

Las garantías en la venta de bienes de consumo

GIOVANNA CAPILLI

Abogada

Traducción de M.^a Teresa Álvarez Moreno

T. U. Derecho Civil U. C. M.

RESUMEN

Este trabajo es fruto de la acción integrada italo-española sobre las garantías en la venta de bienes de consumo.

La autora ha estudiado el impacto de la transposición de la Directiva 1999/44/CE en el ordenamiento italiano, donde la disciplina sobre las garantías en la venta de bienes de consumo se han incluido en el nuevo Código de Consumo que entró en vigor el 23 de octubre de 2005.

ABSTRAT

This work is the result of the integrated action italo-spanish about «sale of consumer goods and guarantees».

The author studied the impact of the implementation of the directive 1999/44/CEE into the italian legal system, where the regulation about «certain aspects» of the sale of consumer goods and guarantees has been included into the new consumer code that came into force on 23/10/2005.

SUMARIO: 1. *Introducción.*–2. *Las disposiciones comunitarias en la evolución del sistema de las garantías.*–3. *El concepto de conformidad en la Convención de Viena y en la Directiva 99/44/CE.*–4. *La garantía legal en la Directiva 99/44/CE y los destinatarios de la garantía.*–5. *La «nueva» garantía de conformidad del bien con el contrato: la experiencia italiana:* 5.1 *Ámbito de aplicación de la normativa sobre garantías en la venta de bienes de consumo. Ámbito negocial de aplicación.* 5.2 *Ámbito subjetivo y objetivo.*–6. *La obligación de conformidad del bien con el contrato:* 6.1 *Incongruencias y lagunas de la disciplina. En particular, la transferencia del riesgo y el deterioro del bien.*–7. *El concepto de conformidad y las presunciones.*–8. *Los remedios del comprador:* 8.1 *Los remedios*

primarios. 8.2 Los remedios subsidiarios.—9. *El resarcimiento del daño.*—10. *La acción de regreso.*—11. *Los plazos.*—12. *La garantía convencional y su relación con la garantía legal.*

1. INTRODUCCIÓN

El Derecho Civil de los diferentes Estados miembros de la Unión Europea ha experimentado en los últimos años numerosas innovaciones de particular relieve y algunas verdaderamente radicales bajo el impulso de la legislación comunitaria.

El derecho de los contratos es el sector en el que seguramente más se ha notado la influencia de la intervención comunitaria, sea por causa de la centralidad del fenómeno contractual necesario para el buen funcionamiento del mercado único, o sea para lograr una mayor uniformidad de los diferentes sistemas contractuales previstos en los diversos Estados miembros.

También este fenómeno está determinado por la fuerte promoción de una mayor tutela del consumidor debida a la atribución que el tratado de Maastricht ¹ primero, y después el Tratado de Ámsterdam han conferido a la Comunidad Europea ².

En estos años se ha asistido a la creación de un sistema especial propio relativo a los contratos concluidos con consumidores y han sido numerosas las disposiciones comunitarias establecidas en este ámbito (o todavía pendientes de implementar) en los diversos ordenamientos ³. Cada Estado ha reaccionado de un modo diferente ante la necesidad de transponer la normativa comunitaria debiéndola adaptar al Derecho interno, a tenor de los nuevos intere-

¹ El artículo 129 del Tratado de Maastricht establece la necesidad de garantizar un elevado nivel de protección de los consumidores.

² El artículo 153 del Tratado de Ámsterdam establece que la tutela de los consumidores sea una política horizontal en el sentido de que se la tenga en consideración en la realización de todas las demás políticas comunitarias.

³ Sólo a título ilustrativo se señalan: Dir. 85/450/CE sobre publicidad engañosa, modificada por la Dir. sobre publicidad comparativa 97/55/CE; Dir. 85/374/CE relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de responsabilidad por daños producidos por productos defectuosos, modificada por la Dir. 1999/34/CE; la Directiva 84/577/CE para la tutela de los consumidores en caso de contratos celebrados fuera de establecimiento mercantil; la Dir. 87/102/CE relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros en materia de crédito al consumo, modificada por las Directivas 90/88/CE y 98/7/CE; la Dir. 88/378/CE relativa a la seguridad de los juguetes; la Dir. 93/13/CE sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores; la Dir. 93/22/CE relativa a los servicios de inversión en el sector de los valores mobiliarios; la Dir. 2000/31/CE relativa a algunos aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico; la Dir. 2001/95/CE relativa a la seguridad general de productos; la Dir. sobre las prácticas comerciales desleales.

ses desarrollados ⁴, y sobre todo teniendo en cuenta las diversas tradiciones jurídicas (se piensa en aquella de tradición romanista y aquella de derivación anglosajona).

Para comprender mejor el largo camino recorrido por los operadores del Derecho en el intento de encontrar una coherencia útil entre los instrumentos contractuales ofrecidos en el comercio y la evolución de todas las exigencias necesarias del progreso, es preceptivo efectuar un salto al pasado y particularmente al inicio del siglo pasado.

En efecto, la exigencia ⁵ de los países más industrializados de seguir una cierta política económica capaz de imponer el paso de las fronteras nacionales para una mejor utilización de los recursos se retrotrae al inicio del 1900. Esta exigencia ha determinado el gran esfuerzo de establecer una disciplina internacional uniforme que permita a los distintos Estados intentar superar la «nacionalidad» del Derecho.

Pero será necesario llegar a 1963 para ver aparecer, con la Convención del Aja de 1964 (de escaso éxito en cuanto no fue ratificada por muchos Estados), la primera piedra de un proyecto más grande, auspiciado ya en los años 20 por Ernesto Rabel ⁶, consistente en la uniformización del Derecho sustancial en materia de bienes muebles ⁷.

En este clima se instituyó en 1966 la UNCITRAL, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho comercial internacional, y

⁴ El interés de la protección de la parte débil de la relación contractual se suma al interés en la salvaguardia de la libertad de la competencia, en el sentido de garantizar el desarrollo y la racionalidad del mercado a través de la responsabilidad y la corrección en las relaciones entre empresas y consumidores, con el fin de obtener una mejor eficiencia del mercado. CASERTA, *La nozione di consumatore secondo la Casazione*, I Contratti, núm. 4/2000, pp. 431 ss.

No se puede olvidar que, además de garantizar el equilibrio del mercado, entre las finalidades de la disciplina establecida para la tutela del consumidor, se encuentra la de proteger a los sujetos que generalmente no están en condiciones de afrontar los costes y los riesgos derivados del contrato con la misma fuerza y el mismo poder de quien lo ha predispuesto. La Directiva de 1999 es un texto de compromiso: por un lado, entre los intereses de los profesionales y de los consumidores; por otro, entre las soluciones de sistemas jurídicos diferentes, especialmente de aquellos de tradición romanista y aquellos de inspiración anglosajona.

⁵ DAVID, *Il diritto del commercio internazionale: nuovo compito per i legislatori nazionali o una nuova lex mercatoria?*, Riv. Dir. Civ. it., 1976, I, pp. 578 ss.; SCHLESINGER, *Comparative Law*, 5 ed., Little Brown, Boston, 1988, pp. 30 ss.; MEMMO, *Il contratto di vendita internazionale nel diritto uniforme*, Riv. trim. dir. proc. civ., 1983, p. 180 ss.

⁶ Véase la relación sobre el Derecho comparado en materia de venta del Institut für Ausländisches und Internationales Privatrecht de Berlín: RABEL, *Gesammelte Aufsätze, III, Rapport Bleu*, pp. 382 ss., el cual es considerado el verdadero cerebro del proyecto sobre la venta internacional; de hecho, fue él mismo quien en 1929 propuso los trabajos sobre la unificación del derecho de la venta con el conocido como «Informe azul».

⁷ BAINBRIDGE, *Trade Usages in International Sales of Goods: An Analysis of the 1964 and 1980 Sales Convention*, Virginia Journal of International Law, 1984, pp. 633 ss.; VAN DER VELDEN, *The Law of International Sales*, Hgue Zagreb Essays, pp. 54 ss.

fue seguida por numerosos proyectos presentados por esta última, con ocasión de la conferencia diplomática de las Naciones Unidas celebrada en Viena en 1980, en la que se llegó a la aprobación de la Convención Internacional sobre la venta de mercaderías, que tiene naturaleza de Tratado Internacional de libre ejecución, y ha sido ratificada el 11 de diciembre de 1985 por Italia, el 1 de enero de 1988 por Francia y en 1990 por España ⁸.

Este segundo paso adelante ha tenido un gran consenso, puesto que se ha ratificado por más de 30 Estados, y ha sido tomada como modelo, bien sea para la reforma del Derecho nacional interno en varios países ⁹, o bien sea por la redacción de la Directiva objeto del presente estudio ¹⁰. También ha influido la simplicidad de su redacción, así como la consiguiente comprensión y adaptación del texto a las diversas exigencias de los numerosos Estados.

Pero el mayor mérito de esta Convención radica en haber reunido las normas en materia de obligaciones y de derechos procedentes del contrato. En particular, la Convención de Viena se ha orientado hacia la unificación de las diversas acciones en relación con la noción de falta de conformidad del bien con el contrato en las ventas internaciones de mercaderías entre profesionales.

Este esquema lo ha seguido indudablemente el legislador europeo, mientras que, con la Directiva 99/44/CE sobre algunos aspectos de la garantía en la venta de bienes de consumo, ha introducido la noción de conformidad en las relaciones entre vendedores profesionales y consumidores.

La libertad de circulación de productos en Europa es, a menudo, un dato fáctico cuya consecuencia natural no puede ser otra que intentar uniformar los derechos y las obligaciones de los operadores y de los destinatarios del gran mercado.

La Directiva mencionada, en efecto, testimonia la voluntad precisa de la Comunidad de establecer una protección uniforme mí-

⁸ AA.VV, *La vendita internazionale, La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Giuffrè, 1981 (que recoge los trabajos del Congreso de S. Margherita Ligure de septiembre de 1980).

⁹ FERRARI, *Vendita Internazionale di beni mobili*, Bologna, ed. Zanichelli, 1994, p. 14.

¹⁰ Ya en 1952 RABEL escribía que: «la unificación legislativa del derecho comercial tiene una vía segura frente a sí, y no puede parar su curso; la venta es su punto de arranque natural...; desde tiempo atrás y todavía hoy la venta ha operado como el instrumento jurídico por excelencia para la creación de obligaciones convencionales; destacando cómo en sus líneas esenciales, permanece como el contrato típico más utilizado y el mecanismo más útil para los cambios de mercancías en los mercados nacionales e internacionales: confirmando una vez más su liderazgo histórico; y al propio tiempo la venta es la que prepara la evolución de aquel sector que pronto se espera que se convierta en el Derecho internacional de las relaciones jurídicas privadas». Véase Rabel, *The Hague Conference on the Unification of Sales Law*, en 1 Am. J. Comp. L (1952), 68-69.

nima para los consumidores europeos, basada completamente sobre un nivel de protección que toca el corazón del derecho de la venta.

2. LAS DISPOSICIONES COMUNITARIAS EN LA EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE LAS GARANTÍAS

Es evidente la finalidad perseguida por las instituciones europeas para la realización de una armonización del Derecho privado europeo, mediante numerosas Directivas comunitarias que afectan a diversos sectores.

Pero es mérito del Parlamento Europeo que el mundo político y el de los operadores económicos y del derecho hayan encontrado la oportunidad de realizar no sólo un espacio económico, sino también un espacio jurídico europeo ¹¹, que permita perseguir el objetivo de la realización de la «aproximación» del derecho de la venta, en cuanto instrumento contractual más utilizado ¹².

Las numerosas Directivas se suman a las convenciones internacionales que regulan supuestos de hecho particulares o tipos contractuales y el *acquis communautaire* es ya una realidad ¹³.

¹¹ CARBONE S. M., *Spazio giuridico europeo*, en Collana del Diritto del commercio internazionale, Giuffrè, 2003.

¹² ALPA, *L'armonizzazione del diritto contrattuale ed il codice civile europeo*, en *Economia e diritto del terziario*, 1, 2004.

¹³ ALPA – Andenas, *Fondamenti del diritto privato europeo*, en *Trattato di diritto privato a cura di Iudica e Zatti*, Giuffrè, 2005, p. 332, el cual sostiene que: «Para definir el ámbito del *acquis communautaire* en materia de contratos es necesario remover algunas opciones que varían según la perspectiva de investigación adoptada por el intérprete. Cada opción amplía o restringe el campo de indagación. Se puede, por lo tanto, proceder desde el ámbito más restringido al más amplio y verificar los resultados que se obtienen, teniendo en cuenta diversos criterios de sistematización de la materia:

1) El criterio terminológico, que sirve para clarificar el significado de los términos utilizados en las fuentes comunitarias, constituido por el Tratado para la Constitución Europea (que ha sido firmado, pero todavía no ratificado por los 25 Estados miembros) y por los Tratados en los que se han consolidado los textos normativos que se han sucedido desde los años 50 hasta hoy, por los Reglamentos y las Directivas, así como las decisiones del Tribunal de Justicia.

2) El criterio conceptual, que sirve para clarificar las nociones o conceptos utilizados por el legislador o el juez comunitario.

3) El criterio sustancial o de contenido, que sirve para clarificar los contenidos de las disposiciones o de la interpretación.

4) El criterio teleológico, que sirve para clarificar los fines perseguidos por el legislador o el juez.

5) El criterio ius-político, que sirve para clarificar las técnicas de resolución de conflictos de los intereses implicados en las materias reguladas.

Estos criterios, todos ellos presentes en la indagación de los intérpretes no siempre son explicitados: A veces, los fines de la reconstrucción del acervo comunitario son múltiples. Al menos se deben considerar:

1) Los fines cognitivos, desde el momento en que la enorme producción normativa puesta en marcha por los órganos comunitarios, con un ritmo impresionante, crea proble-

El proceso de «aproximación» ha venido precedido y facilitado por un intenso estudio por la doctrina de los distintos países europeos que se ha activado, bien para verificar la existencia de un *common core* de reglas, institutos, valores inherentes al Derecho privado en los ordenamientos de los Estados miembros, o bien para efectuar profundos análisis en algunas materias que requieren una armonización, como el derecho de los consumidores, el derecho bancario y asegurativo, el comercio electrónico, y de paso, para elaborar un modelo de código uniforme que abarque materias de Derecho civil y mercantil ¹⁴.

