugar subraya la incongruencia que supondría establecer la responsabilidad del fabricante por daños (Directiva 1985/374/CE) pero no por el inadecuado funcionamiento del producto, más aún cuando la garantía comercial típicamente la ofrece el productor. También afirma, en segundo lugar, que la extensión de la responsabilidad mejora las probabilidades de resarcimiento del consumidor, esto es, supone una «mayor protección», con lo cual los responsables del defecto deberían ser vendedor y fabricante, aunque habría que diferenciar su responsabilidad según la apreciación del defecto (los que sean imputables a las conductas o declaraciones respectivas) distribución de responsabilidad entre ellos que conduce al establecimiento de derechos de regreso. La protección debe asegurarse frente al consumidor, sin detrimento de las reglas sobre la responsabilidad definitiva por el defecto, esto es, qué patrimonio deba soportar definitivamente el coste económico de la responsabilidad.

En tercer lugar, menciona los derechos del comprador frente al fabricante, en particular los derechos a la reparación y a la sustitución, y excluye específicamente la resolución del contrato y la reducción del precio, esto es, los sinalagmáticos.

Por último, califica la responsabilidad del productor como «cuasi subsidiaria» puesto que el consumidor no podrá demandar al fabricante «salvo que sea imposible demandar al vendedor o que esto constituya una carga excesiva», y pone como ejemplos las ventas transfronterizas, la desaparición del vendedor del mercado y su quiebra ⁵.

cante porque el vendedor no controla la producción ni su resultado final (falta de idoneidad de la que no responde el productor en razón del artículo 1257 CC), de modo que la responsabilidad del vendedor la juzga «desmesurada y hasta poco equitativa».

⁴ *Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa* [1993] pp. 90-91.

⁵ Desde el análisis económico de la Directiva, plantea Fernando GÓMEZ POMAR, «Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y la garantía de los bienes de consumo: una perspectiva económica», *Indret* 4 (2001) [www.indret.com], pp. 28-29, la polémica sobre las consecuencias de la acción directa, fundamentalmente en la distribución comercial: «*algunos analistas económicos tienden a favorecer la visión de que la responsabilidad directa del fabricante fomentaría los incentivos de aquellos que controlan en último lugar las decisiones sobre el riesgo de defecto del producto (es decir, el propio fabricante) y, además, daría al productor los incentivos adecuados para evitar inclinaciones perversas a hacer uso de minoristas infracapitalizados y potencialmente insolventes. Otros argumentan que los beneficios de subvertir el principio de relatividad del contrato en este ámbito son, como mucho, especulativos, mientras que los costes de transacción y los costes de litigios pueden incrementarse con mucha probabilidad: el riesgo de quiebra de los minoristas es típicamente bajo, y el nivel de las pérdidas de los consumidores debidas al funcionamien-*

Como puede observarse, la Ley española acoge con gran exactitud las conclusiones del Libro Verde y, con ellas, los defectos técnicos que cabe achacarle: en particular, la extrema dificultad para precisar la subsidiaridad de la acción directa (art. 10.I LGVBC, con detalle, *infra* II), los aspectos no resueltos de su régimen jurídico (*infra* III) y la oscuridad de la regla de atribución de responsabilidad contenida en el párrafo segundo, que, interpretada desde el fin de la norma, parece ser un caso de imposibilidad de ejercicio del regreso cuando paga el productor o un caso de regreso necesario cuando paga el vendedor (*infra* IV).

No obstante, debe afirmarse que entre nosotros ya fue propuesta una acción directa en estos casos por Miguel Pasquau, en la senda trazada por la jurisprudencia francesa ⁶.

Probablemente el principal problema de esta acción directa sea que al legislador le ha parecido excesivo reconocer a la garantía legal por la falta de conformidad (establecida en los artículos 4 a 9 y DA única LGVBC) un alcance «idéntico» al de la garantía comercial prevista en el artículo 11, cuando el garante de ésta sea el productor. Si éste puede ser el contenido máximo de la acción, los matices de contenido y requisitos de la acción complican sobremanera su régimen hasta el punto de que no sea exagerado afirmar que las condiciones que establece el artículo 10 son «incomprensibles» ⁷. Por este motivo mi tarea consistirá en «reconstruir» razonablemente (y en la medida de lo posible) el régimen jurídico de la acción. No obstante, el tenor literal de la norma permite una interpretación distinta del precepto (que abarque sin más el riesgo de insolvencia del vendedor) que, aunque se sustente en razones aten-

to defectuoso del producto es también bajo. Y si las relaciones contractuales entre fabricantes y minoristas habitualmente asignan a éstos últimos los costes de las reclamaciones del consumidor, la introducción de la responsabilidad directa del productor frente al consumidor equivaldría simplemente a un sustancial aumento de los costes de transacción y, eventualmente, de los costes de litigio entre los fabricantes y los minoristas.» Según Emilio GONZÁLEZ BILBAO, «La falta de conformidad en la nueva Ley de garantías en la venta de bienes de consumo», *Estudios de Deusto* 51/2 (2005), pp. 153-169, p. 156, la repercusión sobre el vendedor de las faltas de conformidad provoca un «saneamiento de los circuitos comerciales», puesto que éste pretenderá mejorar su aprovisionamiento de productos y se alineará con aquellos fabricantes que ofrezcan garantía, calidad y servicio.

⁶ Miguel PASQUAU LIAÑO, *La acción directa en el Derecho español*, Editora General de Derecho, Madrid, 1989, pp. 145 ss.

⁷ En este sentido se pronuncia, en su jugosa y breve columna, Ángel CARRASCO PERERA, «Redundancia y ruido en las ventas de consumo», *Actualidad Jurídica Aranzadi* núm. 591 (2003). Sobre el régimen jurídico de la acción directa del artículo 10, en general véase, Margarita CASTILLA BAREA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005, pp. 289-307 a la que su redacción le parece (p. 306) un «auténtico despropósito desde el punto de vista técnico-jurídico».

dibles (sobre todo al amparo del párrafo primero del artículo 10) a mi juicio no casa con la finalidad de la norma.

1. EL FUNDAMENTO DE LA ACCIÓN DIRECTA

El fundamento de la acción, el porqué se establece, no puede deslindarse de su régimen jurídico: la explicación y su alcance forman un todo inescindible, como le ocurre en general al resto de las variadísimas (en sus razones y régimen jurídico) acciones directas previstas en nuestro Derecho, aunque otra cosa sea que haya (que en este caso no la hay) una perfecta congruencia entre el fundamento de la acción y su régimen jurídico.

La utilidad del fundamento radica en que puede emplearse como herramienta interpretativa para cubrir las lagunas que arrostra el régimen jurídico de la acción (la denominada interpretación conforme a su fin de protección) sobre todo en las siguientes tres cuestiones.

En primer lugar, en lo relativo a la extensión de su ámbito de aplicación, en particular, para decidir si es aplicable también a las ventas de bienes de segunda mano. En segundo término, para determinar el alcance de la subsidiariedad, trascendente para la eficacia práctica de esta acción (art. 10.I). Por último, en la exposición de las excepciones que puede oponer el productor o los sujetos asimilados a éste (art. 10.III) frente al ejercicio de la pretensión de cumplimiento en forma específica (reparación y/o sustitución) por parte del comprador.

Pero sobre todo sirve para determinar cuál es el ámbito propio de la acción: si la responsabilidad subsidiaria del productor lo es frente a cualquier falta de conformidad o bien sólo cuando los defectos le sean imputables por defectos de fabricación, lo que el párrafo segundo refiere como faltas de conformidad que se justifican en el *«origen, identidad o idoneidad de los bienes de consumo, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan»*.

No me parece que para averiguar el fundamento de esta acción tenga sentido la exposición de los distintos casos legales de acción directa, puesto que responden a razones heterogéneas (en todo caso extrañas a las que justifican la acción que examinamos) y su régimen jurídico, legal o jurisprudencial, está fuertemente influido por aquéllas y todas ellas lo están por el régimen de la acción directa prevista para la subcontratación en el contrato de obra, régimen

que se concentra exclusivamente en el riesgo de insolvencia (art. 1597 CC) ⁸.

Los intentos emprendidos para construir un modelo general para la acción directa, muy meritorios, no desconocen la variedad de sus razones y regímenes pero tampoco alcanzan resultados uniformes. En realidad estos intentos trasladan el problema a la consideración de en qué casos la unidad de la operación económica subyacente a la pluralidad contractual justifica el intercambio de pretensiones (rompiendo la barrera de la relatividad del contrato) y en cuáles debe mantenerse la inmunidad derivada del artículo 1257 CC. Es decir, trasladan el problema a preguntarse cuándo la «conexión contractual» es lo suficientemente relevante para que justifique el que se levante la barrera de la relatividad del contrato ⁹.

Si debemos buscar alguna semejanza de la acción regulada en el artículo 10 LGVBC con las otras acciones directas reguladas en nuestro Derecho (aquellas que permitan su ejercicio más allá del círculo de las partes contratantes) podemos hallarla con la acción «directa» que contempla el artículo 15.1 de la Ley 7/1995, de 23 de marzo, de crédito al consumo (LCC), precepto que permite que el consumidor pueda «*ejercer los derechos que le corresponden frente al proveedor*» también «*frente al empresario que hubiera concedido el crédito*», aunque someta esta posibilidad a ciertos requisitos, que luego enumera ¹⁰.

⁸ Sobre la acción directa en el artículo 1597 CC y en la subcontratación en general, véanse, Federico M. RODRÍGUEZ MORATA, *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Tecnos, Madrid, 1992, cuya posición resume en los *Comentarios al Código civil*, Rodrigo BERCOVITZ (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2001, sub artículo 1597 CC, pp. 1841-1844; y también Ángel CARRASCO PERERA/Encarna CORDERO LOBATO/Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, *Derecho de la construcción y de la vivienda*, Dílex, Madrid, 2003, 4.ª edición, pp. 341-346.

⁹ Entre nosotros, excelente, PASQUAU, *La acción directa en el Derecho español*, 1989, *passim* [brevemente en: «Comentario a la STS 2 de julio de 1997», CCJC 45 (1997), § 1232, esp. pp. 1228-1229]; y luego, Ana LÓPEZ FRÍAS, *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, J. M.ª Bosch, Barcelona, 1994, pp. 304-318; ambos a partir de la noción «conexión contractual» (la unidad de la operación económica pese a la diversidad contractual) y aceptando, como límite, la acción directa contractual del consumidor/adquirente de bienes de consumo contra el productor. Últimamente, Mariano HERNÁNDEZ ARRANZ, *La acción directa como instrumento de garantía*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005, esp. pp. 29-39, subraya la función de garantía o protección del crédito de la acción directa. En nuestro caso, el titular de la acción puede dirigirse no sólo contra su deudor (el vendedor) sino contra un tercero (el productor) que vendrá, con los matices y restricciones que a cada caso convengan, obligado a satisfacer el mismo interés (la entrega de un bien sin defectos). De manera que se satisface un interés propio, nacido de un contrato, a través de la conducta de un tercero.