Sobre la base de las precedentes Resoluciones y teniendo en cuenta la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento, (este último ha asumido, el 15 de noviembre de 2001, una nueva Resolución sobre «la aproximación del Derecho civil y mercantil de los Estados miembros» a la que nos remitimos ¹⁵, por no poder darle espacio en esta sede), el Parlamento Europeo, a partir del proceso de consulta y discusión preparado con la Comunicación de la Comisión sobre Derecho contractual europeo de julio de 2001 con el fin de individualizar el modo de afrontar a nivel europeo los problemas derivados de las divergencias entre los derechos contractuales nacionales en la unión, ha iniciado el camino a un plano de acción dirigido a: *i*) Acrecentar la coherencia de la compra comunitaria en el campo del derecho comunitario; *ii*) promover la elaboración de cláusulas contractuales Standard aplicables en el conjunto de la UE; *iii*) examinar posteriormente si los problemas ligados al derecho contractual europeo no requieren soluciones específicas no sectoriales, como un instrumento opcional.

Perfectamente en línea con la perspectiva de unificación y armonización del derecho de los Estados miembros de la UE se

mas de cognoscibilidad de las reglas por sus destinatarios, e incluso por parte de los órganos de producción.

2) Los fines sistemáticos, desde el momento en que este cuerpo normativo (incluyendo las disposiciones y su interpretación) crea problemas de coordinación y superposición.

3) Los fines funcionales, desde el momento en que este cuerpo normativo debe ser valorado desde el plano de su eficacia, bien en el sentido de la rápida adaptación por parte de los Estados miembros de las reglas introducidas, o bien en el sentido de los efectos, económicos y sociales, que esto provoca».

¹⁴ Para un conocimiento de estos trabajos, *vid.* ALPA, *Diritto privato europeo*, en *Studi in on. di C. M. Bianca*, Giuffé, Milano, en prensa.

¹⁵ Se trata de la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2001 (A5-0384/2001), con la que se ha exhortado a la Comisión a presentar propuestas dirigidas a revisar las actuales Directivas relativas a la protección del consumidor en lo relativo al derecho contractual, para remover las cláusulas de armonización mínima que han impedido la institución de una normativa uniforme a nivel comunitario, en detrimento de la protección del consumidor del buen funcionamiento del mercado interno.

Vid. sobre este punto la Comunicación del 2003 núm. 68 que contiene un plan de acción en materia de derecho contractual europeo.

ubica la Directiva 99/44/CE sobre «algunos aspectos de la venta y la garantía de los bienes de consumo», que indudablemente constituye una de las normativas más importantes adoptadas en favor de los consumidores europeos y responde a la preocupación de estos últimos, los cuales al realizar compras en el extranjero, podrían encontrarse con productos que después de la compra se manifiestan defectuosos ¹⁶. Es evidente, en efecto, que el desarrollo de la UE y del espacio económico interno han vuelto, cada vez más apremiante la exigencia de consentir a todos los ciudadanos europeos la realización de negociaciones en los diversos Estados miembros sobre la base de una normativa de referencia uniforme, dirigida, por un lado, a incrementar las relaciones transfronterizas; y, por otro, a reducir el escepticismo que en los agentes económicos suscita el encontrarse en un derecho extranjero. Por tales motivos, el legislador comunitario ha preparado el proceso de armonización de las reglas jurídicas en materia de compraventa, con particular referencia al sistema de las garantías, con el objetivo de permitir a los consumidores, que residan en un Estado miembro, de adquirir libremente mercancías en el territorio de cualquier otro Estado miembro con un nivel mínimo uniforme de normas equitativas que disciplinan la venta de bienes de consumo ¹⁷.

Ello se debe a que se habían encontrado numerosas diferencias, por ejemplo, en la noción de producto defectuoso, en la duración de la garantía legal, en las acciones dirigidas a obtener la eliminación del defecto, así como en las condiciones necesarias para poder valerse de la garantía.

A la luz de lo que se ha dicho, debe ser leído e interpretado el libro verde sobre las garantías y los servicios postventa de los bienes de consumo ¹⁸, que condujo posteriormente a la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo, pero del que quedan, todavía, algunos aspectos abandonados (se piensa en toda la problemática relativa a los servicios postventa). El legislador europeo ha tomado en consideración la notable diversidad de las legislaciones nacionales en el tema de la venta con particular referen-

¹⁶ La Directiva no ha intentado armonizar completamente las normativas nacionales en materia de venta, como resulta de su propio título, que afecta tan sólo a «algunos aspectos» de la venta de bienes de consumo y de las garantías relativas a éstos.

¹⁷ La Directiva 99/44/CE ha sido definida como la Directiva más importante que se haya negociado jamás a favor de los consumidores europeos (así Emma Bonino, Comisaria Europea de Política de Consumidores).

¹⁸ El Libro Verde sobre las garantías en la venta de bienes de consumo, DOCE COM. 93/378 del 28 de julio de 1993, pertenece a los libros verdes de última generación, que tratan de suscitar un debate incluso fuera de las instituciones comunitarias; de hecho, fue publicado por la Comisión, para estimular un amplio debate sobre la delicada materia de las garantías antes de la adopción de la normativa.

cia a la noción de «no conformidad»¹⁹ con el contrato de los bienes adquiridos por los consumidores, si bien se ha puesto de relieve que algunas disposiciones comunitarias contradicen tal finalidad (*vid.*, por ejemplo, las normas que imponen un orden jerárquico de remedios previstos, antes de prever la libertad de elección²⁰).

El Libro Verde, en efecto, analiza los problemas que encuentran los consumidores en materia de garantías legales y comerciales y de servicios postventa, con ocasión de adquisiciones transfronterizas y define, por un lado, la garantía legal como la protección tradicional existente en todos los Derechos nacionales en virtud de la cual el vendedor responde frente al comprador por los defectos de los productos vendidos; y, por otro, la garantía comercial, como las ventajas adicionales ofrecidas opcionalmente por el vendedor²¹.

Del examen de los sistemas jurídicos nacionales se deduce que: *i*) existen diferencias tales que puede no ser fácilmente determinable el derecho aplicable a las cuestiones de garantía legal; *ii*) los consumidores tienden a no conocer las disposiciones del derecho extranjero; *iii*) las condiciones de garantía comercial, que son diferentes de un país a otro, no disfrutan de un marco jurídico definido, con la consecuencia de que el consumidor difícilmente puede determinar el alcance efectivo de su propio derecho, así como las condiciones prácticas de su aplicación, y también si, en general, puede valerse de la garantía reconocida en su país.

Esta dificultad ha tratado de subvenir la Directiva 99/44/CE, cuyo plazo de recepción expiraba el 1 de enero de 2002. En dicha

¹⁹ Vale la pena subrayar que la noción de conformidad con el contrato es extraña a la tradición jurídica de algunos Estados miembros, entre ellos, por ejemplo, Francia, Italia y España, en los que está presente el concepto –controvertido– de vicio oculto. De ello se deduce la necesidad de coordinación de las normas que regulan la misma materia.

²⁰ Para estas notas críticas se reenvía a LUMINOSO, *La compravendita*, Giappichelli, 2003, p. 297, según el cual: «El texto de la Directiva denuncia tales contradicciones, dado que junto a la finalidad de garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores, aparecen fines que contrastan con tal finalidad, y sobre todo el de asegurar protección al mercado mediante algunas disposiciones dirigidas a proteger más al vendedor-profesional que al consumidor-comprador».

Sobre este punto, entre otros, *vid.* también: DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità...*, p. 22.

²¹ *Vid.* COM (93) 509 final, en JOCE 1994, N. C. 205, p. 562 y en JOCE 1994 N. C. 295, p. 14; European Consumer Law Group (grupo de expertos europeos en Derecho de consumidores), *The EU green paper on guarantees for consumer goods and after sales services – A response*, 17 JCP 1994, p. 363; CRANSTON, *The green paper on guarantees*, *Consum. L. J.* 1995, p. 110; TENREIRO, *Garanties et services après-vente – Brève analyse du livre vert présenté par la Commission européenne*, en REDC 1994, 3.

En particular, del estudio del Derecho comparado se deduce que, para los bienes de mayor valor para los que las peticiones al extranjero podían parecer más ventajosas respecto a los precios internos, los consumidores encontraban fuertes dificultades frente a las garantías legales o comerciales, en cuanto en la fase de ejecución del contrato las garantías constituyen un criterio esencial en la decisión de compra especialmente cuando el producto y el precio son factores claves en la fase de formación del contrato.

fecha, sólo algunos países habían realizado la transposición: Austria con la *Gewährleistungsrecht-Änderungsgesetz-GewRÄG* 8 de mayo de 2001, en vigor desde el 1 de enero de 2002, que modifica el ABGB y la *Konsumertenschutzgesetz*; Alemania con la reforma del *Schuldrecht* que a su vez ha renovado la disciplina de la venta; Finlandia con la Ley de recepción núm. 1258/2001 de 19 de diciembre de 2001, que entró en vigor el 1 de enero de 2002.

En Italia, la transposición de la Directiva se ha realizado mediante el Decreto Legislativo de 2 de febrero de 2002, núm. 24, que ha modificado el Código Civil, introduciendo desde el artículo 1519 *bis* al 1519 *nonies*²², hoy insertados en el Código de Consumo, artículos 128 ss.²³

Han realizado la transposición con retraso: Holanda, con la Ley de 6 de marzo de 2003; Portugal, con el Decreto-Ley núm. 67/2003 de 8 de abril de 2003; España, con la Ley 23/2003 de 10 de julio de 2003; Inglaterra, con la «*Sale an Supply of goods to consumers regulations 2002*», entrada en vigor el 31 de marzo de 2003; Irlanda, con la *Europeans Communities (Certain Aspects of the Sale of Consumers Goods and Associated Guarantees) Regulations 2003* (Statutory Instrument núm. 11 de 22 de enero 2003); Grecia, con la Ley de 2002, núm. 3043; Dinamarca, con la Ley de 22 de abril 2002 (que ha reformado la Ley general sobre la compraventa de 1906); Suecia con la *Consumer Sale Acts*, que ha entrado en vigor el 1 de abril de 2005; Luxemburgo con la Ley de 21 de abril de 2004; Bélgica con la Ley de 1 de septiembre de 2004, que entró en vigor el 1 de enero de 2005; Polonia, con la Ley de 27 de julio de 2002, entrada en vigor el 1 de enero de 2003; Eslovenia, con el *Act Consumer Protection* de 2003; Hungría ha modificado el Código civil de 1 de julio de 2003 armonizándolo con la Directiva 99/44/CE; Francia con la *ordon-*

²² Hay que señalar que el 22 de julio de 2005 el Consejo de Ministros aprobó el Código de Consumo. Se trata más que de un texto único, de una reelaboración orgánica del Derecho de los consumidores, que ha intentado concentrar en el «Código de Consumo» todas las disposiciones relativas al consumidor, aunque algunos aspectos relativos a los contratos bancarios, mercados financieros y contratos de seguro no están contemplados.

Ciertamente, haber recogido «casi» todas las disposiciones en un «código» constituye una notable ventaja para los consumidores reforzando su tutela mediante una obra de simplificación y coordinación legislativa.

El C. Cons. contiene una norma en el artículo 146 con la que se derogan todas las normas insertadas en el CC, y las precedentemente derogadas, con el fin de evitar (también en vía interpretativa) su revivificación. También los artículos 1519 *bis* ss., han sido derogados, por lo que las normas que regulan las garantías en la venta de bienes de consumo están hoy contenidas en el C. Cons., en los artículos 128-135.

Nuestro análisis hará referencia, por tanto, a estos preceptos.

²³ El texto del Código de Consumo se ha publicado en el *Boletín* del 24 de julio de 2005, y oficialmente en la G.U. del 10 de octubre de 2005, y ha entrado en vigor el 23 de octubre de 2005.

nance del 17 de febrero de 2005, ratificada con la Ley 2006-406 del 5 de abril de 2006 ²⁴.

La Directiva sobre la venta de bienes de consumo es considerada como una de las intervenciones comunitarias más importantes en el sector del Derecho privado, como también lo fue la aprobación de la Directiva sobre cláusulas abusivas, especialmente por su objetivo de armonización de las reglas e individualización de un núcleo mínimo esencial de garantías inderogables por las partes, que permite aportar ventajas tanto en las ventas transfronterizas, como en las ventas del mercado interno ²⁵.

El legislador comunitario, mediante una base mínima de reglas comunes, desvinculadas del lugar de la venta del bien, ha querido crear una disciplina homogénea que tuviese en cuenta el mercado interno único y la moneda común, y que garantizase un mayor nivel de protección del consumidor adquirente, incentivándolo a realizar adquisiciones transfronterizas ²⁶.

La estructura de la Directiva es prácticamente la típica de la legislación comunitaria: contiene una parte dedicada al ámbito de aplicación y las definiciones; y una segunda parte, dirigida a regular los derechos reconocidos al adquirente consumidor.

Una de las novedades sustanciales de la disciplina comunitaria reside en haber introducido una garantía (legal) concebida a partir de un concepto unitario y general de «conformidad del bien con el contrato», adoptando así un tratamiento uniforme para todas las anomalías materiales de la cosa (vicios, falta de calidades esenciales o prometidas, *aliud pro alio*) para las que se ha previsto un conjunto de medidas de tutela y remedios articulado, pero al mismo tiempo homogéneo ²⁷.

En cualquier caso, desde la óptica del legislador comunitario permanece como una disciplina sectorial, puesto que no se ha intro-

²⁴ Francia ha sido condenada por el TJCE por la falta de adaptación de la Directiva comunitaria, por Sentencia de 1 de julio 2004, C-311/03. Hay que señalar que, todavía hoy están incursos en causas sancionatorias por falta de transposición en los plazos señalados, Bélgica, o Luxemburgo. Véase la Sentencia de 19 de febrero de 2004, causa C-312/03 y C-310/03 publicadas en la página web: <http://Europa.eu.int/jurisp>.