¹⁰ Este precepto ha sufrido una modificación reciente en la letra b) del número 1 en virtud del artículo 134. 2 de la Ley 62/2003, de 30 de diciembre, de medidas administrativas, fiscales y del orden social, dirigida a moderar la exigencia de «exclusividad». La ruptura de la regla de la inmunidad, propia de la relatividad de los contratos, necesita de

Aunque guarda con ella algunas diferencias, no son de tanta intensidad que alejen a ambas figuras. La diferencia más sobresaliente entre ellas es la siguiente: en el artículo 15.1 LCC el sujeto pasivo de la acción directa (el financiador o concedente de crédito) es parte contractual del contrato de préstamo y mantiene con el proveedor una específica relación de «exclusividad» o, al menos, un «acuerdo previo» [art. 15.1.b) y c)] relación que hace que pueda prevenir o controlar los riesgos que pesan sobre éste. En el caso de la distribución de bienes no es imprescindible que entre el vendedor final y el productor se haya celebrado contrato alguno (aunque éste sea posible), porque el vendedor puede haber adquirido de un suministrador intermedio. Pese a esta diferencia, la analogía con la acción del artículo 15 LCC nos servirá para justificar el sentido de la integración de las lagunas del artículo 10 LGVBC.

Para constatar esta semejanza expondré las funciones a las que atienden una y otra acción, aunque adelanto que ambas cumplen una función de «refuerzo» de la posición del comprador (acreedor de la conformidad) que puede reconducirse a la propia de las obligaciones fideiusorias y que significan la aplicación de algunas reglas del contrato de fianza ¹¹.

El artículo 10 LGVBC responde a la función de garantía del cumplimiento del contrato, esto es, el derecho al cumplimiento, a la conformidad, se satisface no sólo por el vendedor (obligado contractualmente) «sino también» por el productor, aunque se restrinja a ciertas faltas de conformidad y se someta legalmente al requisito de la subsidiariedad.

Debemos concluir que la acción directa desplaza matizadamente sobre un «tercero» (el productor) uno de los riesgos típicos que soporta el acreedor en cualquier contrato: el riesgo de incumplimiento (en rigor, de «algunos» incumplimientos). Justamente esto es lo que ocurre, según la interpretación más atendible, en el artículo 15.1 LCC, en el que se desplazan los riesgos de incumpli-

razones suficientes para que un contratante (el «tercero») tenga que soportar los riesgos derivados de un contrato que le es ajeno. Por eso el precepto regula la vinculación existente entre contratantes (que desvela la unidad material de la operación económica), vinculación que justifica la ruptura de la regla.

¹¹ También guarda semejanza con el fundamento de la responsabilidad incondicionada del promotor frente al adquirente en los casos que especifica el artículo 17 LOE, que por otra parte se agota en la relación externa frente al adquirente reconociéndose en la relación interna derechos de regreso. Así Encarna CORDERO LOBATO; Ángel CARRASCO PERERA/Encarna CORDERO LOBATO/María del Carmen GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Pamplona, 2000, 2.^a edición, sub artículo 9, pp. 197-213, señala como fundamento (p. 204) el siguiente: «*los futuros propietarios pueden razonablemente confiar en la idoneidad del inmueble cuando el mismo es el resultado de una actividad de mercado realizada por quien se presenta ante ellos como un profesional del mercado inmobiliario. Y quien participa en el tráfico está obligado a que el resultado de su actividad profesional satisfaga esta expectativa*».

miento y también el de insolvencia del proveedor de los bienes o servicios financiados al concedente de crédito o prestamista, riesgos que típicamente soporta el comprador/prestatario.

Desde una perspectiva más amplia, la posición del productor es semejante a la del fiador, puesto que está obligado a pagar una deuda ajena ya constituida sin liberación del deudor originario, en definitiva se obliga (la fuente de su obligación es legal) «a pagar o cumplir por un tercero en caso de no hacerlo éste» (art. 1822.I CC) ¹².

El examen sucesivo de las características de su régimen jurídico permite constatar la utilidad práctica y buen sentido de calificar la posición del productor como «garante».

En primer lugar, el nacimiento de la responsabilidad contractual del productor es accesoria de la del vendedor (es precisa en todo caso la falta de conformidad) y, en segundo lugar, se consagra una acción de regreso para obtener el reembolso de la obligación ajena satisfecha (arts. 10.IV LGVBC y 1838 CC) salvo que le corresponda definitivamente al productor el sacrificio, porque en la relación interna no haya un título para el reembolso, posibilidad que, como veremos, ocurre en el artículo 10.II, *in fine*, LGVBC cuando la falta de conformidad se «refiera al origen, identidad o idoneidad de los bienes de consumo, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan». Si la falta de conformidad se debe a esta causa no nacerá derecho de regreso alguno, pero, simultáneamente, sólo en razón de defectos imputables a estas causas puede ejercerse la acción directa. Como veremos, la regulación del derecho de regreso debe restringirse a las relaciones entre vendedor (responde de una falta de conformidad que no le es imputable) y productor y no viceversa (*infra*, IV).

La confluencia de ambas perspectivas aleja a esta acción directa de las acogidas en nuestro Derecho, entre las más relevantes, las

¹² Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Aranzadi, Pamplona, 2000, pp. 244-250, desarrolla la cuestión del «incumplimiento y la insolvencia del vendedor como riesgo empresarial del prestamista», perspectiva que le conducirá derechamente a calificar la posición del prestamista como «garante» del vendedor, esto es, deudor de una obligación fideiusoria y sometido, por tanto, al régimen de la fianza, así más detalladamente, pp. 262 ss. y 294-298. Antes, en un sentido semejante en cuanto a la aplicación analógica de algunos preceptos sobre «fianza», Julio V. GAVIDIA SÁNCHEZ, *El crédito al consumo (cesión y contratos vinculados)*, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz/Tirant lo Blanch, Valencia, 1996, pp. 129-130. Últimamente sobre el artículo 15 LCC puede verse, Irene ESCUIN IBÁÑEZ, *Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo*, Comares, Granada, 2002, pp. 201-225. No hay asunción liberatoria de deuda (recordemos el regreso) y la asunción cumulativa de deuda impuesta por la ley carece de un régimen jurídico distinto al de la fianza. Sobre esta última afirmación, véase Xabier BASOZABAL ARRUE, «El contrato de asunción de deuda», ADC (2000) I, pp. 83-159, especialmente pp. 121-129. Resalta la función de garantía y su conexión con la fianza, en este caso «legal», HERNÁNDEZ ARRANZ, *La acción directa como instrumento de garantía*, 2005, pp. 135-149.

contempladas en los artículos 1597 CC (en general, en la subcontratación), 17 LOE y 76 LCS que, por otra parte, son exacerbadamente heterogéneas en su fundamento y configuración legal. También aleja a esta acción de las reglas construidas sobre la pluralidad de contratos cuando estamos en presencia de una operación económica única, que exige una propagación de la eficacia/ineficacia de uno de los contratos en el otro, para proteger a una de las partes contratantes, así en el caso del contrato de *leasing* o, antes de la Ley de ordenación de la edificación, en la adquisición de viviendas ¹³.

Por último, puede afirmarse que el fundamento de la acción es semejante, como acreditan los antecedentes del artículo 10 LGVBC en la Directiva 1999/44, al que justifica la atribución de legitimación pasiva como responsables en la responsabilidad civil del fabricante al propio productor y la exclusión del comerciante o intermediario.

Por una parte, el comerciante o intermediario ha perdido paulatina relevancia en el tráfico, sobre todo, carece de facultades de control sobre la utilidad o conformidad de los bienes. Por otra parte, se designa a un responsable fácilmente identificable y probablemente solvente y que puede, en su caso, asegurar su responsabilidad y repercutir el coste ¹⁴.

También en una razón de congruencia entre quienes serán típicamente los garantes [«los que figuren como tales», arts. 11.1 y 3.b) LGVBC] en la garantía comercial y quienes garantizan la conformidad según el régimen legal. Como se ha dicho, aunque formulado en particular sobre las declaraciones públicas del productor [ahora en el artículo 3.1.d) LGVBC]: «*el vendedor es, en la mayoría de los casos, un mero suministrador de bienes, sin apenas capacidad operativa en relación con los mismos, pues todas sus*

¹³ Así, para el *leasing*, se ha reconstruido la eficacia relativa del contrato a través de la subrogación o cesión de acciones y derechos, aun implícita o con justificaciones más o menos detalladas sobre la validez de cláusulas de exoneración de responsabilidad; véase, M.^a del Carmen GARCÍA GARNICA, *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Aranzadi, Pamplona, 2001, especialmente, pp. 180-185 y 195-213. En el caso de las acciones del subadquirente de viviendas frente al promotor (causante del vendedor) la acción directa se ha admitido para evitar que la incomunicación contractual asegurara la inmunidad y la desprotección del adquirente; sobre ello, exponiendo las líneas jurisprudenciales anteriores a la Ley de ordenación de la edificación, un apunte en M.^a del Carmen PÉREZ CONESA, *Comentarios al Código civil*, Rodrigo BERCOVITZ (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2001, sub artículo 1257 CC, pp. 1460-1462.

¹⁴ Ángel CARRASCO PERERA/Encarna CORDERO LOBATO/Pascual MARTÍNEZ ESPÍN, «Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantía de bienes de consumo. Primera parte: Opciones, situación actual, condiciones de transposición y análisis de la Directiva» [1999, http://www.uclm.es/post_derecho/2000/materiales/civil/DirectivaGarantias1.doc], pp. 49-51, para quienes el establecimiento de una acción directa protege de la desaparición del mercado del vendedor y también previene su eventual insolvencia.

características se hallan predeterminadas por el productor, que es, generalmente, quien ofrece la garantía y quien se encarga por tanto, a través de sus delegaciones, de llevar a cabo las reparaciones solicitadas en los bienes de consumo»¹⁵.

2. RASGOS GENERALES DE SU RÉGIMEN JURÍDICO

Las características de la acción directa prevista en el artículo 10 son las siguientes¹⁶. En primer lugar, es legalmente subsidiaria, esto es, el consumidor sólo podrá ejercerla si le es «imposible» o le supone una «carga excesiva» dirigirse contra el vendedor (art. 10.I LGVBC). En segundo lugar, es de naturaleza «contractual», en particular, sólo puede ejercerse la pretensión de cumplimiento en forma específica (reparación y/o sustitución) frente al productor en «*los mismos plazos y condiciones establecidos para el vendedor*», siempre que el defecto sea imputable al productor, esto es, siempre que la falta de conformidad «*se refiera al origen, identidad o idoneidad de los bienes de consumo, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan*» (art. 10.II LGVBC).

Además se regula conjuntamente con la acción de regreso, como derecho con el que se trata de distribuir definitivamente la carga económica de la responsabilidad por la falta de conformidad (art. 10.IV LGVBC) aunque no pueda considerarse estrictamente como rasgo de su régimen jurídico, puesto que no disciplina en qué supuestos puede ejercerse sino cómo se reparten definitivamente entre productor y vendedor, sobre todo, las consecuencias económicas de su ejercicio.

De estos rasgos, la subsidiariedad es el que suscita mayores dificultades y es el que, a mi juicio, determinará en el futuro su eficacia práctica. La acción directa reduce el recurso al régimen de la responsabilidad extracontractual y por otra parte, simplifica la discusión procesal de la responsabilidad o, como se ha dicho con claridad: «*elimina esos inconvenientes, mediante una simplifica-*

¹⁵ CARRASCO/CORDERO/MARTÍNEZ ESPÍN, «Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantía de bienes de consumo. Primera parte», 1999, pp. 109-110.

¹⁶ Por su parte, Mercedes VÉRGEZ SÁNCHEZ, *La protección del consumidor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, Aranzadi, Pamplona, 2004, pp. 112-122, delimita sus rasgos atendiendo por un lado a los sujetos responsables; por otro al alcance y supuestos de la responsabilidad contractual; y por último al derecho de regreso. Una breve noticia de la acción directa en el artículo 10 puede verse en José Antonio GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, «Consideraciones generales sobre la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la venta de bienes de consumo», *Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar*, Juan Ignacio RUIZ PERIS (dir.), Estudios de Derecho Judicial 50, CGPJ, 2004, pp. 75-112, especialmente, pp. 104-105.

ción procesal (permitiendo al interesado dirigirse contra el último eslabón de la eventual cadena de responsables, que no es sino el verdaderamente responsable desde un punto de vista material), y soslayando el riesgo de insolvencia de los deudores intermedios (responsables mediatos), y todo ello por cauces específicamente contractuales»¹⁷.

Antes de dar cuenta de estos rasgos y del derecho de regreso, que desarrollaremos sucesivamente, deben precisarse dos asuntos que afectan a su ámbito de aplicación: uno es común a toda la Ley, y se refiere a la identificación entre consumidor y comprador (*sub 3*); el segundo se refiere a la identificación del productor (*sub 4*)¹⁸.

3. LA IDENTIFICACIÓN ENTRE EL CONSUMIDOR Y EL COMPRADOR

La mención al «consumidor» no supone la extensión de las facultades contractuales que ostenta el comprador, ni tampoco de la acción directa, a los usuarios materiales o subadquirentes por cualquier título del comprador, siempre que la compraventa no se califique como mercantil (en caso contrario, el comprador «no» es el destinatario final). Cosa distinta es la «garantía comercial» (art. 11) cuyo beneficiario puede ser un adquirente ulterior o el simple usuario, puesto que típicamente la garantía se vincula sin más al producto.

La repetida mención «consumidor» [así, en los artículos 1.I, 2.I, 3.1.c), 3.2, 3.3, 4, 5, 6.a), b), c), 7 y 9.1], en vez de la más exacta «comprador», responde a una finalidad concreta: determinar cuáles son los sujetos protegidos, que no son otros que los «destinatarios finales» (arts. 1.I LGVBC y 1.2 LGDCU). Es más, en

¹⁷ PASQUAU, *La acción directa en el Derecho español*, 1989, p. 129. Estas dos razones (simplicidad y protección frente a la insolvencia) explican también la acción del artículo 76 LCS, Fernando SÁNCHEZ CALERO, *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*; Fernando SÁNCHEZ CALERO (dir.), Pamplona, Aranzadi, 2001, 2.ª edición, *sub* artículo 76, pp. 1298-1356.

¹⁸ Debe excluirse de su ámbito la responsabilidad contemplada en el artículo 3.1.d) LGVBC, en el que no hay «refuerzo» alguno sino responsabilidad «directa» y «exclusiva» del productor (por sí o por su representante) que es quien con sus «declaraciones públicas» ha hecho confiar a los consumidores en cuál era la utilidad esperada del bien. Esto es, aquí la conformidad es exigible exclusivamente al productor, de manera que no es una acción que concorra con la acción del comprador sino que el comprador sólo puede ejercer para satisfacer tal falta de conformidad la acción del artículo 3.1.d) LGVBC. Por su parte, para este caso señala que el único medio de que dispone el comprador para dirigirse contra el productor en este caso es la «acción directa» M.ª Rosa LLÁCER MATACÁS, «La garantía en les vendes de béns de consum: anàlisi de la Llei 23/2003, de 10 de juliol», *Revista Catalana de Dret Privat* 4 (2004), pp. 45-92, p. 87.

ocasiones el propio legislador ha mencionado explícitamente al «comprador» [art. 6.e) y f)] o la «decisión del comprador» [art. 3.1.d)] y no al «consumidor». En otras ocasiones, las reglas parten de la condición necesaria de parte contractual del consumidor: así ocurre con nitidez en los artículos 3.1.c) y 9.1.I, *in fine*, LGVBC. Es evidente que el legislador no traza entre consumidor y comprador diferencia alguna y que, por tanto, no debe extenderse a los usuarios o subadquirentes del comprador los derechos que competan al comprador.

4. LA IDENTIFICACIÓN DEL PRODUCTOR

El precepto delimita su ámbito de aplicación, con la «identificación del productor» en el artículo 10.III LGVBC [compárese con el artículo 2.1.d) de la Directiva 44/1999] con la inclusión, por razones atendibles, del «importador» a la Unión Europea y del conocido como productor aparente. Inclusión que es similar a las previstas en otras normas: así, específicamente, en los artículos 26 y 27 LGDCU y en los artículos 4.1.d) y 4.2 de la Ley 22/1994, de 6 de junio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos (LRCPD) ¹⁹.

La identificación del «productor» no precisa de mayores comentarios y basta remitirse a aquellos que han expuesto las razo-

¹⁹ Su origen se halla en el artículo 3 de la Directiva 85/374/CE, de 25 de julio, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (*DOCE*, L 210, 7 de agosto de 1985); sobre este precepto de la Directiva, Guillermo ALCOVER GARAU, *La responsabilidad civil del fabricante (Derecho comunitario y adaptación al Derecho español)*, Civitas, Madrid, 1990, pp. 87-114. Véanse, sobre el artículo 4 de la LRCPD, Domingo JIMÉNEZ LIÉBANA, *Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*, McGraw-Hill, Madrid, 1998, pp. 257-282; M.^a Ángeles PARRA LUCÁN, *Tratado de responsabilidad civil*; Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 1221-1229, y Miquel MARTÍN CASALS/Josep M.^a SOLÉ FELIÚ, «Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (I)», *Práctica. Derecho de daños*, núm. 9 (2003), pp. 6-34, esp. pp. 30-34. La utilidad de la LRCPD es limitada, puesto que su ámbito objetivo de protección es diverso al de la LGVBC; aun así puede emplearse, por su semejanza, para la identificación de los sujetos responsables y para delimitar el régimen jurídico del derecho de regreso. Por su parte, el artículo 2.d) del Real Decreto 1801/2003, de 26 diciembre, de Seguridad General de los Productos (dentro de las definiciones «Productor»), tiene una delimitación semejante en su número 1.º («El fabricante de un producto cuando esté establecido en la Comunidad Europea. Se considerará también fabricante toda persona que se presente como tal estampando en el producto su nombre, marca o cualquier otro signo distintivo, o toda persona que proceda al reacondicionamiento del producto») y 2.º («El representante del fabricante cuando no esté establecido en la Comunidad Europea o, a falta de representante establecido en la Comunidad, el importador del producto») pero no en el 3.º («Los demás profesionales de la cadena de comercialización en la medida en que sus actividades puedan afectar a las características de seguridad del producto»).

nes de la asimilación de otros sujetos del tráfico (importadores y productores aparentes, esto es, quienes se presentan al público como tales), así como su delimitación material precisa. No se incluye al «suministrador» (véase, en otro sentido, la DA única LRCPD), que, en nuestro caso, es el «vendedor», pero la discusión sobre la disciplina procesal de su concurrencia nos será útil al examinar la subsidiariedad de la acción directa, así como en la duración del derecho de regreso o reembolso, puesto que la duración es la misma en el artículo 10.IV LGVBC y en la DA única LRCPD y sustancialmente también es igual su *dies a quo* de cómputo.

Como veremos dentro de la acción de regreso, esta identificación del productor no supone una restricción en orden a identificar otros eventuales «responsables» de la falta de conformidad: entre otros, los distribuidores intermedios o los controladores de la producción; véanse, entre otros, los sujetos mencionados en los artículos 78 de la Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes y 70 a 80 de la Ley 25/1990, de 20 de diciembre, del Medicamento. El ámbito del regreso no se restringe a las relaciones entre vendedor y productor sino también frente a cualquier tercero.

II. LA SUBSIDIARIEDAD DE LA ACCIÓN DIRECTA

La acción directa es «subsidiaria», puesto que el consumidor sólo podrá ejercerla si, como dice el artículo 10.I LGVBC, le es «imposible» o le supone una «carga excesiva» dirigirse contra el vendedor. Esta subsidiariedad, que es, desde luego, su rasgo más sobresaliente, está borrosamente configurada, lo que repercute en su régimen de ejercicio sustantivo y procesal. Hubiera sido preferible que el legislador detallara algo más su contenido, sin que sea útil recurrir al artículo 15.1.e) LCC que es un modelo legal igualmente impreciso ²⁰.