²⁵ Cfr. LUMINOSO, *Vendita, Contratto Estimatorio*, Giappichelli, 2004, p. 258, el cual señala los siguientes ámbitos en los que se manifiesta el diseño unificador del legislador comunitario en tema de garantías: «a) Los diversos tipos contractuales...; b) la contraposición entre ventas internas (sometidas a las concretas leyes nacionales) y ventas internacionales...; c) las diversas tipologías –según las particulares leyes nacionales– de vicios y defectos...; d) la distinción entre defectos preexistentes a la venta y defectos sucesivos...; e) la diversidad existente entre formas de responsabilidad y modelos de remedios con respecto a las distintas clases de defectos...».

²⁶ Así también TRAISCI, *articolo 1519 bis co. 1-2, lett.a*, en *Commentario sulla vendita dei beni di consumo*, coordinado por Patti, Giuffrè, 2004, p. 6.

²⁷ LUMINOSO, *Appunti per l'attuazione della direttiva 44/99/CE e per la revisione della garanzia per vizi nella vendita*, en *Contratto e impresa /Europa*, 2001, p. 107.

ducido en relación con todas las ventas, sino tan sólo para aquellas protagonizadas por consumidores con profesionales y que tengan por objeto bienes muebles de consumo; esto mismo, ha creado, por otra parte, fuertes discusiones a la hora de transponer la Directiva.

Al igual que otras Directivas comunitarias de tutela del consumidor, también esta Directiva ofrece una tutela de carácter mínimo, dejando «a salvo» el ejercicio de derechos distintos y ulteriores, respecto a los expresamente reconocidos en ella, eventualmente atribuidos al consumidor por las específicas legislaciones nacionales; y, autorizando además a los Estados miembros a mantener en su propio Ordenamiento interno disposiciones dirigidas a asegurar a los consumidores un nivel de protección más elevado con respecto al garantizado ²⁸ por la Directiva.

3. EL CONCEPTO DE CONFORMIDAD EN LA CONVENCIÓN DE VIENA Y EN LA DIRECTIVA 99/44/CE

A pesar de un título bastante «modesto», la Directiva sobre las garantías en la venta de bienes de consumo constituye un texto muy importante y ambicioso ²⁹. El concepto unitario de conformidad sobre el que se funda toda la normativa de las garantías encuentra su equivalencia más cercana ya en la Convención de Viena de 1980 ³⁰ sobre la

²⁸ DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, en *I contratti dei consumatori* a cura di Gabrielli e Minervini, Utet, 2005, pp. 973-974.

²⁹ STANDENMAYER a propósito de esta Directiva afirma que se trata de una «milestone in the european consumer and private european law», en REDP 2000, 4, pp. 547-564.

³⁰ Sobre la Convención de Viena se puede ver: D. CORAPI, *La direttiva 99/44/Ce e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: verso un nuovo diritto comune della vendita?*, en *Europa e dir. priv.*, 2002, p. 655; GRAFFI, *L'applicazione della Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili in alcune recenti sentenze italiane*, en *Eur. Legal Forum*, 2001, p. 240; FERRARI, *Problematiche tipiche della convenzione di Vienna sui contratti di vendita internazionale di beni mobili risolte in una prospettiva uniforme* (nota a Trib. Vigevano 12 julio 2000, Soc. Rheinland Versicherungen c. Soc. Atlarex e altro), en *Giur. It.*, 2001, p. 281; FERRARI, *Contratti di distribuzione, ambito di applicazione «ratione materiae» della Convenzione di Vienna del 1980: gli insegnamenti che si possono trarre dalla giurisprudenza straniera* (nota a Cass., sez. un., 14 diciembre 1999, núm. 895, Imperial Bathroom Company Plc. c. Soc. Pozzi sanitari), en *Giust. Civ.*, 2000, I, p. 2334; LIGUORI, *Il diritto uniforme della vendita internazionale: prassi e tendenze applicative della Convenzione di Vienna del 1980*, en *Riv. Dir. Civ.*, 1999, I, p. 143; CALLEGARI, *La denuncia dei vizi nella Convenzione di Vienna: un difficile incontro con il criterio del «reasonable man»* (nota a sent. Pret. Torino 30 enero 1997, Soc. C. e M. c. Bankintzopoulos e OE), en *Giur. It.*, 1998, p. 982; LIGUORI, *La convenzione di Vienna sulla vendita internazionale di beni mobili nella pratica: un'analisi critica delle prime cento decisioni* (ficha bibliográfica en Studium Iuris, 1996, 765), en *Foro It.*, 1996, p. 145; FERRARI, *L'ambito di applicazione della convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1994, p. 893; CAPPUCIO, *La deroga implicita nella convenzione di Vienna del 1980*, en *Dir. Comm. Internaz.*, 1994, p. 861; BONELL, M. J., *La prima decisione italiana in tema di Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale* (nota a sent. Trib. Monza 14 enero 1993, Soc. Nuova Fucinati c. Fondmetall international A.B.), en *Giur. It.*, 1994, I,

venta internacional³¹; el cual viene entendido como la no correspondencia del bien con el contrato, y más en general, con las legítimas expectativas del comprador (la convención no se ocupa del aspecto de la transferencia de la propiedad, sino sólo de la entrega del bien)³².

La previsión de una obligación unitaria de conformidad conlleva que el concepto de vicio adquiera la máxima extensión, tanto por comprender, sobre un plano objetivo, las hipótesis de déficit vinculadas a causas preexistentes a la entrega, como sobre un plano subjetivo, la no correspondencia del bien con las expectativas declaradas por el comprador en el momento de la compra.

La disciplina de la garantía se ha reconstruido en clave de incumplimiento contractual³³ y se indican los remedios comunes contra éste.

En particular, el artículo 46 de la Convención prevé, en caso de no conformidad de la mercancía con el contrato, el remedio de la reparación, siempre que ésta no sea irrazonable según las circunstancias, o bien de la sustitución, cuando el defecto de conformidad represente una inobservancia esencial del contrato³⁴.

pp. 2, 145; VENEZIANO, *La convenzione di Vienna vista attraverso le opere di commento a carattere generale e le prime applicazioni giurisprudenziali*, en *Riv. Dir. Comm.*, 1992, I, p. 925; BIN, *La non conformità dei beni nella convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1990, p. 755; BONELL, M. J., *La convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: origini, scelte e principi fondamentali*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1990, p. 715; DE NOVA, *L'ambito di applicazione ratione materiae della convenzione di Vienna*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1990, p. 749; AA. VV., *La vendita internazionale, La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Giuffrè, 1981.

³¹ BIN, *La non conformità dei beni nella Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale*, en *Riv. Trim. dir. e proc. Civ.* 1990, pp. 755-768; NEGRI, *I vizi della cosa nella vendita internazionale di beni mobili (Italia-Francia)*, en *Riv. Dir. civ.* 1987, pp. 127-149; ZICCARDI, *Vizi della cosa venduta, Convenzione di Vienna e comparazione giuridica*, en *Scintillae iuris, Studi in memoria di Gino Gorla*, Giuffrè, 1994, II, pp. 1373-1395; RAYNARD, *De l'influence communautaire et internationale sur le droit de la vente – quand une proposition de directive s'inspire d'une convention internationale pour compliquer, encore, les recours de l'acheteur*, en *RTDC* 1997, pp. 1020 ss.; id., *Droit communautaire et vente – les enjeux d'une transposition à venir (directive du 25 mai 1999 sur certains aspects de la vente et des garanties des biens de consommation*, en *RTDC*, 2000, 440. Sobre la influencia de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Estados, *vid.*: Grundmann, *Introduction*, en *La directive communautaire sur la vente ...*, a cura di Bianca-Grundmann-Stijns, Paris, 2004, pp. 24 ss.

³² El artículo 35 establece que «el vendedor tiene que entregar bienes de la cantidad, calidad y tipo requerido por el contrato...» y que «salvo acuerdo en contrario de las partes los bienes son conformes al contrato si (...) son idóneos para el uso genérico esperado, o para el uso específico requerido».

Se precisa que el bien es conforme (art. 35) cuando posee las características necesarias para su funcionamiento. Se alude tanto a las características que las partes han tenido presentes en la negociación, como los estándares cualitativos objetivos de funcionamiento, en línea con aquellos propios del país donde el bien es vendido o destinado. Se comprende (art. 36) tanto el caso de vicios preexistentes (apartado 1), como el supuesto (apartado 2) de incumplimientos relativos a la fase de la entrega (por ejemplo, el vendedor tendría que haber embalado el bien de un determinado modo, pero ha realizado un embalaje insuficiente que ha causado daños a la mercancía, con posterioridad al traspaso del riesgo).

³³ Ver también SCARPELLO, *articolo 1469 bis núm. 14*, en *Le clausole vessatorie nei contratti dei consumatori*, Giuffrè, 2003, p. 524.

³⁴ Según BOCCHINI, *La vendita di cose mobili*, en *Il Codice Civile. Commentario fundado por Schlesinger*, Giuffrè, 2004, p.180, el recurso a la sustitución de la cosa defectuosa

En el ámbito de esta normativa asumen particular relevancia, por un lado, la certeza de las obligaciones asumidas por las partes, y por otro, la conservación del contrato, lo que garantiza la seguridad del tráfico internacional entre operadores económicos profesionales.

La disciplina uniforme no prevé la distinción entre garantías y obligaciones del vendedor, pero atribuye al comprador (art. 46 CV) la acción de exacto cumplimiento del contrato, mediante la reparación o la sustitución del bien, de tal modo que se mantiene en pie la operación económica³⁵.

Los remedios de la sustitución y la resolución son admisibles frente al vendedor (aunque no sea el constructor) sólo en caso de defecto esencial y no remediable, mientras que existe una obligación general de colaboración del comprador para poner al vendedor en condiciones de remediar el incumplimiento³⁶.

Queda así abandonada la teoría de la garantía de los ordenamientos continentales, que presenta una evidente dificultad conceptual de considerar que el incumplimiento contractual no sólo puede no depender de la culpa del vendedor, sino que puede ser ignorado por éste o ser preexistente a la venta. La CV cumple aquel revolucionario paso adelante, después seguido por la Directiva 99/44/CE, que no consiste sólo en considerar el vicio un incumplimiento del contrato, sino sobre todo en predisponer eficaces remedios que permitan al vendedor profesional intervenir en un tiempo razonable, concretando tales remedios en la entrega sustitutiva de otro bien idéntico y privilegiando el mantenimiento del contrato respecto a la resolución. De este modo, la CV crea remedios más adaptados al mundo industrial, permitiendo al productor obtener un gran ahorro de costes mediante la reparación o la sustitución del bien. Las ventajas de este «sistema» son evidentes también para los consumidores, los cuales, en la venta de productos en serie examinan el bien a través de sumarias referencias al catálogo (o folleto), y pueden verificarlo, sólo en un segundo momento, a través de la utilización del mismo. Se hace así referencia a un modelo objetivo (la conformidad) que marca la medida del juicio.

a la única hipótesis de «inobservancia esencial del contrato» encuentra su fundamento en razones de carácter económico.

³⁵ CORAPI, *La direttiva 99/44/CE e la Convenzione di Vienna sulla vendita internazionale: verso un nuovo diritto comune della vendita?*, en *L'attuazione della direttiva 99/44/CE in Italia e in Europa, Atti del convegno internazionale dedicato alla memoria di A. Trabucchi*, Cedam, 2002, p. 137.

³⁶ En sustancia, se acoge el planteamiento de países del *common law* de considerar el defecto/vicio como prestación deficitaria (*non performance*) que causa un incumplimiento contractual culpable (*breach of contract*) con un abanico de posibilidades de tutela más amplio para el comprador, el cual puede reaccionar solicitando el cumplimiento (la reparación), la resolución, la sustitución del bien y la reducción del precio.

La Directiva sobre la garantía de los bienes de consumo re-toma el concepto de conformidad de la Convención, facilitando en esto al consumidor que no tiene que elegir entre las varias hipóte-sis de vicios, falta de calidad, o *aliud pro alio*.

Todavía la solución elegida por el legislador comunitario pre-senta algunas peculiares diferencias respecto a la normativa de De-recho uniforme (es decir, la CV), entre las cuales, debe señalarse, en primer lugar, el carácter dispositivo y derogable de las normas de Derecho uniforme, respecto al carácter imperativo de las propias de la Directiva que conllevan la ineficacia de pactos que no la res-peten. Por otra parte, mientras el ámbito de aplicación de la CV se define en términos objetivos, con exclusión de las ventas no mer-cantiles, es decir, los bienes adquiridos para uso personal, familiar o doméstico, la Directiva tiene un ámbito de aplicación definido, tanto en términos subjetivos, con referencia a las partes del contrato (profesional y consumidor), como objetivos (bienes de consumo).

Existen ulteriores diferencias en lo dispuesto, respectivamente en el artículo 2 de la Directiva y 35 CV: la normativa comunitaria, además de aludir a la idoneidad del uso al que sirven habitual-mente bienes del mismo tipo, establece además que el bien es conforme si presenta la calidad y las prestaciones de un bien del mismo tipo, que el consumidor puede razonablemente esperar, ha-bida cuenta de la naturaleza del bien, y en su caso, de las declara-ciones públicas sobre las características específicas del bien reali-zadas con conocimiento del vendedor, por el productor, o por su representante, en particular, en la publicidad y en el etiquetado ³⁷.

En síntesis, a salvo de ulteriores profundizaciones sobre esta materia, la Directiva precisa, sobre todo, que el vendedor profesio-nal del bien (sea productor o revendedor) está obligado a entregar un bien conforme y que la conformidad es la síntesis de la calidad del bien, tal como sea descrita por el vendedor, requerida por el comprador, o elogiada por el productor en la presentación del pro-ducto. La normativa contempla, por lo tanto, la venta por un pro-fesional a un consumidor, excluyendo las ventas entre particulares y las ventas entre profesionales.

La conformidad contractual aparece así como una categoría más amplia que el vicio/defecto, puesto que comprende casos en los que, propiamente, no se puede hablar de vicios: por ejemplo, se entrega un coche de color amarillo en vez de negro ³⁸. En particular, se aban-

³⁷ Cfr. CORAPI, *La direttiva e la convenzione di Vienna...*, *op. cit.*, en Atti del con-vegno in onore di Trabucchi, p. 138.