²⁰ El artículo 15.1.e) LCC permite el ejercicio de la acción siempre que el consumidor «haya reclamado, judicial o extrajudicialmente, por cualquier medio acreditado en derecho, contra el proveedor y no haya obtenido la satisfacción a la que tiene derecho». Propiamente es un precepto que nada añade a su consideración como acción subsidiaria, puesto que la posibilidad del ejercicio extrajudicial depende de las reglas generales (las restricciones o exclusiones deben mencionarse explícitamente y además su admisión resulta de una interpretación más favorable para el consumidor, art. 1.1.I LGDCU) y la reclamación infructuosa o la insatisfacción del derecho es *condicio sine qua non* de cualquier acción subsidiaria. La mención a la acreditación por cualquier medio es puramente superflua: no están tasados los medios de prueba en general y además no se aparta de las reglas generales de distribución de la carga de la prueba. Así se comprende que MARÍN LÓPEZ, *La compraventa financiada de bienes de consumo*, pp. 313-317, 325-332, se centre en dotar de contenido específico al precepto. No parece que el legislador español haya hecho caso en el artículo 15 LCC al mandato del artículo 11.2.e), *in fine*, de la

Abordaremos sucesivamente las siguientes cuestiones: en primer término, los límites del problema y los argumentos normativos que pueden emplearse para dotar de contenido a la subsidiariedad (*sub* 1). En segundo lugar, la exposición circunstanciada de qué casos pueden considerarse como carga excesiva o imposibilidad para el comprador (*sub* 2). Por último, cómo se manifiesta la subsidiariedad en el régimen de excepciones oponibles por el productor, asunto que se verá dentro de la naturaleza «contractual de la acción» toda vez que tiene mejor acomodo dentro de la defensa frente a la pretensión aunque será inevitable la remisión a alguno de los argumentos que manejemos aquí (*infra* III.3).

1. LAS PERSPECTIVAS DE LA SUBSIDIARIEDAD

Como veremos inmediatamente, precisar los casos de imposibilidad o carga excesiva, su alegación y acreditación «dentro o fuera» del proceso (por quién y cómo) es una tarea cuyos resultados condicionan gravemente los efectos prácticos que pueda tener esta acción directa. Esta vaga configuración, me parece, augura su fracaso pero también se explica por las cautelas del legislador en la extensión de la responsabilidad contractual más allá de las partes del contrato. En definitiva, la subsidiariedad enfrenta a la acción directa con su propia razón de ser y con su principal obstáculo dogmático que no es otro que la relatividad del contrato (art. 1257 CC).

El legislador, en la senda dibujada por los antecedentes legislativos comunitarios del precepto, se inclina por la subsidiariedad tratando de conciliar los siguientes dos extremos, aunque, en sentido estricto, la acción directa se traza en el espacio intermedio.

Por un lado, la exclusividad de la responsabilidad contractual entre las partes contratantes exige que los derechos que deriven del contrato sólo puedan ejercerse entre sus partes (art. 1257.I CC), siendo radicalmente excepcional su extensión a terceros, con los que las partes, o el objeto del contrato, tengan alguna conexión. Y, por otro lado, la responsabilidad contractual directa del productor por la falta de conformidad, al que razonablemente le será imputable en la mayor parte de los casos la falta de conformidad (lo que el art. 10.II LGVBC menciona como «caso» parece ser, más bien, la «regla»), puesto que será quien controle de modo principal la producción y distribución de los bienes de consumo.

Directiva 87/102/CEE, sobre crédito al consumo del que trae causa: «Los Estados miembros establecerán en qué medida y bajo qué condiciones se podrá ejercer dicho derecho».

Todo ello, sin perjuicio del reconocimiento de eventuales derechos de regreso en el caso de que la falta de conformidad sea imputable a otros sujetos de la cadena de producción y/o distribución. El establecimiento de una responsabilidad incondicionada del productor probablemente alteraría los modos de distribución de los bienes y las reglas convencionales que se estipularían para su gobierno.

La subsidiariedad de la acción directa en este caso se separa de la configuración técnica de las acciones directas contempladas en nuestro Derecho que «no» son legalmente subsidiarias, asunto que dificulta sobremanera su alegación para la aplicación analógica ²¹.

Por otro lado, para dotar de significado a este rasgo podemos recurrir a los casos de subsidiariedad «legal», tanto de la acción subrogatoria como de la acción rescisoria por fraude de acreedores (arts. 1111 y 1294 CC, que es una subsidiariedad de remedios legales) y sobre todo al contrato de fianza, aunque convenga distinguir entre accesoriedad y subsidiariedad en la posición del fiador (arts. 1822.I y 1830 CC).

La subsidiariedad no se refiere exclusivamente al ejercicio de distintos remedios legales frente al mismo supuesto (caso de los arts. 1111 y 1294 CC), ni tampoco a que sea necesario agotar en primer término el patrimonio del deudor principal (el vendedor) para después dirigirse contra el deudor directo (el productor) como pudiera defenderse desde una perspectiva restrictiva en el contrato de fianza (art. 1830 CC). La subsidiariedad (patente en el artículo 1822.I CC) se refiere a que debe constatare primero el incumplimiento de la obligación principal que soporta el deudor para poder exigir al garante el cumplimiento de su obligación, como dice el artículo 1822 I CC «*en caso de no hacerlo éste* [el deudor principal]». Como veremos más adelante, pueden establecerse distintos medios para tal constatación y en su delimitación podrá optarse por una interpretación más o menos favorable para el consumidor ²².

La accesoriedad significa que la subsistencia, validez y extensión de la obligación principal es condición para la subsistencia,

²¹ Aunque sea cierto que la acción directa del artículo 1597 CC exige la reclamación previa infructuosa o, para otros, la previa constitución en mora del deudor inmediato. La alegación analógica exige identidad de razón y semejanza de los supuestos de hecho (art. 4.2 CC): si, como hemos visto, la heterogeneidad de los fundamentos de las distintas acciones es su rasgo más sobresaliente, no lo son menos las diferencias que cabe apreciar entre sus respectivos regímenes jurídicos.

²² Sobre la distinción entre subsidiariedad, accesoriedad y la relación de la primera con el beneficio de excusión, véase, Ángel CARRASCO PERERA/Encarna CORDERO LOBATO/Manuel Jesús MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Pamplona, 2002, pp. 68-69.

validez y extensión de la obligación accesoria, de modo que no puede nacer independientemente y debe constatarse su supuesto de hecho, que será el vencimiento y exigibilidad de la obligación (principal) garantizada.

Resulta extremadamente útil mencionar estos casos toda vez que, como hemos visto, ni el artículo 15.1.e) LCC, ni tampoco el artículo 11.3.b) (reparación «no satisfactoria») o la cláusula 9.^a (reparación que «no fuere satisfactoria o resultare imposible») de la DA 1.^a, ambos de la LGDCU, permiten establecer un listado de supuestos en que procede su ejercicio, porque es patente que el presupuesto necesario del ejercicio de las acciones frente a la falta de conformidad, sea frente al vendedor o frente al productor, dependen de la insatisfacción del interés del comprador. Más aún los últimos supuestos mencionados que, referidos a la reparación, tienen menor valor para nuestro caso en virtud de los vigentes artículos 5 y 6 LGVBC.

Me parece que el contenido de la subsidiariedad (ya se obtenga de su confrontación con las reglas de la acción subrogatoria, de la acción rescisoria por fraude o del mismo contrato de fianza) debe construirse desde la adecuada protección del interés al que pretende servir, protección que es ambivalente.

Por una parte, debe contemplarse el interés del consumidor a no soportar una «carga excesiva» en el ejercicio de la pretensión que satisface su interés primordial (el cumplimiento en forma específica) de manera que los límites a la reclamación previa frente al vendedor, o bien la constatación de su insolvencia, deben establecerse desde esta consideración, que podrían ordenarse también como casos en que le es «inexigible» al comprador dirigirse frente al vendedor, esto es, casos en los que no es razonable imponerle la reclamación previa.

Por otra parte, debe evitarse el riesgo para los productores de una sustitución plena de los vendedores en caso de falta de conformidad, por su (probable) mayor solvencia y (probable) mejor identificación, esto es, el interés de los productores en responder limitadamente, que es lo que la Ley establece. Tal vez, sea preferible atender a este interés en sede de excepciones oponibles a la pretensión del comprador antes que utilizarlo para construir la propia noción de subsidiariedad, sobre todo porque la noción de «imposibilidad» debe manejarse restrictivamente. En buena medida, ya se configure este interés como elemento de la subsidiariedad o bien como excepción oponible, su efecto práctico es semejante.

2. LOS CASOS DE CARGA EXCESIVA E IMPOSIBILIDAD DE EJERCICIO

Los trabajos previos a la Directiva se pronunciaron sobre la acción directa con un lenguaje que el legislador español ha incorporado al texto legal sin depurar ni confrontar dogmáticamente con nuestro Derecho de contratos.

Así el *Libro Verde* calificaba la responsabilidad derivada de la acción directa como «cuasi subsidiaria al no poder el consumidor demandar al fabricante salvo que sea imposible demandar al vendedor o que esto constituya una carga excesiva»; y ponía como ejemplos de esta «cuasi subsidiariedad» las ventas transfronterizas, la desaparición del vendedor del mercado o su quiebra ²³.

El dar cuenta de estos antecedentes tiene por único propósito exponer que el legislador español traslada al texto del artículo 10 LGVBC el fin perseguido con el establecimiento de la acción directa pero sin preocuparse por atribuirle un sentido técnico preciso. Es decir, la importancia de la cuestión exigía un esfuerzo en determinar los casos en que procede, para que sus efectos en la cadena de distribución fueran previsibles y asegurables en esa medida. Es probable que con la redacción vigente los productores aseguren todas las posibilidades y las repercutan a través del precio de los bienes de consumo.

Deben distinguirse varios supuestos matizando que la única pretensión disponible para el comprador es el cumplimiento en forma específica ²⁴: en primer lugar, los referidos a la «insolven- cía» del vendedor en los que no podrá satisfacerse la pretensión de cumplimiento «a costa» del patrimonio del vendedor (*sub a*). En segundo término, los que pueden reconducirse a la imposibilidad, dificultad extrema o costes inaceptables de dirigir la pretensión contra el vendedor (*sub b*); y, por último, las que aborden específicamente la falta de conformidad y su reclamación frente al vendedor (*sub c*).

Me parece que el asunto es bastante más simple desde el régimen vigente (extraño a nuestra tradición) de la «carga de denun-

²³ *Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa* (1993), pp. 90-91.