³⁸ Para ulteriores ejemplos, *vid. LEO, artículo 1519 ter, in L'acquisto di beni di consumo*, Ipsa, 2002, p. 23.

dona la concepción de vicio oculto (criterio de valoración estático), a favor del concepto más dinámico de conformidad, que tiene en cuenta: *a)* las cualidades declaradas por el vendedor; *b)* las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo (mismo estándar tecnológico); *c)* la calidad esperada en dicho bien (estándar de calidad mínima del bien). Se trata de conceptos ciertamente nuevos para aquellos ordenamientos como el italiano (que no conocía tal noción) o como el francés (que conoce la acción de conformidad, *stricto sensu*, y la acción de garantía por vicios ocultos).

Debe señalarse, que respecto a la CV, la Directiva aunque más breve, contiene numerosas reglas e ideas que no se encuentran en la CV, adaptándose así a las necesidades actuales, tanto como para poder ser considerada modelo de internacionalización de los derechos nacionales del contrato, sobre todo a la luz de su relación no sólo con la Convención sino con los proyectos de Código europeo o de *lex mercatoria* desarrollados en Europa (PEDC y UNIDROIT). Por otra parte, la Directiva tiene una relevancia práctica superior respecto a la de la Convención por la influencia que tiene y puede asumir sobre los Derechos nacionales ³⁹.

Sobre todo se debe subrayar la importancia que tiene desde la perspectiva del análisis económico del Derecho; de hecho, la garantía en materia de venta constituye: *i)* una especie de póliza de seguro, a través de la cual el vendedor asegura al comprador frente a lo que es un evento negativo e incierto, esto es, el vicio o defecto del producto; *ii)* un índice de calidad, siendo el nivel de calidad de un bien inversamente proporcional a la importancia del defecto; *iii)* un sistema de reducción del riesgo ⁴⁰.

Tratándose, sin embargo, de una Directiva dirigida a realizar una armonización mínima, se ha dejado un cierto margen de maniobra, que, por eso mismo, ha dado lugar en la transposición de la Directiva en los ordenamientos internos de los Estados miembros, a adaptaciones divergentes, con la consiguiente diversidad de regímenes.

4. LA GARANTÍA LEGAL EN LA DIRECTIVA 99/44/CE Y LOS DESTINATARIOS DE LA GARANTÍA

En el seno de la Directiva se suele distinguir entre garantía legal y garantía comercial. Teniendo en cuenta que la armonización, en

³⁹ Cfr. Grundmann, *op. cit.*, p. 34.

⁴⁰ Para un análisis detallado de los perfiles de análisis económicos del derecho sobre la Directiva 99/44/CE se reenvía a GOMEZ, *Analyse économique de la directive*, en *La directive communautaire...*, a cura di Grundmann, Bianca, Stijns, *op. cit.*, p. 64.

primer lugar, contempla esencialmente la primera, nuestro estudio se concentrará sobre la legal.

No obstante, es necesario hacer algunas precisiones:

La normativa comunitaria, de hecho, no habla expresamente de «garantía legal», sino de «responsabilidad» del vendedor; el término «garantía», sobre todo, está indicado para designar las garantías contractuales, suplementarias y ofrecidas libremente por el profesional (vendedor, productor u otros).

La explicación de esta diferente terminología radica en el hecho de que no todos los Estados miembros conocen la mencionada bipartición mediante la cual, el legislador comunitario se ha limitado a contraponer la responsabilidad del vendedor a la garantía comercial, utilizando sólo para esta última el término «garantía».

En esencia, la garantía legal disciplinada en la Directiva comunitaria consiste en la obligación, impuesta al vendedor final, de entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato.

En tal caso, se consagra una aproximación unitaria al concepto de incumplimiento del contrato, en el que deben incluirse también las hipótesis de falta de entrega, cumplimiento tardío, vulneración de la obligación de transferir la propiedad, y los defectos de conformidad ⁴¹.

Antes de continuar, es necesario aclarar quiénes son los destinatarios de la disciplina comunitaria en cuanto dicha noción resulta diferente en los Estados objeto de nuestro estudio.

Los juristas europeos, en efecto, están obligados a efectuar una *summa divisio* entre una de las partes clásicas en el contrato de venta (adquirente) y la figura del consumidor (adquirente *sui generis*), entendido como persona física (en Italia) o también jurídica (por ejemplo en Francia y España) que adquiere un bien o servicio para un uso no profesional ⁴².

El consumidor se convierte, así, en un sujeto de derecho, destinatario de una particular protección y de nuevos derechos, al margen de los tradicionalmente estipulados para las partes en un contrato de compraventa ⁴³.

La persona física que para fines no profesionales contrata con un sujeto que actúa en el ámbito de su actividad profesional o

⁴¹ Cfr. BIANCA, artículo 3 – *Droit et remèdes du consommateur*, en *La directive...*, *op. cit.*, p. 184.

⁴² Es necesario subrayar que muchos autores consideran la noción de consumidor indeterminable. Se trata, de cualquier modo, de una posición extrema que ciertamente no ayuda en el estudio de esta temática.

⁴³ El TJCE ha facilitado en diferentes etapas una reconstrucción del concepto de consumidor: se reenvía a las siguientes sentencias: 21 de junio de 1978 en C.150/77, *Raccolta*, 1978, p. 1431; 19 de enero de 1993, C 89/91, *Raccolta* 1993, I, p. 139; 14 de julio de 1994 C.353/92, *Boletín CEE* núm. 22/94.

de empresa, deberá beneficiarse, en cuanto parte débil de la relación contractual, de formas particulares de protección más incisivas, que corresponden a diferentes aspectos del contrato, por lo que se sus trae al régimen general previsto para la venta en el ordenamiento.

La importancia de dar una definición de «consumidor» se puede observar desde varias perspectivas; como se ha puesto de manifiesto ⁴⁴, en efecto, su tutela se estructura, desde el punto de vista de técnica normativa, por una parte sobre un nivel definitorio de la noción de consumidor y de asociaciones de consumidores; y por otra, sobre un nivel institucional que contempla el papel de las asociaciones en el ámbito judicial e institucional. Por otra parte, tiene no poco relieve, la valoración de los motivos que hacen necesaria su determinación, y que generalmente vienen identificados en la necesidad de preparar «reglas y remedios tales para proteger los intereses considerados simultáneamente meritorios y débiles» respecto a aquellos del profesional ⁴⁵.

Por otra parte, tampoco se puede menospreciar el hecho de que la definición deba extraerse de las contenidas en el ámbito de las Directivas comunitarias y de su normativa de adaptación al Derecho interno, en la mayor parte de las cuales, se considera consumidor, en efecto, quien adquiere un bien o un servicio para fines no relacionados con la actividad empresarial o profesional realizada ⁴⁶.

En Italia, la definición de consumidor ⁴⁷, ahora en el artículo 128 del Código de Consumo, tiene el siguiente tenor literal: «Per-

⁴⁴ Cfr. ALPA, *Il diritto dei consumatori*, cit., p. 33.

⁴⁵ Cfr. ALPA, *Ancora sulla definizione di consumatore*, cit., p. 205

⁴⁶ En tal sentido Alpa, *ult. op. cit.*, p. 34.

⁴⁷ En particular sobre la noción de consumidor, puede verse: ALPA, voce *Consumatore (protezione del) nel diritto civile*, en *Digesto Disc. Priv. Sez. civ.*, Utet, 2001, p. 542; ALPA, *Ancora sulla definizione di consumatore*, en *Contratti* 2001, p. 205; ALPA, *Consumatore*, en *Contratto e impresa*, 1987, p. 313; ALPA, *Gli usi del termine «consumatore» nella giurisprudenza*, en *NGCC*, 1999, II, p. 4; MENGIOZZI, *La nozione di consumatore, la direttiva CEE 93/13 ed il diritto italiano*, en *Contratto e impresa/Europa*, núm. 1/2002, p. 54; GHIDINI-CERASANI, *Consumatore (tutela del) (diritto civile)*, en *Enc.dir.Ag.*, V, Milano, 2001; LOFFARI, *Le nozioni di consumatore e di professionista*, en *I contratti in generale*, IV, tomo 1, en *Il diritto privato nella giurisprudenza* coordinado por Paolo Cendon, Utet, 2001, pp. 157 ss.; DI MARZIO, *Intorno alla nozione di «consumatore» nei contratti*, en *Giust. Civ.* 2001, IX, p. 2149; MICKLITZ, H., *La nozione di consumatore nel par.13 BGB*, en *Riv.dir.civ.* 2001, I, p. 623; CAPPUCCIO, *Sulla nozione di «consumatore» tra diritto comunitario e nazionale*, en *Nuovo diritto*, 2000, p. 114; CHINÈ, *Consumatore (contratti del)*, en *Enc.dir. Ag.*, IV, Milano, 2000; COREA, *Ancora in tema di nozione di «consumatore» e contratti a scopi professionali: un intervento chiarificatore*, en *Giust.civ.* 2000, I, p. 2119; MONTINARO, *La figura giuridica di consumatore nei contratti di cui al capo XIV bis titolo II del libro IV del codice civile*, en *Giust. Civ.* 1998, II, p. 218; GATT, *L'ambito soggettivo di applicazione della normativa sulle clausole vessatorie*, en *Giust. Civ.* 1998, p. 2341; GATT, *Ambito soggettivo di applicazione della disciplina. Il consumatore e il professionista*, en *Commentario al Capo XIV – BIS del codice civile: dei contratti del consumatore*, coordinado por C. M. Bianca y F. D. Busnelli, en *Le nuove leggi civili commentate*, 1997, p. 808; ANTONIOLLI, *Il consumatore, un personaggio in cerca di autore*, en *Resp. civ. prev.* 1995, p. 968.

sona física que actúa con fines ajenos a la actividad empresarial o profesional desempeñada»⁴⁸; si bien, la nueva formulación no hace referencia explícita a los contratos, se considera que la «naturaleza contractual de la actividad relevante para la aplicación de la disciplina de la venta de bienes de consumo se puede recabar con seguridad del tenor comprensivo de la propia disciplina»⁴⁹.

La definición de consumidor⁵⁰ contenida en el Código de Consumo se caracteriza por dos elementos: uno positivo, repre-

Entre las numerosas máximas en las que se ha utilizado la locución de consumidor, podemos citar: Trib. Roma 20 de noviembre de 1999, en *Giust.civ.* 2000, 2117, segundo, a tenor de la cual: «es consumidor el sujeto que adquiere un bien o servicio para utilizar en el ámbito de la propia actividad empresarial o profesional siempre que no entre en el marco de tal actividad la conclusión de contratos del mismo género del celebrado. En efecto, con el fin de establecer si el contratante ha actuado «con fines ajenos a la actividad empresarial o profesional habitualmente desempeñada», es necesario verificar si la conclusión de tal contrato es o no un acto de la profesión de quien adquiere el bien o el servicio, como lo es para su contraparte».

Se considera que sólo la persona física puede ser calificada como consumidor: Corte Costituzionale 22 novembre 2002, núm. 469, en *Contratti* 2003, p. 653 (nota de Capilli); Trib. Firenze 4 aprile 2001, en *Gius* 2001, p. 2137, según la cual: «la cualidad de consumidor, presupuesta por la aplicabilidad de la disciplina especial dictada por los artículos 1469 *bis* ss. puede ser concedida sólo a una persona física, debiéndose excluir su extensibilidad a las personas jurídicas»; Cass. 25 luglio 2001 núm. 10127, en *Mass.Giur.it.* 2001, según la cual: «para aplicar la disciplina prevista en los artículos 1469 *bis* ss., relativa a los contratos del consumidor, debe ser considerado «consumidor» la persona física que, aunque desarrolle una actividad empresarial o profesional, concluye un contrato ... para la satisfacción de exigencias de la vida cotidiana, ajenas al ejercicio de dicha actividad, mientras que debe ser considerado «profesional» tanto la persona física como jurídica, sea pública o privada, que, en cambio, utiliza el contrato ... en el marco de su actividad empresarial o profesional»; Trib. Lucca 4 luglio 2000, en *Giur. Merito* 2001, p. 6; Trib. Ivrea 5 ottobre 1999, en *Danno e resp.* 2000, p. 861; Trib. Lanciano 31 ottobre 2001, en *Giur.Merito* 2002, p. 649, según la cual: «la disciplina del contrato del consumidor es aplicable sólo a las personas físicas, con exclusión de las personas jurídicas. Se debe señalar, además la sentencia del Juez de Paz de Civitanova Marche 4 dicembre 2001, en *Giur. Merito* 2002, p. 654, según la cual: «es entendible como consumidor final, y no como profesional, para favorecerse de los artículos 1469 *bis* ss. CC. el caso del pequeño empresario individual (en el supuesto de hecho, vendedores de periódicos y artículos de monopolio), el cual para fines que atañen a la empresa adquiere en *leasing* un vehículo celebrando un contrato que no entra en el tipo de actividad empresarial desempeñada».

Atribuyen a la cualificación de consumidor a la comunidad: Trib. Bologna 3 ottobre 2000, en *Riv.giur. edil.*, 2001, I, p. 865; véase también Cass. Ordinanza 27 luglio 2001 núm. 10086, en *Contratti* 2001, p. 1077 (commento di G. Capilli), cuya orientación ha sido superada con la sentencia de Cass. 28 agosto 2001 núm. 11282, en *Contratti* 2002, núm. 1 (nota di Senigaglia).

En la jurisprudencia de la Corte di Giustizia se puede ver: Corte Giustizia Comunità Europea, 22 novembre 2001, cause riunite C-541/99 e C-542/99, en *Foro It.*, 2001, IV, p. 501, a tenor de la cual: «la noción de consumidor, tal como está definida en el artículo 2.b) de la Directiva del Consejo de 5 de abril de 1993, 93/13/CEE, relativa a las cláusulas abusivas en los contratos estipulados con consumidores debe ser interpretada en el sentido de referirse exclusivamente a las personas físicas»; y también, en *Corr. Giur.* 2002, p. 445 (commento di Conti).

⁴⁸ Por último, sobre la noción de consumidor, CHINE', *La nozione di consumatore nel diritto vivente*, in *Lezioni di diritto privat europeo*, Cedam, 2007, p. 895

⁴⁹ Cfr. RICCI, comentario a «*La nozione di consumatore*», en *La vendita dei beni di consumo* (arts. 128-135 del d. lgs. 6 settembre 2005 núm. 206), Commentario a cura di C. M. Bianca, in *NLCC* 2006, núm. 2, p. 351.

⁵⁰ Sobre los caracteres de las definiciones procedentes de fuentes internacionales y comunitarias, ALPA, *Ancora sulla definizione di consumatore*, *cit.*, 206.

sentado por la necesaria cualidad de persona física ⁵¹, con la consiguiente consecuencia de excluir a todos los entes diversos de la persona física que actúen con finalidad no lucrativa; y uno negativo, que se concreta en la ajenidad al fin profesional o empresarial de la actividad realizada; y ello llevaría a excluir a todos aquellos que actúan con finalidad lucrativa, como pequeños empresarios, artesanos, profesionales agrícolas o empresas familiares.

En todo caso, se trata más que de un *status*, de uno de los roles que un sujeto puede desempeñar en la dinámica del mercado ⁵².

Por otra parte, hay que señalar, respecto al dictado de la Directiva, que la norma italiana se caracteriza por diferencias bastante exiguas, limitadas a la precisión de la actuación ajena a la actividad empresarial o profesional, por la marcada distinción existente en nuestro país entre ellas ⁵³.

Considerando, por un lado, estos dos elementos, y en particular el criterio basado en el propósito de la actividad desempeñada; y, por otro, cuanto se ha puesto en evidencia por la Consulta, esto es la finalidad de armonizar las legislaciones nacionales, la predisposición de medios de tutela comunes dirigidos a permitir una mayor simplificación de las relaciones jurídicas de los ciudadanos; así como las diversas legislaciones nacionales y el Proyecto de Código Civil Europeo, no se puede sino llegar, siguiendo las motivaciones de los jueces constitucionales, a resultados restrictivos que inducen a excluir la categoría de los pequeños empresarios, artesanos y empresarios agrícolas ⁵⁴.

La cuestión no es de poca envergadura si se considera que en otros países (Francia y España por ejemplo) la noción de consumidor, ni siquiera después de la intervención de la Corte de Justicia ⁵⁵, no es todavía uniforme ⁵⁶.

Sobre la noción de consumidor en el BGB, véase: MICKLITZ, *La nozione di consumatore nel §13BGB*, en *Riv. dir. civ.* 2001, I, p. 623.

⁵¹ CESARÒ, *op. cit.*, 99, el cual concreta la *ratio* de la norma en la «desigualdad contractual derivada de la asimetría económica e/o informativa de las partes, debida al menor poder económico o a la particular situación de debilidad cognoscitiva de los consumidores que carecería de los necesarios conocimientos técnicos especializados que le permitirían estar adecuadamente instruido acerca del contenido del contrato y de los derechos y obligaciones que derivan de él.

⁵² RICCI, *op. cit.* p. 354.

⁵³ ASTONE, artículo 1469 bis, 2.º *comma*, en Alpa-Patti, *op. cit.*, pp.106 ss.

⁵⁴ Más a fondo en PALMIERI, *Consumatori, clausole abusive e imperative di razionalità della legge: il diritto privato europeo conquista la Corte Costituzionale*, *cit.*, p. 339.

⁵⁵ *Vid.* nota 47.

⁵⁶ A título ejemplificativo, se puede ver una sentencia de la Cour de Cassation francesa del 15 de marzo 2005 que recurre a la noción de «no profesional» de que habla el artículo L. 132-1 del Code de la consommation para justificar la tutela de una persona morale (o jurídica) en relación con cláusulas abusivas.

5. LA «NUEVA» GARANTÍA DE CONFORMIDAD DEL BIEN CON EL CONTRATO: LA EXPERIENCIA ITALIANA

Como ya se ha señalado, la disciplina sobre las garantías en la venta de bienes de consumo se ha insertado en el nuevo código de consumo, que ha entrado en vigor el 23 de octubre de 2005.

Respecto a los artículos 1519 bis ss. insertados con la transposición de la Directiva en el Código Civil, el texto de las nuevas normas no presenta diferencias salvo en la parte de las definiciones. La noción de consumidor se ha incluido en el artículo 3 del Código de Consumo.

El «traslado» del Código Civil al Código de Consumo de estas normas, y de aquellas sobre cláusulas abusivas ha sido objeto de estudio por parte de la doctrina, que se ha preguntado si ello comporta una simple obra de «maquillaje» normativo, o por el contrario tiene un significado ulterior; es decir, si tales normas, una vez suprimidas del Código Civil han perdido su carácter de normas generales para ser interpretadas como *lex specialis*, o, por el contrario, se debe considerar que su inserción en este código de sector no incide sobre su interpretación ⁵⁷.

La opinión dominante considera que la venta de bienes de consumo queda incluida como un caso especial de la venta civil disciplinada en el Código Civil, cuyas normas se aplicarán en lo que no esté previsto en el título específico que regula la venta de bienes de consumo ⁵⁸.

5.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE GARANTÍAS EN LA VENTA DE BIENES DE CONSUMO. ÁMBITO NEGOCIAL DE APLICACIÓN

La disciplina de origen comunitario y la normativa de adaptación, definen el ámbito de aplicación, ahora en el artículo 128 C. Cons. (antes en el derogado art. 1519-*bis* CC it.), titulado «ámbito de aplicación y definición», en el que se individualizan los tipos contractuales susceptibles de ser incluidos en el campo de actuación de la norma. El «grupo de contratos» a los que se aplica la garantía de conformidad comprende, no sólo la venta, sino todos aquellos contratos de abaste-

⁵⁷ Sobre el punto ALPA, *Presentazione al codice del consumo*, in www.consiglionazi onaleforense.it

⁵⁸ BIANCA, in *Commentario* a cura di Bianca, in NLCC, 2006, pp. 317 ss.

cimiento de bienes, como el contrato de suministro (excepto el de agua, gas y energía eléctrica), la permuta, el arrendamiento de servicios, el contrato de obra y todos los contratos dirigidos a la obtención de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse.

Por lo que respecta a la venta, se consideran comprendidas: las ventas nacionales e internacionales, ventas de cosas genéricas o de cosas futuras, venta con eficacia real diferida, venta a prueba o sobre tipo de muestra, ventas a plazo, y también las ventas de bienes de consumo, tanto si tiene eficacia real como meramente obligatoria.

La previsión del contrato de permuta se ha considerado oportuno introducirla ⁵⁹ especialmente en relación a las recurrentes hipótesis de cambio entre profesionales y consumidores de bienes usados ⁶⁰.

Se incluyen también los contratos de arrendamiento de servicios y de obra que tengan por objeto la realización de «bienes de consumo». Se ha considerado ⁶¹ que en tal ámbito hay que considerar las hipótesis en que el profesional se obliga a efectuar sobre bienes muebles propiedad del consumidor, intervenciones destinadas a alterar sus características, en cuanto la prestación de hacer que asume el profesional determina la transformación del bien en cuestión en un bien nuevo y distinto se configurará como contrato de servicios o de obra, y, por lo tanto, le será aplicable el artículo 128 C. Cons. (antiguo art. 1519 bis, párrafo 1.º CC it.); en cambio, en los casos en que el bien no sufra tal transformación como consecuencia de la intervención del profesional, no se aplicará la nueva normativa.

El artículo 128 C. Cons., por otra parte, contiene una especie de cláusula de cierre que equipara a la venta «todos los contratos dirigidos al suministro de bienes de consumo» ⁶²; lo cual ha susci-

⁵⁹ En el Derecho español, aunque no se menciona expresamente, también se considera incluida la permuta, tal como ha señalado la doctrina. Cfr. ÁLVAREZ MORENO, M.ª T. «El ámbito de aplicación de la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», en *Garantía en la venta de bienes de consumo*, coordinado por Silvia Díaz Alabart, Madrid 2006, pp. 38-40.

⁶⁰ CIATTI, *L'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva comunitaria sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, en *Contratto e impresa/Europa*, 2000, p. 434 ss.

En particular sobre los bienes usados se ha emitido una sola sentencia, del Giudice di Pace di Acireale del 22 marzo 2005, publicada en *Contratti* núm. 12/2005 (commento di M. DONA).

⁶¹ DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, en *I Contratti dei consumatori* a cura di Gabrielli e Minervini, II tomo, Utet, 2005, p. 984 sub nota 42.

⁶² Sobre la interpretación de esta norma, *vid.* RICCI, *op. cit.* pp. 323-325 el cual, subrayando la relación entre Directiva comunitaria y normas de adaptación, ha puesto en evidencia la naturaleza de la disciplina de la norma, mediante la cual: «la causa específica de los contratos sometidos a la disciplina de la venta de bienes de consumo puede ser la propia de cualquier otra figura contractual típica o atípica conexas con la suministración del bien del consumo, sin importar que se trate de un bien presente o por fabricar o producir en ejecución del contrato; dado que la entrega sea realizada por un suministrador profesional a un consumidor y determina la adquisición de bienes para éste último».

tado evidentes problemas interpretativos, por ejemplo, en relación a la aplicabilidad de esta regulación al contrato de *leasing*⁶³, que pese a estar muy difundido, todavía hoy tiene una calificación muy controvertida⁶⁴.

En general son tres las formas de *leasing* que se utilizan en el tráfico jurídico: a) *Leasing* financiero; b) *Leasing* operativo; c) *Lease back*.

Sobre este punto, merece señalarse lo indicado en la nota explicativa difundida por la Dirección General para la armonización del Mercado y la Tutela de los Consumidores, del Ministerio de la Actividad Productiva, según la cual: «todos los contratos típicos equiparados a la venta prevén la transferencia de la propiedad de un bien mueble tras el pago del precio. Por este motivo quedan excluidos del ámbito de aplicación los contratos en los que no se verifica la transferencia de la propiedad, como el arrendamiento, o bien aquellos que no prevean el pago de un precio por el consumidor al profesional, como el comodato». El Ministerio, por lo tanto, ha excluido el «*leasing* financiero» de la aplicación de la normativa en consideración a la dificultad de identificar quién sea el «vendedor», es decir, el sujeto obligado a prestar la garantía legal.

En sentido contrario, parte de la doctrina⁶⁵ se inclina por considerar que «la disciplina de la venta de bienes de consumo debería aplicarse a todos los contratos de *leasing* financiero en los que ya en el momento de la estipulación se haya reconocido al usuario la facultad de adquirir el bien a la finalización del plazo y que dicho contratante sea un consumidor y la actividad del suministrador tenga carácter personal». Tal tesis se funda sobre el presupuesto de que la adquisición de un bien no debe ser necesariamente inmediata, sino que podría ser también diferida.

5.2 ÁMBITO SUBJETIVO Y OBJETIVO

El segundo párrafo del artículo 128 C. Cons. mediante la habitual técnica adoptada por el legislador comunitario, contiene la definición preliminar de las nociones utilizadas.

⁶³ Sobre el punto, AQUARO, *Contratto di leasing e nuova disciplina della vendita di beni di consumo*, en *Vita not.* 2004, p. 457, el cual excluye la aplicabilidad de la venta de bienes de consumo; en sentido contrario ZACCARIA-DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, Ipsoa, 2002, p., 15; MANNINO, en AA.VV., *Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo*, coordinado por Garofalo, Cedam, 2003, p. 32.

⁶⁴ MANNINO, *articolo 1519 bis*, en *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo* coordinato da Garofano, pp. 15 ss.

⁶⁵ RICCI, *op. cit.*, p. 326.

Las nuevas normas se aplican a los contratos celebrados entre profesionales y consumidores para procurar a este último un bien de consumo, al margen de las garantías convencionales que vendedores o productores, en el ejercicio de la propia actividad profesional, asuman frente a los consumidores a los que se haya «vendido» un «bien de consumo».

Por lo tanto, no están sujetos a la aplicación del artículo 128 C. Cons. todos los contratos que no reflejen el ámbito subjetivo requerido por la Directiva; lo que equivale a decir que quedan excluidos los contratos entre particulares o entre profesionales ⁶⁶.

La Directiva y la norma de adaptación contienen también la definición de «bien de consumo», en el sentido de «cualquier bien mueble, incluso por piezas» que sea destinado a un uso o consumo privado ⁶⁷, excepto «1) los bienes objeto de venta forzosa o así mismo, vendidos según otras modalidades de la autoridad judicial, también mediante delegación a los notarios; 2) El agua y el gas, cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en una cantidad determinada; 3) la energía eléctrica».

De esto se deduce que «bien de consumo» no es otra cosa que cualquier bien mueble, incluso por piezas, material, o inmaterial, adquirido por un consumidor, excepción hecha de los bienes expresamente excluidos por el legislador. Si el elemento diferenciador está constituido por el destino del bien al mercado de los consumidores ⁶⁸, entran en dicha categoría todos los bienes muebles, incluso usados, fungibles y no fungibles ⁶⁹, y también aquellos bienes que no se caractericen por el requisito de la materialidad, como el software, aunque no se haya incorporado a un soporte material ⁷⁰.

⁶⁶ No entran en el concepto tampoco los contratos en los que un consumidor vende un bien de consumo a un profesional, que por ejemplo, ejerce una actividad de reventa de bienes usados.

⁶⁷ En tal sentido se puede ver también la Sentencia Gruber de la CGCE del 20 gennaio 2005, C-464/2001, que en tema de contratos concluidos con consumidores según la Convención de Bruselas ha establecido que: «un sujeto que ha celebrado un contrato relativo a un bien destinado a un uso, en parte profesional, y en parte ajeno a su actividad, no tiene el derecho de valerse del beneficio de las reglas de competencia específicas previstas en la Convención de Bruselas en materia de contratos celebrados con consumidores, salvo que el uso profesional sea tan marginal que tenga un papel desdeñable en el contexto global de la operación de que se trata, siendo irrelevante a tal respecto el hecho de que predomine el aspecto extraprofesional», para un comentario me permito reenviar a CAPILLI, *La nozione di «contratti conclusi da consumatori»*, en *Casi scelti in tema di diritto privato europeo*, Cedam, 2005, pp. 11 ss.

⁶⁸ Cfr. ROSSI CARLEO, *articolo 1519 bis, 2° comma, lett. b)*, en *Commentario a cura di Patti, op. cit.*, p. 30.

⁶⁹ En sentido contrario ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 32.

⁷⁰ En tal sentido DE NOVA, en AA. VV., *op. cit.*, p. 18; ROSSI CARLEO, *op. cit.*, en *Commentario a cura di Patti p. 29*.

Merece alguna consideración la cuestión relativa a la fungibilidad o no del bien mueble de consumo objeto de la disciplina en estudio.