²⁴ MARÍN LÓPEZ, *La compraventa financiada de bienes de consumo*, pp. 313-317, 325-332, para quien la clave del entendimiento del artículo 15.1.e) LCC (parcialmente coincidente con el que examinamos) se encuentra en la configuración del prestamista (para nosotros en el «productor») como garante del proveedor (para nosotros el «vendedor») y que detalla los casos de reclamación previa «insatisfactoria», aunque en su caso es de contenido más amplio porque pueden ejercerse todos los derechos que se ostenten frente al proveedor (también los sinalagmáticos) y no sólo el cumplimiento en forma específica (sea la reparación o sea la sustitución).

cia» contemplada en el artículo 9.4.I LGVBC para que subsistan las acciones contra el vendedor aunque carezca legalmente de consecuencias específicas su infracción.

En resumen, y anticipo el sentido que me parece debe asignarse a la subsidiariedad: bastará como regla la reclamación extrajudicial previa insatisfactoria (o infructuosa) frente al vendedor, que se consumará con el ejercicio de la pretensión de cumplimiento en sus formas de reparación y/o sustitución y con el transcurso de un plazo razonable para su satisfacción voluntaria. Reclamación superflua cuando se acrediten circunstancias que hacen segura (o muy probable) la insatisfacción: así en los casos de insolvencia o de desaparición material o jurídica del vendedor.

Tal vez hubiera sido sensato, desde la finalidad tuitiva de la Ley, enumerar de modo amplio los casos en que procede el ejercicio de la acción directa y reservar al productor la posibilidad de enervar la pretensión cuando lograra que el vendedor satisficiera la pretensión. Es decir, desplazar al productor la carga de acreditar la solvencia o de proceder a la identificación de los vendedores que se hallan bajo su círculo de control, directa o indirectamente.

A) La insolvencia del vendedor

Procederá el ejercicio de la acción directa cuando el consumidor acredite la insolvencia del vendedor, aunque no es razonable que los compradores deban pedir ni la declaración de concurso ni siquiera el reconocimiento de su crédito en el concurso, ni tampoco que deban acreditar la práctica infructuosa de embargos.

La situación de insolvencia del vendedor podrá constatarse por su declaración de concurso a instancia de terceros (o del propio vendedor); también por el fracaso de acciones ejecutivas emprendidas por terceros de las que el comprador tenga noticia o incluso el ejercicio de acciones que presuman la situación de insolvencia (reclamación frente a fiadores o ejecución de garantías reales prestadas por el vendedor). En materia de excepciones veremos cómo es posible que el productor señale bienes bastantes del vendedor (arts. 1832 CC y 589.1 LEC) para evitar la pretensión de cumplimiento en forma específica. Me parece que si aceptamos la suficiencia para el ejercicio de la acción directa de la reclamación infructuosa extrajudicial frente al vendedor, el único interés en examinar la cuestión de la insolvencia reside en detallar en qué casos es sencillamente innecesaria porque el deudor/vendedor es insolvente o es razonable deducirlo de sus circunstancias de tráfico.

B) Los casos de carga excesiva que no exigen requisito complementario alguno

En segundo lugar, aquellos casos que cabe calificar como «carga excesiva» para el comprador y que, acreditados, no exigen reclamación complementaria alguna: así, la desaparición jurídica o material del vendedor, bien sea por disolución, bien por cese de actividad, bien por deslocalización o porque su localización es ardua o muy difícil, como ocurre en los casos de venta transfronteriza. También debe entenderse incluidos los casos en que los «costes judiciales del ejercicio de la acción frente al vendedor» sean excesivos no tanto por su cuantía (que no satisfará el comprador cuando ejerza su derecho fundadamente, toda vez que rige el principio del vencimiento, art. 394 LEC) como por los costes temporales y de administración de la pretensión que le harán desistir probablemente de su ejercicio²⁵.

No parece necesario imponer un ejercicio judicial insatisfactorio frente al vendedor (ni siquiera en los casos de mayor valor de los bienes de consumo adquiridos) bastando la reclamación extrajudicial infructuosa o acreditando la falta de ejecución del laudo arbitral de consumo.

C) La reclamación infructuosa frente al vendedor

El supuesto más común de subsidiariedad se referirá al fracaso de la pretensión de cumplimiento en forma específica frente al vendedor (arts. 5, 6 y 10.II LGVBC) de manera que la reclamación es insatisfactoria o infructuosa. Las cuestiones que deben examinarse en este punto son dos: la primera, se refiere a si es necesario el ejercicio judicial o si basta el extrajudicial; la segunda consiste en fijar en qué casos debe considerarse «infructuosa» o «insatisfactoria» la reclamación²⁶.

En primer término, no hay razones para restringir la subsidiariedad a los casos de ejercicio judicial: en defecto de expresión legal expresa (y en razón del principio favorable también a su ejer-

²⁵ Salvo para el caso de arbitraje cuando éste se constituya en virtud de una declaración pública anterior del vendedor en razón de la gratuidad del arbitraje de consumo.

²⁶ Hay otra cuestión que es superflua y que ya hemos visto reflejada en el artículo 15.1.e) LCC, me refiero a la acreditación de la reclamación contra el vendedor/proveedor. Es superflua porque su resolución no difiere de las reglas generales de distribución de la carga de la prueba cuando las partes pueden disponer sobre la materia controvertida: artículos 216 y, sobre todo, 217 LEC.

cicio) debe entenderse suficiente el ejercicio extrajudicial que, en materia de consumo, será lo más común.

El segundo asunto es más complejo de decidir: cuándo la reclamación es «infructuosa», puesto que depende de la conducta del vendedor reclamado y del tiempo en que trate de cumplir. Será infructuosa la reclamación al menos en los siguientes casos: cuando haya negativa expresa o retraso inadmisibles en contestar por parte del vendedor; cuando la reparación sea defectuosa; cuando haya un retraso inadmisibles en la reparación o en la sustitución; o cuando sea evidente que le es imposible la reparación o sustitución porque o bien no tiene condiciones técnicas para hacerlo por sí mismo, para la primera, o bien carece de bienes disponibles, para la segunda.

III. LA NATURALEZA «CONTRACTUAL» DE LA ACCIÓN

El consumidor puede ejercer frente al productor exclusivamente la pretensión de cumplimiento en forma específica (reparación y sustitución, arts. 5 y 6 LGVBC) en «*los mismos plazos y condiciones establecidos para el vendedor*» (art. 10.II LGVBC)²⁷. En este punto deben examinarse las siguientes cuestiones.

En primer lugar, el régimen general aplicable a la acción que no es otro que el «contrato» entre comprador y vendedor (sin que se haya establecido limitación alguna a la aplicación de los artículos 5 y 6) o, con más precisión, el contrato integrado por el régimen legal imperativo solo si la falta de conformidad procede del «*origen, identidad o idoneidad de los bienes de consumo, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan*», de modo que la acción directa no puede ejercerse cuando las faltas de conformidad le son imputables al propio vendedor (manipulación) o a un tercero distinto del productor (transporte, instalación no controlada por él) (*sub 1*).

En segundo lugar, las razones para la inclusión de la pretensión de cumplimiento en forma específica (reparación y sustitución) y para la exclusión de los remedios sinalagmáticos por una parte, así como de la eventual indemnización de daños, por otra (*sub 2*).

²⁷ La mención del «vendedor» en el artículo 5. 2 LGVBC no es excluyente, puesto que el artículo 10 cumple también la función de señalar como obligado de la obligación de entrega de cosa conforme al «productor».

En tercer lugar, el difícil problema de las excepciones oponibles por el productor, problema que se vincula inmediatamente a los anteriores y que tiene repercusiones evidentes en el régimen de la acción de regreso (*sub 3*).

Y, por último, la aplicación (legal, puesto que no hay excepción expresa) o inaplicación (deseable y que tal vez puede lograrse a través de una interpretación que reduzca el sentido literal de la norma) de esta acción a las compraventas de bienes de segunda mano (*sub 4*).

1. EL RÉGIMEN GENERAL APLICABLE

El artículo 10.II LGVBC somete el ejercicio de la acción de cumplimiento en forma específica (reparación y sustitución) a «*los mismos plazos y condiciones establecidos para el vendedor*»²⁸. Se remite, por tanto, al régimen jurídico establecido para la disciplina legal de las relaciones entre vendedor y comprador sin restricción alguna, tanto en la carga de denuncia como en la suspensión y transcurso de los plazos de garantía legal y prescripción de los derechos (art. 9 LGVBC). Como he afirmado más arriba, el comprador que pretenda ejercer esta acción debe haber informado sobre la falta de conformidad al «vendedor» en los dos meses siguientes a su conocimiento, porque la finalidad de la carga se limita a la salvaguardia de la posición del vendedor.

La remisión sin restricciones a este régimen supone la sustitución del productor en el lugar del vendedor en los diferentes supuestos que se acogen en los artículos 5 y 6 LGVBC: así, por ejemplo, para juzgar la desproporción de la forma de «saneamiento» (art. 5.2 LGVBC) debe referirse a la situación del productor y no a la del vendedor. En todo caso, no responde de toda falta de conformidad sino sólo de las que le sean imputables en razón del «*origen, identidad o idoneidad de los bienes de consumo, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan*» (art. 10.II LGVBC), excepción que es semejante a la establecida en el artículo 27.1.a) LGDCU.

²⁸ Son útiles las reflexiones de MARÍN LÓPEZ, *La compraventa financiada de bienes de consumo*, pp. 344-349, sobre el ejercicio de la pretensión de cumplimiento en forma específica por el comprador frente al prestamista/concedente de crédito distinguiendo entre la reparación y la sustitución.

2. LAS RAZONES PARA INCLUSIÓN DE LA REPARACIÓN Y LA SUSTITUCIÓN Y PARA LA EXCLUSIÓN DE LA REDUCCIÓN DEL PRECIO Y DE LA RESOLUCIÓN

Con la mención de los dos aspectos de la pretensión de cumplimiento en forma específica, se excluyen simultáneamente los remedios sinalagmáticos, esto es, la reducción del precio y la resolución, acogidos en los artículos 7 y 8 LGVBC. Se excluye también la indemnización de daños contractuales, indemnización esta última cuyo reconocimiento y alcance se decide conforme al Derecho de contratos común, según se advierte en el párrafo segundo de la DA única LGVBC.

Esto es, sólo se tutela la satisfacción del interés primordial del consumidor que se sustancia en la entrega de un bien conforme que será, probablemente, el derecho que se proteja con la garantía «comercial». En otros casos, el legislador se había inclinado por atender a «todos» los derechos e intereses derivados del contrato (como sucede en el art. 15.1 LCC) aunque en ellos concurre un grado de conexión económica mayor entre los sujetos afectados al probable en el supuesto que examinamos. Recuérdese que el artículo 15.1.b) LCC exige el «acuerdo previo» en las relaciones para las adquisiciones financiadas, haya o no concertación en «exclusiva». Aunque también puede afirmarse que no hubiera sido descabellado extender la acción directa a cualquiera de los remedios comprendidos en los artículos 4 a 8 LGVBC²⁹.

Con todo, pueden ofrecerse dos argumentos para justificar la exclusión de los remedios sinalagmáticos. En primer lugar, desde el fin perseguido por la acción directa, puesto que el control sobre la conformidad reposa, por hipótesis, sobre el productor (es un riesgo de su propio tráfico) y es a quien puede reclamarse que satisfaga el interés primordial del comprador. Más aún, típicamente las faltas de conformidad le serán imputables, esto es, lo frecuente serán los que cabe denominar «defectos de fabricación», por los únicos por los que responde (art. 10.II LGVBC).

En segundo lugar, desde la prohibición del enriquecimiento sin causa, toda vez que en los remedios sinalagmáticos se obligaría al productor al reembolso total o parcial de las prestaciones ya satisfechas por el comprador (sea restitución o bien reducción del precio, arts. 7 y 8 LGVBC y 1486 a 1488 CC) cuando el productor «no» las ha recibido.

²⁹ Por su parte, a CASTILLA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, 2005, pp. 296-297, le parece «injustificada» la exclusión de la reducción del precio y de la resolución.

Por otra parte, la exclusión de la indemnización del daño se justifica en una razón de pura congruencia normativa puesto que está excluida en general del régimen de la falta de conformidad (DA única párrafo primero LGVBC), exclusión que acarrea no pocas dificultades.

3. EL RÉGIMEN DE EXCEPCIONES OPONIBLES POR EL VENDEDOR

Un agudo problema es establecer cuáles serán las excepciones que pueda oponer el productor frente al ejercicio de la pretensión de cumplimiento en forma específica por el comprador. Es otro asunto no resuelto en el régimen jurídico de la acción directa, en el que, por otro lado, se evidencia la inutilidad práctica de recurrir a las acciones directas admitidas en nuestro Derecho en razón de su diversidad. A mi juicio, el asunto de las excepciones junto con la delimitación de la subsidiariedad son las dos claves de este precepto y de su eventual utilidad práctica.

La delimitación de las excepciones oponibles debe abordarse desde la consideración del productor como «garante» (sujeto pasivo de una obligación fideiusoria de fuente legal, arts. 1824, 1826, 1830 a 1835, 1842, 1845, 1847, 1849, 1851, 1852, 1853 y 1856 CC)³⁰ además de enumerar aquellas otras que se refieren a la propias condiciones de la acción, sobre todo su subsidiariedad.

En materia de excepciones oponibles, el productor puede rehusar el cumplimiento por las mismas razones que asistieran al vendedor (se justifica en la accesoriedad) en tanto que el régimen al que se somete la acción directa es el mismo, esto es, la acción directa por falta de conformidad se sujeta a «los mismos plazos y condiciones establecidos para el vendedor» (art. 10.II LGVBC). No obstante, en los casos en que la falta de conformidad no le sea imputable al productor deberá alegarlo como excepción y no debe establecerse como presupuesto de la propia acción directa, en razón de que, de hacerse de tal modo, el comprador soportaría una carga probatoria excesiva (debe bastarle la alegación de la falta de conformidad) y puede alegarse para justificar esta posibilidad las

³⁰ CARRASCO/CORDERO/MARÍN, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 2002, pp. 81-86, califican expresamente como un caso de obligación fideiusoria de origen legal a la que soporta el concedente del crédito en el artículo 15 LCC, además de establecer cuáles son los preceptos aplicables a obligaciones de esta clase.

reglas que modulan la carga de la prueba, en particular el principio de facilidad probatoria (art. 217. 6 LEC)³¹.

Por su parte, la oponibilidad de las excepciones referidas a la validez del contrato o aquellas otras que puedan justificarse en título distinto (existente entre vendedor y consumidor o entre consumidor y productor) debe decidirse al amparo del fundamento de la acción, de su articulación técnica como subsidiaria y de las normas comunes (arts. 1148, 1302 y 1853 CC, sobre todo) en las que puede asimilarse al productor a un «garante» del vendedor.

El problema de las excepciones oponibles repercute en el alcance del derecho de regreso, esto es, existe una carga de ejercicio y/o comunicación previa para que no puedan ser opuestas a su vez en el ámbito de la acción de regreso (art. 1840 CC) (*infra* IV).

En resumen, el productor podrá oponer las excepciones relativas a la propia obligación garantizada (existencia, subsistencia y alcance) y las relativas a su propia posición, esto es, si concurren o no las condiciones para el nacimiento de su responsabilidad (*subsidiariedad*) y probando que el defecto no le es imputable.

Las excepciones que puede oponer en su condición de garante son las siguientes³²: en primer lugar, las excepciones que dependen de la naturaleza accesoria de su posición (arts. 1835, 1851 y 1852 CC). En segundo lugar, cuando concurren causas de extinción de la obligación principal que el vendedor no ha hecho valer (art. 1853 CC) aunque debe matizarse con las excepciones puramente personales del vendedor (arts. 1148, 1302 y 1824 CC), materia en la que hay que conciliar el artículo 1302 CC (que legitima al obligado subsidiario al ejercicio de la anulación contractual) con los artículos 1148 y 1824 CC que parecen restringir el ejercicio de excepciones puramente personales o cuya decisión sobre su ejercicio sea personalísimo al sujeto que padezca o sufra el vicio o circunstancia que justifique la anulación (el obligado principal). Por último pueden añadirse las que deriven de las relaciones entabladas por otro título entre productor y comprador.

Desde un punto de vista práctico, las excepciones que se opondrán por el productor se referirán a la subsidiariedad (si debe o no responder *iure proprio*) y a la existencia e imputabilidad de la falta de conformidad.

³¹ Por su parte, CASTILLA, *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, 2005, p. 305, funda la inversión de la carga de la prueba en la analogía del supuesto con el artículo 27.1.a) LGDCU.

³² Sigo la exposición de CARRASCO/CORDERO/MARÍN, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 2002, especialmente, pp. 149-157, 175-181 y 225-249, y allí más referencias bibliográficas.

4. LA EXCLUSIÓN NECESARIA DE LOS BIENES DE SEGUNDA MANO

El legislador no ha excluido explícitamente del ejercicio de la acción directa los casos de compraventa de «bienes de segunda mano», puesto que la remisión del artículo 10.I LGVBC comprende también el supuesto regulado en el artículo 9.1.I LGVBC. De manera que, en defecto de exclusión expresa, debe entenderse vigente la acción en este supuesto, si bien sólo podrá ejercerse la pretensión de reparación, puesto que está excluida la sustitución [art. 6.e) LGVBC] en tanto que los bienes de segunda mano son siempre cosas específicas o «infungibles»³³.

La exclusión de la acción directa está plenamente justificada desde la perspectiva de política legislativa (como ahora expondré), pero resulta algo más complicado fundamentarla técnicamente, sobre todo haciendo uso del (relativamente arbitrario) expediente de la reducción teleológica, de manera que se establezca que el fin de protección de la norma excluye este tipo de bienes.

Las razones para rebatir la oportunidad político-legislativa de extender a los bienes de segunda mano («usados») el régimen de la acción directa son, a mi juicio, las siguientes. En primer lugar, el productor «no» controla absolutamente la distribución. Debemos recordar que esta Ley regula la compraventa de bienes de segunda mano cuando su puesta en circulación es por un profesional de su tráfico (art. 1.II LGVBC) y en este caso el productor no puede controlar contractualmente ni de modo directo ni indirecto al vendedor (cosa que sí ocurre en los casos de distribución de bienes nuevos y puede ser la razón última de la garantía legal) y tal vez se le coloca en una posición excesivamente gravosa en el ejercicio y/o prevención de acciones de repetición.

En segundo lugar, no parece razonable que su responsabilidad se extienda en el tiempo más allá de la garantía legal que soporta desde la puesta en circulación del bien nuevo. Esto es, debería restringirse a las mismas razones y tiempos que la garantía legal y/o comercial. El productor de bienes nuevos sólo soporta el riesgo de los defectos de conformidad que se manifiesten en los dos años

³³ Por su parte, VÉRGEZ, *La protección del consumidor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, 2004, p. 118, señala que: «*nada se ha dicho en la Ley, pero evidentemente se trata de aspectos difícilmente trasladables a la venta de bienes de segunda mano*», citando en nota el § 478 BGB que restringe los derechos de regreso a la compraventa de cosas de «nueva fabricación». Probablemente la aplicación de la acción directa en la compraventa de bienes de segunda mano no es una decisión consciente del legislador. En todo caso debe añadirse a los numerosos defectos que padece en general el régimen de la compraventa de bienes de segunda mano.

siguientes a su puesta en circulación en sentido estricto, esto es, su transmisión a consumidores para su uso o disfrute («desde su entrega», dice el art. 9.1.I *pr* LGVBC). Esos dos años son un periodo de tiempo máximo absoluto con independencia de la clase de puesta en circulación, sea como bienes nuevos o si antes de que transcurra ese plazo se incorporan al tráfico profesional de bienes de segunda mano. Lo contrario sería absurdo: el productor de bienes vería prolongada su responsabilidad por el hecho de que los bienes se han integrado en el tráfico profesional de bienes de segunda mano.

Por último puede argumentarse con la misma razón de ser de la acción directa, ausente en el mercado profesional de los bienes de segunda mano, puesto que para estos bienes la confianza sobre su conformidad o utilidad reposa exclusivamente en su vendedor profesional.

IV. EL DERECHO DE REGRESO: RÉGIMEN JURÍDICO

La acción directa se regula conjuntamente con el derecho o acción de regreso (art. 10.IV LGVBC), acción ésta que tiene como propósito distribuir de modo definitivo la carga económica de la responsabilidad por la falta de conformidad sobre quien fuera el responsable (a quien le fuera imputable tal falta) en la cadena de producción o distribución. De esta manera, cuando la acción directa tiene éxito no cabe que el productor ejerza acción de regreso alguno, porque su responsabilidad sólo nace cuando el defecto le es imputable.