No se puede compartir la tesis en virtud de la cual el destino de los bienes muebles al mercado de consumo permitiría afirmar que sólo pueden ser considerados bienes de consumo los producidos en serie o fabricados según criterios estándar, con exclusión, por lo tanto, de los bienes realizados de manera artesanal.

A tal propósito, y a la luz de la finalidad de la disciplina introducida, la exclusión de los bienes «artesanales»⁷¹ no se justifica, en cambio, si se afirma que «bien de consumo» es todo bien mueble adquirido por un consumidor para uso privado. Por otra parte, también en el caso de que el bien constituya un objeto único, podrían aplicarse las presunciones de conformidad tal como aparecen enunciadas en el artículo 129 C. Cons. (antiguo art. 1519 *ter* CC) teniendo en cuenta que las circunstancias indicadas por la norma no deben coexistir necesariamente (se piensa especialmente en la letra *b*) «conformidad con la muestra o modelo») sino que hay que tener presentes las circunstancias que concurren en ese contrato concreto⁷².

La fungibilidad⁷³ del bien no viene exigida por la norma, ni tampoco puede deducirse de los remedios concedidos al consumidor en caso de defecto de conformidad, esto es, reparación o sustitución, resolución del contrato o reducción del precio.

En particular, se considera que también un bien no fungible puede ser reparado, mientras que por lo que respecta a la sustitución, la ley, al dejar la elección al consumidor entre los remedios indicados en el artículo 130 C. Cons. (1519 *quater* derogado) establece que tal elección está limitada en caso de imposibilidad (del remedio) o de excesiva onerosidad, pero por otra parte, la imposibilidad debe ser objetiva, como en el caso de bienes no fungibles.

Evidentemente, a tenor de lo dicho *supra*, se excluyen de la disciplina los bienes inmuebles, derechos de crédito y derechos sobre propiedad intelectual e industrial⁷⁴.

⁷¹ Se piensa por ejemplo en un espejo, una caja u otro bien, no producido en serie, adquirido por un consumidor, que presenta falta de conformidad respecto al contrato celebrado. También en el caso en que un bien se hubiese encargado por un consumidor a un profesional se considera posible aplicar la tutela contenida en los artículos 128 ss.

⁷² Se reenvía a la Nota Explicativa del «Ministero delle Attività Produttive» consultable en la página de internet www.minindustria.it

⁷³ En el Derecho español, cuando se trata de compra de un bien no fungible, se priva al consumidor del remedio de la sustitución artículo 6.g de la Ley 23/2003 de 10 de julio de garantías en la venta de bienes de consumo. Cfr. ALVAREZ MORENO, M.^a T., «El ámbito de aplicación de la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», *op. cit.*, pp. 34-35.

⁷⁴ MANNINO, artículo 1519 bis (*ambito di applicazione e definizioni*), *op. cit.*, p. 45.

El legislador comunitario e igualmente el italiano han querido someter a los remedios ofrecidos al consumidor en caso de defecto de conformidad con el contrato de bienes de consumo también a los bienes usados, pese a que las nuevas normas deberán ser aplicadas «teniendo en cuenta el tiempo de utilización previa»⁷⁵, y además «limitándolo a los defectos que no se deriven del uso normal de la cosa»⁷⁶.

En relación con estas previsiones, hay que aportar algunas precisiones sobre qué se entiende por «uso normal» y por «utilización previa»⁷⁷.

Si por lo que respecta al uso previo se puede considerar que sea el efectuado por precedentes propietarios del bien adquirido hasta el momento de la transferencia de la propiedad a otro consumidor, mayor perplejidad supone la expresión final de la norma relativa a la exclusión de la garantía legal por los defectos del bien que deriven del uso normal de la cosa.

Se entiende que con tal expresión se pretende excluir de la garantía aquellos casos de no conformidad provocados por el desgaste de la cosa debido al uso normal de la misma⁷⁸.

Uno de los aspectos más innovadores de esta disciplina radica en la regulación de la compraventa de bienes de segunda mano, ámbito en el que en el pasado se consideraba que el comprador asumía los riesgos y peligros de la compraventa, y que se excluía cualquier garantía por vicios⁷⁹.

No obstante, la interpretación de las nuevas reglas en esta materia es un poco controvertida. Por ejemplo, se piensa en la expresión «uso normal de la cosa»: el legislador ha previsto la exclusión de

⁷⁵ Considera discutible la elección del legislador comunitario de incluir los bienes usados, ROSSI CARLEO, *op. cit.*, p. 51: «ya que cada bien usado muta las propias cualidades originarias en razón del particular uso al que ha estado sometido, en virtud del cual asume una diversa identidad y sus propias características específicas, por lo que (además de volver inaplicable el remedio típico de la sustitución, el bien usado podría no ser fácilmente confrontado con otros bienes de consumo de la misma especie, como en cambio es siempre posible para los bienes nuevos producidos o fabricados en serie o mediante criterios estándar».

⁷⁶ Subraya la desafortunada expresión de la norma DE CRISTOFARO, *La vendita di beni di consumo*, *op. cit.* p. 987, y también ROSSI CARLEO, *op. cit.*, pp. 51-52.

⁷⁷ Sobre la utilización previa, Di Pietropaolo, *vid. Commento al comma 3 dell'art. 1519 bis*, en AA.VV. *Commentario a cura di Mannino*, *op. cit.*, pp. 109 ss.

⁷⁸ La propia jurisprudencia en materia de garantías en bienes muebles usados ha afirmado siempre que: «también en la venta de cosas muebles usadas opera la garantía por vicios del artículo 1490 CC, debiendo distinguirse el vicio de la cosa del desgaste que haya tenido debido al uso normal» (Cass. 24 gennaio 1995 núm. 806).

⁷⁹ Se ha subrayado que tal disciplina afecta en particular a la venta de vehículos usados, (y también de vehículos de km 0) que es el principal mercado de bienes de segunda mano. *Vid.* REPRESA POLO, *Los derechos del consumidor ante el incumplimiento de la obligación de conformidad*, en *Garantía en la venta de bienes de consumo*, coordinado por Silvia Díaz Alabart, Madrid 2006, pp. 146-147.

la garantía concedida a favor del consumidor por los defectos que deriven del tal uso ⁸⁰. Parece ⁸¹ entonces, que la garantía opera precisamente en relación con aquellos defectos que se deriven del uso «anormal» del bien; razonando de este modo, se imputaría al vendedor (a quien ha reintroducido el bien en el mercado) el mal funcionamiento del bien derivado de un uso anómalo del mismo por parte de los precedentes usuarios del mismo, y el vendedor asumiría sobre sí la responsabilidad por vicios provocados por hechos ajenos.

Para los bienes de segunda mano no puede recurrirse al remedio de la sustitución evidentemente por la dificultad de encontrar un bien perfectamente correspondiente al bien usado.

Se ha observado ⁸² que tampoco se podría cumplir el remedio de la reparación del bien vendido como usado cuando la no conformidad con el contrato consista en que el bien está más usado de lo que ha declarado o aparentado el vendedor.

6. LA OBLIGACIÓN DE CONFORMIDAD DEL BIEN CON EL CONTRATO

Tal como dispone el artículo 129, apartado 1.º C. Cons. el vendedor tiene «la obligación de entregar al consumidor bienes conformes al contrato», lo que significa que debe subsistir una correspondencia entre el bien entregado al consumidor y cuanto se ha previsto en el contrato ⁸³.

La doctrina se ha preguntado sobre la naturaleza de esta obligación. Algunos consideran que se trata de una verdadera y propia obligación que dimana del contrato de venta, distinta de la obligación que tiene por objeto la transferencia de la posesión de la cosa ⁸⁴. Otros piensan que se trata de un mero aspecto característico de la

⁸⁰ Lo que parecería (como ha subrayado Dona) que la garantía operaría para aquellos defectos que derivasen de un «uso anormal» del bien; de tal modo, que se correría el riesgo de imputar al vendedor (quien ha reintroducido el bien en el mercado) aquellos defectos de funcionamiento derivados del uso anómalo del bien por parte de precedentes usuarios, haciendo así que el vendedor asuma sobre sí la responsabilidad por vicios provocados por hechos de otros.

⁸¹ Cfr. DONA, *Vendita di beni di consumo usati...*, *op. cit.*, p. 1131, el cual considera que: «se abriría de este modo la vía para una interpretación que impondría al vendedor con una carga de “puesta a punto” del bien usado, con el fin de restablecer la originaria funcionalidad a excepción del deterioro derivado del uso normal».

⁸² BIANCA, *Commento sub artículo 128*, en *Commentario NLCC 2006*, *op. cit.*, p. 350.

⁸³ PATTI, *Commentario sulla vendita di beni di consumo* a cura di Patti, Giuffrè 2004, p. 73.

⁸⁴ DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità*, *op. cit.*, p. 53; Cabella Pisu, *Vendita, vendite: quale riforma delle garanzie?*, en *Contratto impresa/Europa*, 2001, 38; GRUNDMANN, *La directive communautaire sur la vente*, *Commentaire*, en BIANCA, GRUNDMANN, STIJNS, LGDJ, Paris 2004, p. 145.

obligación de entrega del bien, deducida del contrato ⁸⁵. Finalmente, para otros no entraría en la categoría de obligación, sino en aquella de noción de garantía ⁸⁶.

Prevalece la tesis, que compartimos, de que «la obligación de entregar bienes conformes al contrato» es una obligación verdadera y propia, distinta y autónoma, de la de entregar la cosa en sentido estricto ⁸⁷.

Sobre el vendedor gravita, como efecto de la conclusión del contrato, una obligación de resultado, en cuanto que deberá conseguir que, en el momento de la entrega del bien al consumidor, dicho bien posea todas las características y la calidad contractualmente previstas.

En virtud de tal obligación, el vendedor se ve constreñido por el contrato a intervenir sobre el bien que presente un defecto para restablecer la conformidad ⁸⁸.

El legislador comunitario y el italiano dejan a las partes libertad para definir la calidad y las características que debe poseer el bien para poder ser «conforme al contrato». En su defecto, el artículo 129.2.º C. Cons. fija algunas «presunciones» ⁸⁹ para determinar el exacto cumplimiento querido como resultado objetivamente debido. Se trata, así mismo, de circunstancias que no deben coexistir necesariamente.

La conformidad con el contrato representa, así, el parámetro principal dentro de la nueva disciplina de la venta de bienes de con-

⁸⁵ Moscati, *articolo 1519 quater (diritti del consumatore)*, en AA.VV. Commentario alla disciplina della vendita di beni di consumo a cura di Garofalo, *op. cit.*, p. 299, quien precisa que «se trata de una obligación de dar caracterizada no sólo por el específico comportamiento del deudor (*rectius*: del vendedor) que se sustancia en la entrega de la cosa, sino en el hecho de que la cosa objeto de la entrega debe encontrarse en un determinado estado (la conformidad del contrato)»; BOCCHINI, *La vendita di beni di consumo tra piazze diverse*, en *Diritto dei Consumatori e nuove tecnologie* a cura di Bocchini, Giappichelli, 2003, p. 263, para quien «la conformidad del bien con el contrato, a menudo, más que configurarse como obligación autónoma y distinta del vendedor, se añade como modalidad de actuación de la obligación de entrega».

⁸⁶ LUMINOSO, *Obbligazione di consegnare beni conformi al contratto e garanzia per difetto di conformità*, *op. cit.*, p. 373.

⁸⁷ HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA, M. D.: «*El concepto de falta de conformidad*» en *Garantía en la venta de bienes de consumo*, coordinado por Silvia Díaz Alabart, Madrid 2006, pp. 47-48. Entiende la autora que la falta de conformidad supone «un incumplimiento en sentido amplio y unitario, en donde quedan equiparados el cumplimiento inexacto o prestación defectuosa, los vicios ocultos, la entrega de una cosa por otra, o incluso determinados supuestos de error del contrato o sobre las cualidades esenciales del mismo».

⁸⁸ En tal caso AMADIO, *Proprietà e consegna nella vendita dei beni di consumo*, en *Riv. Dir. civ.* 2004, p. 138.

⁸⁹ NICOLUSSI, *Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche*, en *Europa e diritto privato*, 2003, p. 577, quien estima que se trata de criterios no taxativos; para una profundización sobre las concretas presunciones se reenvía a DE CRISTOFARO, *op. cit.*, pp. 1005 ss.

PATTI, en *Commentario* a cura di Bianca en NLCC 2006, p. 365, señala que pese a la terminología utilizada no puede hablarse de presunción de falta de conformidad del bien, sino todo lo más, de una presunción de acuerdo contractual que presenta el contenido señalado en la norma.

sumo, y es innegable la estrecha relación existente entre la «conformidad» del bien con el contrato y el momento de la entrega que representa el momento jurídicamente relevante en torno al cual se reconduce la responsabilidad del profesional.

Es evidente que el consumidor podrá verificar la conformidad del bien con el contrato sólo en el momento de la entrega y únicamente desde dicho momento podrá utilizar los remedios del artículo 130 C. Cons.

En el caso de que a un bien adquirido le falte una sola de las características, de la calidad o de los requisitos que debe poseer para poder ser considerado conforme al contrato, existirá un defecto de conformidad que legitima al consumidor para hacer valer los remedios contemplados en el artículo 130 C. Cons. frente al vendedor que sea responsable del incumplimiento.

En nuestro ordenamiento, antes de la implementación de la disciplina comunitaria, en materia de vicios, el momento de referencia era el de la conclusión del contrato ⁹⁰.

En el sistema de las ventas a consumidores se puede afirmar que el momento de la entrega coincide con el de la efectiva disponibilidad material del bien para el adquirente-consumidor (se piensa en la hipótesis en que para entregar el bien hay que transportarlo de un lugar a otro distinto de aquel de la conclusión del contrato).

Reconducir al momento de la entrega la posibilidad del consumidor de hacer valer el defecto de conformidad, y consecuentemente ejercitar los remedios que concede el artículo 130 C. Cons. constituye una evidente ventaja para el consumidor en los casos en que el defecto de conformidad se produzca entre la entrega del bien al porteador y la efectiva aprehensión material de éste por el consumidor ⁹¹.

Entre los parámetros indicados para valorar la conformidad se incluyen las «declaraciones públicas sobre las características específicas de los bienes realizadas al respecto por el vendedor, el productor o por su agente o representante, en particular, las efectuadas en la publicidad y en el etiquetado».