En sentido estricto es una norma extraña al fin de protección de esta Ley porque nada tiene que ver con la protección del consumidor y su inclusión en la regulación de la acción directa sólo se justifica por razones sistemáticas y de armonía legislativa³⁴. Probable-

³⁴ También el legislador italiano lo ha regulado, aunque lo haya restringido al derecho de regreso del vendedor frente al responsable, en el artículo 1519 *quinquies* de su Código Civil que bajo la rúbrica «diritto di regresso», dice «[I] *Il venditore finale, quando è responsabile nei confronti del consumatore a causa di un difetto di conformità imputabile ad un'azione o ad un'omissione del produttore, di un precedente venditore della medesima catena contrattuale distributiva o di qualsiasi altro intermediario, ha diritto di regresso, salvo patto contrario o rinuncia, nei confronti del soggetto o dei soggetti responsabili facenti parte della suddetta catena distributiva.* [II] *Il venditore finale che abbia ottemperato ai rimedi esperiti dal consumatore, può agire, entro un anno dall'esecuzione della prestazione, in regresso nei confronti del soggetto o dei soggetti responsabili per ottenere la reintegrazione di quanto prestato.* Ofrece un listado de las dificultades del régimen jurídico del derecho de regreso en el Proyecto de Ley, M.^a Paz GARCÍA 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», *La Ley*, núm. 5747 (2003), D 71, *sub* VII. La

mente ésta es la razón por la que el legislador no estimó conveniente su introducción en el artículo 15 LCC, aunque, pese a ello, se ha propugnado su vigencia en esa sede al amparo del principio de enriquecimiento sin causa³⁵.

El fundamento del derecho de regreso es doble: por una parte, el Derecho de contratos común impide al vendedor exonerarse por fallos de terceros y, por tanto, debe establecerse una regla expresa para distribuir la carga económica de la responsabilidad en razón de su imputación. Dicho de otro modo, el coste de la falta de conformidad debe ser soportado por aquel al que le sea imputable, semejante al derecho de regreso establecido en los artículos 17 (incisos 5, 6 y 7) y 18 LOE que repetidamente declaran el reconocimiento de los derechos de regreso contra el/los finalmente responsable/s³⁶.

Regla que sirve exclusivamente para el vendedor. El productor, pese a que en su condición de «garante» tendría derecho al reembolso o reintegro de lo pagado (arts. 1210. 3.º, 1838 y 1839 CC), no disfruta de tal derecho en el caso del artículo 10 LGVBC, puesto que carece de título para ello, en la medida en la que paga sólo

parquedad del precepto no puede suscitar más que críticas, como dice Javier LETE ACHIRICA, «La transposición de la Directiva 1999/44 en el Derecho español mediante la Ley de 10 de julio de 2003 de garantías en la venta de bienes de consumo», *Garantías en la venta de bienes de consumo. Les garanties dans la vente de biens de consommation*, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 195-225, p. 221-222, que ofrece, también, un listado de los problemas no resueltos por el precepto.

³⁵ Así, bajo el epígrafe «posterior reclamación del prestamista al vendedor», MARÍN LÓPEZ, *La compraventa financiada de bienes de consumo*, 2000, pp. 366-369.

³⁶ Según la doctrina más atendible, en nuestro Derecho de contratos común no le cabe al vendedor alegar frente al comprador como causa de exoneración de su responsabilidad contractual que el defecto es imputable a la fabricación y/o distribución del bien corporal (no exoneran los denominados «fallos del proveedor») si acaso, excepcionalmente, cuando el comprador no tenga ningún poder de elección o influencia (casos del proveedor monopolista). En todo caso esta alegación se referiría a la pretensión indemnizatoria, puesto que en la acción de cumplimiento (como la que acoge el artículo 10 LGVBC) es irrelevante que el incumplimiento sea o no imputable al vendedor, puesto que sus límites son la buena fe y la excesiva onerosidad, de los que ahora da cuenta el artículo 5. 2 LGVBC. Véase Fernando PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», *ADC* (1991) III, pp. 1019-1091, pp. 1046-1047 y 1071; *idem*: «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* (1993) IV, pp. 1719-1745, p. 1729. Detalla la exoneración de la indemnización por fallos del proveedor en el ámbito de la CNUV, Pablo SALVADOR CODERCH, *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, Luis Díez-PICAZO (dir. y coord.), Civitas, Madrid, 1998, sub artículo 79, pp. 635-656, pp. 648-651; y, también, Ángel CARRASCO PERERA, *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, XVI-1.º, Manuel ALBALADEJO (dir.), Edersa, 1989, sub artículo 1104 CC, p. 625. Este mismo criterio aplicado al artículo 10 LGVBC lo afirma Fernando PEÑA LÓPEZ, *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, José Manuel BUSTO LAGO (coord.)/ Natalia ÁLVAREZ LATA/Fernando PEÑA LÓPEZ, Thomson Aranzadi/Instituto Nacional de Consumo, Cizur Menor (Navarra), 2005, p. 403: «tanto si el defecto es de fabricación, como si se debe a la manipulación del vendedor; el sujeto responsable siempre será este último, con independencia de que después pueda ejercitar la acción de regreso contra el verdadero causante del defecto».

cuando la deuda es «propia», por cuanto los defectos le son imputables (art. 10.II, *in fine*, LGVBC)³⁷.

La segunda razón para su establecimiento radica en la ineficacia de los remedios legales comunes para que el vendedor pueda repercutir la responsabilidad derivada de la falta de conformidad, sobre todo porque los contratos de compraventa celebrados con el productor o el revendedor anterior son típicamente «mercantiles», en las que las acciones de saneamiento se sujetan a breves plazos de ejercicio y, además, el comprador soporta la carga de denuncia previa del vicio (arts. 336 y 342 C de C).

En el derecho de regreso se suscitan, a mi juicio, las siguientes cuestiones de régimen jurídico:

a) En primer término, cuándo nace el derecho de regreso, esto es, cuáles son los criterios de imputación para identificar al responsable, asunto que remite a las reglas comunes que invitan a elegir el criterio de la esfera de control. Es decir, si la falta de conformidad se produjo, al margen de consideraciones subjetivas, bajo la esfera de control de alguno o algunos de los sujetos que intervienen en el proceso de producción y distribución (defecto de conservación, defecto de transporte, defecto en los controles de calidad, defecto de fabricación). Puesto que la responsabilidad del vendedor se agota en la relación externa (frente al comprador), pero debe distribuirse conforme a los criterios de imputación comunes en la relación interna³⁸.

b) En segundo lugar, cuál es el contenido o alcance del derecho de reembolso, esto es, qué partidas comprende. Parece restringirse a los gastos de reparación y/o sustitución sin perjuicio de que quepa también, aunque con otro fundamento, ejercer acciones indemnizatorias (DA única, párrafo segundo, LGVBC). Se reembolsa lo «pagado» para satisfacer el interés primordial de la conformidad (arts. 1145 y 1838 CC). Siempre que tales gastos sean necesarios para la reparación y/o sustitución, siendo irrestituibles por tanto los gastos superfluos o aquellos que no hayan conducido al resultado esperado: así cuando fracasa la reparación por razones imputables a quien repara [art. 6.e) y f) LGVBC].

c) En tercer lugar debe responderse a la pregunta de cuáles son los sujetos activo (sólo se prevé el vendedor) y pasivo (el «res-

³⁷ Sobre el derecho de regreso del fiador, CARRASCO/CORDERO/MARÍN, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 2002, pp. 253-274.

³⁸ Al igual que ocurre en el artículo 17 LOE, así afirma, con razón, CORDERO, CARRASCO/CORDERO/GONZÁLEZ CARRASCO, *Comentarios a la LOE*, 2000, 2.ª edición, sub artículo 17, p. 324, «el criterio que permite imputar la responsabilidad al promotor (expectativa creada en el adquirente por su intervención decisoria como profesional de la edificación, ...) se agota en la relación externa».

ponsable») del derecho de regreso. Asunto en el que se impone, sobre todo, ofrecer una explicación razonable al artículo 10.II, *in fine*, LGVBC (en la medida en que puede inducir a pensar que «también» el productor disfruta del derecho de regreso) y también delimitar las excepciones oponibles por el sujeto pasivo del regreso sobre todo cuando el titular no opuso en la reclamación principal medios de defensa.

En este punto conviene, por tanto, distinguir varios supuestos, en los que puede que además del regreso existan reglas convencionales porque sean, además, los sujetos de la acción de regreso partes de un contrato de compraventa o de distribución:

i) «Regreso del vendedor frente al productor», donde deberá atenderse casi con seguridad a cláusulas contractuales expresas que configuren directa o indirectamente la posibilidad de reclamar (sobre su control, *infra f*).

ii) «Regreso del vendedor frente al responsable, cuando no es el productor», con otro distingo, entre el listado de los eventuales responsables. En este punto, el criterio para distribuir la carga cuando sean varios los que concurren (el defecto se debe a una incorrecta conservación del distribuidor y a un defectuoso manejo del transportista) debe ser el general, también en materia de responsabilidad cuando hablamos de la relación interna, que es la distribución según su contribución (si es individualizable) y no la solidaridad (arts. 1138 y 1139 CC).

iii) El límite al derecho de regreso que contempla el artículo 10.II, *in fine*, LGVBC es sustancialmente coincidente con la fórmula del artículo 27.1.a) LGDCU. Cuando la falta de conformidad se refiera «*al origen, identidad o idoneidad de los bienes de consumo, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan*» no nace en cabeza del productor, la acción de regreso porque este criterio de imputación hace que sea definitiva la atribución «también» en la relación interna. Aunque otra cosa pudiera deducirse del párrafo primero del artículo 10 LGVBC, su propia razón de ser obliga a interpretar la imposibilidad de regreso del productor. Si la falta fuera imputable a un tercero el productor lo opondrá como excepción³⁹.

³⁹ En este sentido, VÉRGEZ, *La protección del consumidor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, 2004, p. 116, señala que sólo responde en ese caso, de manera que «no responde de las faltas de conformidad que en cada contrato en concreto hayan sido pactadas por las partes, ni de las que se deban a vicios o defectos que se han [hayan] producido durante el proceso de distribución». Sigue esta línea, LLÁCER, *Revista Catalana de Dret Privat*, 4 (2004), p. 85.

Por último, en cuanto a las excepciones oponibles es aplicable en el regreso lo que establece el artículo 1840 CC en la medida en que quien responde frente al comprador, el vendedor, ocupa una posición de garante respecto al responsable: podrán oponerse las excepciones que no se hubieran opuesto debidamente contra la pretensión principal, siempre que se haya informado diligentemente sobre ellas, aunque sea difícil establecer los cauces precisos para el cumplimiento de tales deberes de información ⁴⁰.

Regla que pretende la protección del sujeto pasivo del regreso (deudor del reembolso), de manera que no se encuentre en una posición peor que la que ocuparía de haber sido él el reclamado, sobre todo cuando el agravamiento de su posición sea imputable al acreedor del reembolso.

d) El ejercicio del regreso junto con las acciones derivadas de la falta de conformidad. El problema puede describirse así: si cabe el ejercicio de la acción de regreso, por razones de economía procesal, acumulándola a la pretensión del comprador frente al vendedor (no se descarta el regreso en caso de acciones de cumplimiento) a través de la «llamada en garantía» o intervención provocada por el demandado, el vendedor, que llamará al productor o bien al tercero responsable. El vendedor no puede oponer como excepción a su falta de responsabilidad que el defecto es imputable a un tercero, pero puede tratar de repercutir en el mismo procedimiento el coste económico de la pretensión del comprador sobre el finalmente responsable, sin tener que acudir a un procedimiento ulterior.

Desde luego, la admisión de esta posibilidad reduciría la multiplicación de procedimientos ⁴¹, aunque las reglas generales en sede procesal (art. 14. 2 LEC), así como otros supuestos legales (caso de la DA 7.^a LOE o los artículos 1084.II y 1482.I CC) parecen dificultar esta posibilidad. No obstante serán probables mecanismos de seguro o de repercusión contractual que hagan innecesario el recurso a estas alambicadas fórmulas procesales en cuantías de escasa importancia.

e) La prescripción y *dies a quo* del derecho es de un año «a partir del momento en que se completó el saneamiento», este *dies a quo* es el común a los derechos de regreso (el «día del pago», así, los artículos 1145, 1839 CC y 12.1 *in fine* LRCPD) siendo excepcional, por tanto, el *dies* fijado en el artículo 18. 2 LOE.

⁴⁰ Sobre las excepciones oponibles en el regreso, CARRASCO/CORDERO/MARÍN, *Tratado de los Derechos de Garantía*, 2002, pp. 270-274.

⁴¹ CARRASCO/CORDERO/MARTÍNEZ ESPÍN, *Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantía de bienes de consumo. Primera parte*, 1999, pp. 51-54.

La semejanza del plazo establecido (en su duración y *dies a quo*) con lo previsto para la repetición en la Ley 22/1994 (art. 12, *in fine*) permite que recurramos a esta última para completar su régimen y es otro argumento más para confirmar el parentesco que el propio legislador ha establecido entre la responsabilidad del productor regulada en la LRCPD y la propia del artículo 10 LGVBC⁴².

No se establece su naturaleza (si es plazo de prescripción o caducidad) pero debemos suponer, por pura coherencia con la propia Ley (art. 9.3 LGVBC) y con otros derechos de regreso (más allá, por tanto, del artículo 1964 CC) que se trata de un plazo de «prescripción».

f) El carácter disponible de la norma que establece el regreso se justifica en sus antecedentes (Considerando 9.º y art. 4 de la Directiva 44/1999) y en que es una materia extraña a la protección del consumidor/comprador.

Este asunto nos conduce al control de contenido en los contratos celebrados entre profesionales, puesto que, probablemente, el productor establecerá cláusulas de exoneración de responsabilidad en las relaciones internas, semejantes a los pactos sobre exclusión del saneamiento admitidos en el Derecho común de contratos (art. 1485.II CC) pero sometidos a restricciones dentro de la disciplina de condiciones generales (así, la cláusula 9.ª, DA 1.ª, LGDCU). Hubiera sido deseable disciplinar en este ámbito el control de contenido de tales estipulaciones y no remitir la validez de las restricciones o exclusiones a las cláusulas generales de control, que en este punto son palmariamente ambiguas (art. 8 LCGC)⁴³.

BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER GARAU, Guillermo: *La responsabilidad civil del fabricante (Derecho comunitario y adaptación al Derecho español)*, Civitas, Madrid, 1990.

BASOZABAL ARRUE, Xabier: «El contrato de asunción de deuda», *ADC* (2000) I, pp. 83-159.

CARRASCO PERERA, Ángel: *Comentarios del Código Civil y Compilaciones Forales*, XVI-1.º, dir. Manuel ALBALADEJO GARCÍA, Edersa, 1989, *sub* artículo 1104 CC.

⁴² El artículo 12.1, *in fine*, LRCPD dice: «La acción del que hubiese satisfecho la indemnización contra todos los demás responsables del daño prescribirá al año, a contar desde el día en que pagó la indemnización».

⁴³ José María MIQUEL GONZÁLEZ, *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Aurelio MENÉNDEZ/LUIS DíEZ-PICAZO (dirs.), Jesús ALFARO (coord.), Civitas, Madrid, 2002, *sub* artículo 8, pp. 428-482, especialmente, pp. 446-474, al estudiar el control de contenido de los «contratos entre empresarios».

- «Redundancia y ruido en las ventas de consumo», *Actualidad Jurídica Aranzadi*, núm. 591 (2003).
- CARRASCO PERERA, Ángel/CORDERO LOBATO, Encarna/MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual: *Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantía de bienes de consumo. Primera parte: Opciones, situación actual, condiciones de transposición y análisis de la Directiva*, [1999, http://www.uclm.es/post_derecho/2000/materiales/civil/DirectivaGarantías1.doc].
- CARRASCO PERERA, Ángel/CORDERO LOBATO, Encarna/Manuel MARÍN LÓPEZ, Jesús: *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- CARRASCO PERERA, Ángel/CORDERO LOBATO, Encarna/GONZÁLEZ CARRASCO, Carmen: *Derecho de la construcción y de la vivienda*, Dílex, Madrid, 2003, 4.ª edición.
- *Comentarios a la Ley de Ordenación de la Edificación*, Aranzadi, Pamplona, 2000, 2.ª edición, sub artículos 9 y 17.
- CASTILLA BAREA, Margarita: *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005.
- ESCUIN IBÁÑEZ, Irene: *Las adquisiciones financiadas en el crédito al consumo*, Comares, Granada, 2002.
- JIMÉNEZ LIÉBANA, Domingo: *Responsabilidad civil: Daños causados por productos defectuosos*, McGraw-Hill, Madrid, 1998.
- GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ, José Antonio: «Consideraciones generales sobre la Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», *Nuevas formas contractuales y el incremento del endeudamiento familiar*, Juan Ignacio RUIZ PERIS (dir.), Estudios de Derecho Judicial 50, Consejo General del Poder Judicial, 2004, pp. 75-112.
- GARCÍA GARNICA, M.ª del Carmen: *El régimen jurídico del leasing financiero inmobiliario en España*, Aranzadi, Pamplona, 2001.
- GARCÍA RUBIO, M.ª Paz: «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», *La Ley*, núm. 5747 (2003), D 71.
- GAVIDIA SÁNCHEZ, Julio V.: *El crédito al consumo (cesión y contratos vinculados)*, Servicio de Publicaciones Universidad de Cádiz/Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- GONZÁLEZ BILBAO, Emilio: «La falta de conformidad en la nueva Ley de garantías en la venta de bienes de consumo», *Estudios de Deusto*, 51/2 (2005), pp. 153-169.
- HERNÁNDEZ ARRANZ, Mariano: *La acción directa como instrumento de garantía*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2005.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La transposición de la Directiva 1999/44 en el Derecho español mediante la Ley de 10 de julio de 2003 de garantías en la venta de bienes de consumo», *Garantías en la venta de bienes de consumo. Les garanties dans la vente de biens de consommation*, Universidade de Santiago de Compostela, 2004, pp. 195-225.
- LLÁCER MATA CÁS, M.ª Rosa: «La garantía en les vendes de béns de consum: anàlisi de la Llei 23/2003, de 10 de juliol», *Revista Catalana de Dret Privat*, 4 (2004), pp. 45-92.
- LÓPEZ FRÍAS, Ana: *Los contratos conexos. Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal*, J. M.ª Bosch, Barcelona, 1994.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: *La compraventa financiada de bienes de consumo*, Aranzadi, Pamplona, 2000.

- *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros*, Tomos I y II (Anexo documental), Instituto Nacional de Consumo, Madrid, 2004.
- MARTÍN CASALS, Miquel/SOLÉ FELIÚ, Josep M.^a: «Veinte problemas en la aplicación de la Ley de responsabilidad por productos defectuosos y algunas propuestas de solución (I)», *Práctica. Derecho de daños*, núm. 9 (2003), pp. 6-34.
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María: *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Aurelio MENÉNDEZ/Luís Díez-PICAZO (dirs.), Jesús ALFARO (coord.), Civitas, Madrid, 2002, *sub artículo 8*.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «El sistema de responsabilidad contractual. (Materiales para un debate)», *ADC* (1991) III, pp. 1019-1091.
- «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», *ADC* (1993), IV, pp. 1719-1745.
- PASQUAU LIAÑO, Miguel: *La acción directa en el Derecho español*, Editora General de Derecho, Madrid, 1989.
- «Comentario a la STS 2 de julio de 1997», *CCJC*, 45 (1997), § 1232.
- PARRA LUCÁN, M.^a Ángeles: *Tratado de responsabilidad Civil*, Fernando REGLERO CAMPOS (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2002.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: *Reclamaciones de consumo. Derecho de consumo desde la perspectiva del consumidor*, José Manuel BUSTO LAGO (coord.)/Natalia ÁLVAREZ LATA/Fernando PEÑA LÓPEZ, Thomson Aranzadi/Instituto Nacional de Consumo, Cizur Menor (Navarra), 2005.
- PÉREZ CONESA, Carmen: *Comentarios al Código Civil*, R. BERCOVITZ (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2001, *sub artículo 1257 CC*.
- RODRÍGUEZ MORATA, Federico M.: *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Tecnos, Madrid, 1992.
- *Comentarios al Código civil*, R. BERCOVITZ (coord.), Aranzadi, Pamplona, 2001, *sub artículo 1597 CC*.
- SALVADOR CODERCH, Pablo: *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la convención de Viena*, L. Díez-PICAZO (dir. y coord.), Civitas, Madrid, 1998, *sub artículo 79*.
- SÁNCHEZ CALERO, Fernando: *Ley de contrato de seguro. Comentarios a la Ley 50/1980, de 8 de octubre, y a sus modificaciones*, F. SÁNCHEZ CALERO (dir.), Pamplona, Aranzadi, 2001, 2.^a edición, *sub artículo 76*.
- TORRES LANA, José Ángel: «La garantía en las ventas al consumidor», *Estudios de Derecho Civil en homenaje al Profesor Dr. José Luís Lacruz Berdejo*, I, Área de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad de Zaragoza (coord.), J. M.^a Bosch Editor, Barcelona, 1992, pp. 791-807.
- VÉRGEZ SÁNCHEZ, Mercedes: *La protección del consumidor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, Aranzadi, Pamplona, 2004.