Es evidente que ha adquirido particular relevancia el contenido de los mensajes publicitarios. Las declaraciones allí efectuadas

⁹⁰ BONFANTE-CAGNASSO, *Risoluzione del contratto e azione di adempimento quali strumenti di tutela del consumatore o dell'impresa?*, en *Contratto e impresa* /Europa, 2001, p. 24.

⁹¹ CHERTI, *Le garanzie commerciali nella vendita*, Cedam 2004, p. 206; CABELLA PISU, *op. cit.*, p. 38, la cual configurando la no conformidad del bien vendido con el contrato como inexactitud en la atribución traslativa (que debería efectuarse conforme al programa contractual) ponía de relieve la necesidad de llegar a efectuar modificaciones que tutelasen al comprador contra las faltas de conformidad hasta el momento de la entrega mediante una modificación de las reglas sobre la transferencia del riesgo contractual. A tal fin sugería la introducción de una derogación de las reglas sobre el traspaso del riesgo circunscrita sólo a las ventas de bienes de consumo.

deben considerarse contractuales⁹². Se habla, en este sentido, de la «contractualización de la información»⁹³, la cual no sólo no debe «engañar», sino que debe suministrar informaciones completas y comprensibles para el consumidor.

6.1 INCONGRUENCIAS Y LAGUNAS DE LA DISCIPLINA. EN PARTICULAR, LA TRANSFERENCIA DEL RIESGO Y EL DETERIORO DEL BIEN

La normativa de adaptación de la Directiva comunitaria no se ocupa de la transferencia del riesgo relativa a la pérdida total o parcial del bien en caso de traspaso de la propiedad, en cuanto que ya la Comisión Europea en los considerandos de la Directiva ha dejado a los Estados miembros libertad para regular tales aspectos⁹⁴. Por consiguiente, el intérprete deberá resolver la cuestión teniendo en cuenta el espíritu de la Directiva comunitaria, dirigido a atribuir al consumidor una mayor tutela, evitando, por lo tanto, aquellas paradojas que privarían al consumidor de protección y le obligarían a pagar íntegramente el precio, en caso de pérdida total del bien después de la transferencia de la propiedad⁹⁵.

Prevalece en la doctrina la tesis a tenor de la cual la obligación de entrega a la que se refiere el artículo 1477 CC (italiano) se complementa con ulteriores elementos, en cuanto que en la venta de bienes de consumo tendrá por objeto la de transferir bienes conformes al contrato, con la consiguiente derogación del principio sobre el reparto del riesgo.

Otro aspecto que no ha afrontado el legislador comunitario es la venta de bienes de consumo entre plazas diversas⁹⁶, siendo el

⁹² FUENTESECA DEGENEFTE, C.: «La calidad, las prestaciones habituales, las esperanzas fundadas del consumidor y las declaraciones públicas» en *Garantía en la venta de bienes de consumo*, coordinado por Silvia Díaz Alabart, Madrid 2006, p. 115. Según esta autora, el anunciante quedará obligado por las declaraciones públicas «del mismo modo que lo está por el resto del contenido contractual».

⁹³ CAFAGGI, voce *Publicità commerciale*, en *Digesto IV ed. Disc. Priv., Sez. comm. XI*, Torino, 1995, p. 474.

⁹⁴ Sobre la regulación de la transferencia del riesgo, véase ANGELICI, *La disciplina del passaggio dei rischi*, en *La vendita internazionale. La Convenzione di Vienna dell'11 aprile 1980*, Milano, 1981, p. 220.

⁹⁵ VECCHI, P. M., *articolo 1519 ter (conformità al contratto)*, en *Commentario alla disciplina della vendita dei beni di consumo*, a cura di Garofalo, *op. cit.*, p. 141, quien subraya que, en este caso, el consumidor estaría sujeto a consecuencias económicas más graves, debidas a la pérdida integral de la cosa.

⁹⁶ Sobre este punto, con mayor profusión, BOCCHINI, *op. cit.*, pp. 249 ss., quien denuncia la profunda laguna presente en la Directiva considerando razonable esperar una regulación de la venta de bienes de consumo entre plazas diversas, como mecanismo de enajenación de cosas que deben ser transferidas de un lugar a otro.

consumidor libre de elegir, dentro del mercado común, el lugar donde comprar el bien.

Si se tiene en cuenta el gran desarrollo que ha experimentado la tecnología y el comercio electrónico, será fácil ver que no se trata de una cuestión baladí, también con motivo de la necesaria coordinación con las normas en materia de venta de cosas muebles regulada en nuestro CC (art. 1510 CC ss.) en la que se prevé expresamente que con la entrega al porteador se realiza la determinación de la cosa y la transferencia del derecho con la consiguiente liberación del vendedor, tanto de la obligación de entrega como de los riesgos inherentes a las mercancías. De aquí nace, inevitablemente, la necesidad de interpretar la normativa de modo coherente con los fines perseguidos por la misma, haciendo que se mantengan sobre el vendedor los riesgos inherentes a la cosa hasta que se le entregue (tome posesión de la misma) al consumidor.

7. EL CONCEPTO DE CONFORMIDAD Y LAS PRESUNCIONES

El principio de conformidad con el contrato de venta (esto es, de la correspondencia que debe existir entre el bien entregado al adquirente y aquel previsto en el contrato en el momento de la entrega) pone en evidencia que el término de comparación para valorar la «conformidad» es el contrato; por lo que un bien, para ser considerado «conforme» debe poseer aquellas características contenidas en la regulación contractual acordada por las partes ⁹⁷.

Se trata de una noción nueva en un sistema como el italiano, que conocía la garantía por vicios ocultos, falta de calidad y *aliud pro alio*.

Esta noción incluye indiscutiblemente todas estas hipótesis, a excepción de los vicios jurídicos ⁹⁸, para los cuales continuarán aplicándose las normas de los artículos 1479-1489 CC.

En este sentido, es útil recordar el texto del 8.º Considerando de la Directiva, según el cual: «con el fin de facilitar la aplicación del principio de la conformidad con el contrato, conviene introducir una presunción impugnable de conformidad con el contrato que abarque

⁹⁷ HERNÁNDEZ DÍAZ AMBRONA, M. D., *op. cit.*, p. 60. Se ha definido el principio de conformidad en las compraventas de bienes de consumo como «la adecuación del objeto de las mismas a las especificaciones contractuales concretas, y en su defecto, a las exigencias de interpretación de los criterios que fija la propia Directiva».

⁹⁸ *Vid.* LEO, *op. cit.*, p. 22, quien pone en evidencia que la exclusión ya estaba prevista en los trabajos preparatorios y que la regulación de la falta de conformidad aparece modelada sobre el supuesto del defecto material.

las situaciones más comunes; que esta presunción no limita el principio de libertad contractual de las partes; que, además, a falta de cláusulas contractuales concretas, así como cuando se aplique la cláusula de protección mínima, los elementos mencionados en la presunción podrán utilizarse para determinar la falta de conformidad de los bienes con el contrato; que la calidad y el rendimiento que el consumidor puede razonablemente esperar dependerán, entre otras cosas, de si los bienes son nuevos o usados; que los elementos mencionados en la presunción son acumulativos; que cuando por las circunstancias de cada caso un elemento particular sea manifiestamente inadecuado, seguirán siendo aplicables, sin embargo, los elementos restantes de la presunción».

En caso de inexistencia de regulación contractual entre las partes, el legislador ha introducido una serie de circunstancias, cuya concurrencia conduce a presumir que el bien es conforme al contrato ⁹⁹.

Se ha manifestado alguna perplejidad en cuanto a la naturaleza de las presunciones, puesto que mediante éstas se realiza una valoración de tipo comparativo, atendiendo a las características del bien entregado ¹⁰⁰ en relación con: 1) idoneidad para el uso normal; 2) idoneidad para el uso particular solicitado por el consumidor; 3) conformidad con la descripción realizada por el vendedor; 4) calidad del bien correspondiente a la muestra o modelo presentado; 5) calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede razonablemente esperar habida cuenta de la naturaleza del bien y eventualmente de las declaraciones públicas realizadas sobre las características del bien por el vendedor (por ejemplo, en carteles), por el productor o por su agente o representante, en particular en la publicidad y en el etiquetado.

La conformidad abarca también a la instalación del bien en el caso en que haya sido realizada por el vendedor o por persona que deba responder ante éste, o incluso por el propio consumidor conforme a las instrucciones indicadas en el producto.

En el caso de que la instalación ¹⁰¹ se haya efectuado por obra del consumidor puede existir un defecto de conformidad cuando *a)* el producto se ha concebido para ser instalado por el consumidor; *b)* se ha instalado de un modo no correcto; *c)* la incorrecta instalación se debe a una carencia en las instrucciones de instalación.

⁹⁹ Sobre la noción de conformidad con el contrato y sobre las presunciones se reenvía, por todos, a: VECCHI, *artículo 1519 ter*, en *Commentario a cura di Garofalo, Mannino Moscati, Vecchi, op. cit.*, pp. 132 ss.

¹⁰⁰ Sobre este punto CALVO, en BIN, LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita dei beni di consumo*, Cedam, 2003, p. 174.

¹⁰¹ En tal concepto debe incluirse tanto el ensamblaje del bien vendido como su puesta en marcha.

En la hipótesis de instalación realizada por el vendedor, la doctrina ha considerado siempre que ésta entra en el ámbito de su prestación contractual, con la consecuencia implícita de que el defecto en el montaje podría ser valorado a la luz del criterio de la no escasa importancia en aras de la resolución del contrato ¹⁰².

Con la nueva disciplina se ha equiparado la mala instalación con la falta de conformidad con el contrato, con el fin de extender los remedios más favorables al consumidor también a estos supuestos ¹⁰³. Se considera que la instalación entra en el contrato de venta (superando así la eventual duplicidad formal que vería, por un lado, un contrato de venta, y por el otro, un contrato de arrendamiento de servicios o de obra) por lo que si la instalación defectuosa del bien es imputable al vendedor, el consumidor podrá valerse de los remedios previstos para la falta de conformidad.

En el supuesto de la instalación efectuada por el comprador, la disciplina prevé que el defecto de conformidad proceda de las instrucciones de montaje, por ejemplo cuando no se han redactado atentamente y faltan algunas indicaciones. Deberá ser el consumidor quien demuestre que el montaje no se ha conseguido por la carencia de instrucciones.

8. LOS REMEDIOS DEL COMPRADOR

8.1 LOS REMEDIOS PRIMARIOS

El artículo 130 C. Cons. (ex art. 1519 *quarter* derogado) regula los remedios concedidos al consumidor en caso de falta de conformidad ¹⁰⁴.

¹⁰² BIANCA, La vendita e la permuta, en Trattato dir. civ. it. Dirigido por Vassalli, VII, 1, Torino, 1993, p. 37.

¹⁰³ Sobre esta cuestión, en un sentido más amplio, VECCHI, sub artículo 129, en Commentario a cura di Bianca en NLCC 2006, p. 426, quien pone en evidencia las diferencias entre los supuestos en que la instalación está comprendida en el contrato de venta, y aquellos en los que se configura como un contrato posterior con respecto a la venta. En este último caso se estaría ante un contrato de prestación de servicios o de obra al que habría que referir la conformidad, con la consecuencia de que «frente a una instalación defectuosa no se podría configurar a favor del consumidor ni el remedio de la sustitución, dado que la cosa en el momento de la entrega puede no presentar falta de conformidad con respecto al contrato de venta, ni aquellos de la resolución de la propia venta o la reducción proporcional del precio pagado por la cosa, puesto que la prestación que ha resultado disconforme no era la prevista en el contrato de venta, sino la ejecutada en virtud del contrato de obra o de servicios».

¹⁰⁴ Sobre la terminología de los remedios, vid. DI MAJO, I «rimedi», en Seminario di diritto privato europeo (8 de julio de 2005) organizado por el Consiglio nazionale forense, Milano, 2005.

Ya en la CV de 1980, la expresión «remedios» se introduce expresamente en el texto y entre ellos se coloca el cumplimiento *in natura* (ex art. 46 ss.) y la resolución (ex art. 49 ss.).

También en la Directiva 99/44/CE, el legislador comunitario hace referencia al «remedio» contra la entrega de bienes no conformes con el contrato, consistente en «restablecer» la conformidad ¹⁰⁵.

Todos los comentaristas de la Directiva comunitaria sobre garantías ¹⁰⁶ ya habían subrayado que los remedios de la reparación y la sustitución del bien no conforme al contrato constituían una novedad para el sistema italiano de las garantías, puesto que se trata de remedios: que conservan el contrato, en cuanto pretenden asegurar al consumidor la «corrección o la sustitución del resultado traslativo a fin de volverlo conforme a aquello programado en el contrato» ¹⁰⁷; y que, superando la cuestión de la admisibilidad o no en nuestro ordenamiento de una acción de exacto cumplimiento ¹⁰⁸, dan lugar a un nuevo escenario normativo en el que la cuestión no radica en valorar la admisibilidad o no de los remedios dirigidos a restablecer *in natura* la conformidad del bien, sino sobre todo, en determinar el fundamento, naturaleza y caracteres de tales remedios ¹⁰⁹.

La normativa de origen comunitario y su adaptación originan un «sistema articulado de medios de reacción frente a la falta de

¹⁰⁵ Como señala DI MAJO, *op. ult. cit.*, el restablecimiento de la conformidad, en cuanto obligación de hacer, es un remedio contra el incumplimiento.

¹⁰⁶ Para algunas contribuciones italianas sobre la Directiva 99/44/CE vid. DE CRISTOFORO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000; BIN, *Per un dialogo con il futuro legislatore dell'attuazione: ripensare l'intera disciplina della non conformità dei beni nella vendita alla luce della comunitaria*, en *Contratto e impresa/Europa*, 2000, p. 403; FADDA, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, en *Contratto impresa/Europa*, 2000, p. 410; CIATTI, *L'ambito di applicazione ratione materiae della direttiva comunitaria sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, en *Contratto impresa/Europa*, 2000, p. 433; FALZONE CALVISI, *Garanzie legali nella vendita: quale riforma?*, *ivi*, p. 488; CALVO, *L'attuazione della direttiva núm. 44 del 1999: una chance per la revisione in senso unitario della disciplina sulle garanzie e rimedi nella vendita*, *ivi*, p. 463; DELOGU, *I patti modificativi della responsabilità del venditore: la direttiva 1999/44/CE, l'odierno diritto italiano e le prospettive di riforma*, *ivi*, p. 489; PINNA, *I termini nella disciplina delle garanzie e la direttiva 1999/44/CE sulla vendita dei beni di consumo*, *ivi*, p. 516; ZACCARIA, *Riflessioni circa l'attuazione della direttiva núm. 1999/44/CE «su taluni aspetti della vendita e delle garanzie dei beni di consumo»*, en *Studium iuris* 2000, p. 260; LODOLINI, *La direttiva 1999/44/CE del Parlamento europeo e del Consiglio su taluni aspetti della vendita e della garanzie dei beni di consumo: prime osservazioni*, en *Europa e dir. priv.* 1999, p. 1275.

¹⁰⁷ LUMINOSO, *Vendita, Contratto estimatorio, op. cit.*, p. 292.

¹⁰⁸ Para la tesis dominante que excluye la acción de cumplimiento exacto, vid. MARTORANO, *La tutela del compratore per i vizi della cosa*, Napoli, 1959, p. 60; BIANCA, *La vendita e la permuta*, en *Trattato di diritto civile*, dirigido por Vassalli, VII, Torino, 1993, p. 1008; en sentido contrario, GIORGIANNI, *L'inadempimento, Corso di diritto civile*, Milano, 1974, p. 53.

¹⁰⁹ LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, en *Tratt. Di dir. comm. e dir. pubbl. econ.*, Cedam, 2003, p. 385. Para una reconstrucción teórica de los remedios en examen, se reenvía a LUMINOSO, *Vendita, op. cit.*, p. 305.

conformidad»¹¹⁰ y jerarquizado, en el que el derecho al restablecimiento de la conformidad del bien mediante la reparación o la sustitución deviene prioritario respecto a la tutela de tipo extintivo o modificativo de la relación contractual mediante la resolución del contrato o la rebaja del precio. Remedios, estos últimos, que se podrán ejercitar sólo cuando restablecer la conformidad sea imposible o «desproporcionado», o bien cuando ello no pueda ser efectuado en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes.

Se trata de una jerarquía rígida¹¹¹, salvo acuerdo en contra de las partes. El vendedor, de hecho, en el momento de la denuncia del defecto podrá ofrecer al consumidor cualquier remedio sin que ello sea vinculante para el consumidor que podrá rechazarlo e indicarle otro distinto.

Por consiguiente, el vendedor, salvo acuerdo distinto, estará vinculado por la elección del consumidor¹¹².

El sistema de remedios de la reparación o sustitución podrá ser requerido sólo frente al vendedor directo, habiéndose excluido la posibilidad de extender la legitimación pasiva también frente al productor del bien de consumo.

Según la idea del legislador comunitario, la pareja de remedios puede ser concedida en relación con las faltas de conformidad del bien anteriores y posteriores al momento de la transferencia de la propiedad, y de modo gratuito, por lo que será el vendedor quien deba soportar todos los gastos necesarios para conseguir volver al bien conforme al contrato (por ejemplo, gastos de mano de obra, montaje, revisiones, envío de un producto sustitutivo).

Es necesario subrayar que los remedios de la sustitución y la reparación del bien pueden exigirse siempre que no sean «objetivamente imposibles» o excesivamente onerosos».

La imposibilidad debe ser objetiva (*v. gr.* en caso de bien no fungible, o bien una imposibilidad objetiva de eliminar el defecto), en el sentido de que no puede ser objetivamente realizada; por lo que cuando la imposibilidad afecta al vendedor (en lo atinente a

¹¹⁰ AMADIO, *Difetto di conformità e tutele sinallagmatiche*, in Riv. Dir. Civ., 6/2001, p. 901.

¹¹¹ LUMINOSO, *Vendita*, *op. cit.*, p. 293. La técnica utilizada para conceder los remedios recalca que en la Convención de Viena, todavía no se conoce una graduación jerárquica en relación con las acciones ejercitables por el comprador en caso de falta de conformidad del bien con el contrato.

¹¹² REPRESA POLO, P.: *op. cit.*, p. 141. El derecho de opción concedido al consumidor resulta lógico y necesario lo que no excluye que se tengan en cuenta otros intereses que justifiquen que la elección se encuentre limitada por los principios de proporcionalidad y posibilidad.

que no pueda realizar la reparación personalmente), éste deberá confiar la actuación a un tercero ¹¹³.

La excesiva onerosidad se producirá cuando el remedio imponga al vendedor «gastos irrazonables con respecto a otro remedio» ¹¹⁴.

La normativa nada dice sobre el modo en que puede efectuarse la elección del consumidor y acerca de la posibilidad o no de cambiarla, por lo que se considera ¹¹⁵ que puede realizarse también mediante una reclamación extrajudicial y que, una vez efectuada, es irrevocable, salvo en caso de que el vendedor no obedezca en el cumplimiento del remedio. En este caso, el consumidor retomará la facultad de elegir.

Reparación y sustitución son remedios que eliminan la falta de conformidad, de tal modo que el comprador podrá obtener un resultado equivalente a lo que le era debido ¹¹⁶. Se trata, por lo tanto, de remedios contra el incumplimiento.

El supuesto de incumplimiento o cumplimiento inexacto de la obligación «secundaria» de restablecer la conformidad del bien es una cuestión en la que no se ha profundizado particularmente en la regulación comunitaria ni en el Derecho interno.

En este sentido, la doctrina ¹¹⁷ ha considerado diversas hipótesis: 1) reparación o sustitución realizada de modo imperfecto; 2) bien reparado o sustituido no conforme al contrato cuyo defecto determina un inconveniente menor; 3) reparación o sustitución que acarrea notables inconvenientes al consumidor, pero que no inciden sobre la conformidad del contrato; 4) inobservancia del «plazo congruente» para la reparación o sustitución.

1) En el primer caso, se considera que se pueden aplicar los remedios edilicios previstos por la norma cuando el defecto asuma el rango de un «mayor inconveniente» para el consumidor ¹¹⁸. En el caso de bien sustituido o reparado de modo imperfecto, de tal modo que presente todavía una falta de conformidad, el consumidor tendrá la posibilidad de valerse de los remedios previstos en el

¹¹³ DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, *op. cit.*, p. 203.

¹¹⁴ *V. gr.* no podrá ser requerida la sustitución cuando el bien presente un leve defecto de conformidad, que pueda resolverse con una pequeña intervención por parte del vendedor.

¹¹⁵ LUMINOSO, *Vendita*, *op. cit.*, p. 298.

¹¹⁶ Se trata de remedios «restablecedores» que prescinden de la culpa del vendedor, para ulterior profundización, *vid.* BIANCA, sub. artículo 130 en *Commentario a cura di Bianca*, *op. cit.*, p. 438.

¹¹⁷ Por todos LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 299.

¹¹⁸ En tal caso LUMINOSO considera que el consumidor pueda ejercitar nuevamente los remedios de la sustitución o la reparación.

artículo 130 C. Cons., y desde el momento de la entrega comienzan a transcurrir nuevamente los plazos del artículo 132 C. Cons.

2) En el segundo caso, la doctrina considera aplicables sólo los remedios de la reparación o sustitución, salvo el resarcimiento del daño, teniendo en cuenta que para poder ejercitar los remedios edilicios debe concurrir el requisito de los «mayores inconvenientes».

3) En el tercer caso no habría lugar para el ejercicio de los remedios reparatorios, sino sólo para los edilicios.

4) En la última hipótesis, la doctrina no es unánime, sino que se divide entre aquellos que consideran que nace una nueva garantía que atribuiría al consumidor la facultad de elección y quienes estiman que el consumidor está legitimado para valerse sólo de la resolución del contrato o de la reducción del precio ¹¹⁹.

La «congruencia» del plazo (adjetivo utilizado por el legislador italiano en lugar de «razonable») debe ser valorada, o en relación con el bien, o con el fin perseguido por el consumidor, y conocido por el vendedor; el cual pondría en relación con el fin que se pretende perseguir con la adquisición del bien, no tener interés en esperar el tiempo necesario para la reparación o sustitución del bien.

La ventaja con respecto a la técnica de la garantía por vicios ocultos es evidente. La previsión de una prestación de hacer, mediante la reparación o sustitución, a cargo del vendedor, y así, de un remedio de carácter específico, modifica la misma relación contractual entre vendedor y comprador, quedando el primero obligado a entregar una cosa «conforme» a cuanto haya declarado el vendedor y sea objeto de expectativa por parte del comprador ¹²⁰.

8.2 LOS REMEDIOS SUBSIDIARIOS

Respecto a lo previsto en los Ordenamientos de origen romanista, en la regulación comunitaria, y en la italiana, la resolución del contrato y la reducción del precio se convierten en mecanismos subsidiarios, dado que el consumidor podrá recurrir a éstos en caso de imposibilidad o de excesiva onerosidad de los remedios restauradores de la conformidad (reparación o sustitución).

Sin detenerse sobre la naturaleza del remedio resolutorio ¹²¹, vale la pena subrayar las diferencias entre los dispuesto en el artículo 130 C. Cons. y el artículo 1453 CC.

¹¹⁹ En el primer sentido ZACCARIA-DE CRISTOFARO, p. 85; en el segundo sentido LUMINOSO, *op. cit.*, p. 301.

¹²⁰ Para profundizar sobre el punto: DI MAJO, *op. cit.*

¹²¹ Para profundizar, *vid.* LUMINOSO, *op. ult. cit.*, p. 308.

En el primer caso, se trata de un remedio subsidiario, basado en el presupuesto objetivo de la no conformidad y sujeto a los términos de prescripción y caducidad señalados en el artículo 131 C. Cons.

Respecto al procedimiento judicial de la resolución de la que habla el artículo 1453 CC, nada se dice en el artículo 130 C. Cons.; por lo que la *ratio* de la disciplina permite considerar válida la obtención de los efectos resolutorios también por vía extrajudicial ¹²².

Igualmente, en relación con el remedio de la reducción del precio surgen algunas cuestiones bien con respecto a la determinación de la «adecuación» o «congruencia» de la rebaja; o bien, sobre la posibilidad de una estructura extrajudicial ¹²³.

Sobre el primer punto, la pregunta concierne a la posibilidad o no de utilizar el criterio de proporcionalidad ¹²⁴, dada la formulación de la norma.

Suscita perplejidad el tipo de criterio utilizable para las ventas de bienes de consumo si no se acoge el tradicional del Código (arts. 1492 y 1464 CC), en tal caso podría verificarse no sólo un reequilibrio económico de la relación contractual, sino también un restablecimiento del perjuicio sufrido por el comprador, con la consecuencia de que, indirectamente, se tendría un efecto resarcitorio.

9. EL RESARCIMIENTO DEL DAÑO

Merece unas breves reflexiones el tema del reconocimiento a favor del consumidor del derecho al resarcimiento del daño ¹²⁵.

En numerosas ocasiones, la doctrina ha puesto de manifiesto la laguna existente en el texto comunitario, debido a la falta de regulación del resarcimiento del daño ¹²⁶. Por otra parte, la previsión de un reenvío explícito a las «normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual y extracontractual» contenida en el artículo 8 de la Directiva y en el artículo 135 C. Cons. permite

¹²² Manifiesta dudas sobre tal posibilidad LUMINOSO, *Le garanzie nella vendita...*, *op. cit.*, pp. 37 ss. y pp.100 ss.

¹²³ En sentido negativo LUMINOSO, *Vendita, op. cit.*, p. 311.

¹²⁴ El precio se reduciría en proporción a la disminución del valor del bien como consecuencia del vicio.

¹²⁵ Sobre esta cuestión, entre otros, LUMINOSO, *Vendita, op. cit.*, p. 323; PISCIOFFO, *Il risarcimento del danno*, en *La vendita di beni di consumo*, a cura di R. Alessi, Giuffrè, 2005, pp. 103 ss.; FADDA, *Il risarcimento dei danni*, en *Le garanzie nella vendita di beni di consumo*, a cura di Bin-Luminoso, *op. cit.* pp. 439 ss.; PADOVINI, *articolo 1519 octies*, en *Commentario sulla vendita di beni di consumo* a cura di Patti, pp. 383 ss.; BIANCA, sobre el artículo 130 C. Cons., en *Commentario* a cura di Bianca in NLCC 2006, *op. cit.*, p. 454.

¹²⁶ En efecto, el 6.º Considerando de la Directiva subrayaba expresamente la inoportunidad de «intervenir sobre disposiciones y principios de las legislaciones nacionales relativas a la responsabilidad contractual y extracontractual».

considerar admisible tal remedio resarcitorio, bien por integración de lo indicado en el artículo 130 C. Cons., o bien por vía autónoma con respecto a estos últimos ¹²⁷, quedando firme, asimismo, la licitud de las cláusulas de exclusión o limitación del derecho al resarcimiento de los daños pactadas por el comprador.

También se ha subrayado que la aplicabilidad de la norma sobre la venta que prevé el resarcimiento está perfectamente alineada con la tesis que considera la venta de bienes de consumo una figura particular de venta por la que se regulan sólo algunos aspectos ¹²⁸.

10. LA ACCIÓN DE REGRESO ¹²⁹

El derecho de regreso, regulado en el artículo 131 C. Cons., representa una forma de tutela del vendedor final en caso de que la falta de conformidad sea imputable a una acción u omisión del productor o de otro intermediario en la cadena de distribución.

El legislador comunitario, que no ha introducido una acción directa del consumidor frente al productor ¹³⁰, ha previsto el derecho de regreso (salvo renuncia o pacto en contrario) del vendedor final que haya hecho frente a los remedios ejercitados por el consumidor ¹³¹.

Analizando el sistema de la venta de bienes de consumo, es posible distinguir entre las diferentes relaciones jurídicas: entre consumidor y vendedor final; entre consumidor y productor; entre productor, mayorista y minorista ¹³².

¹²⁷ En tal sentido MANIACI, *articolo 1519 nonies*, en *L'acquisto dei beni di consumo*, *op. cit.*, p. 105; en sentido contrario, por todos: LUMINOSO, *Vendita*, *op. cit.*, p. 324, quien considera que «aunque se admitiese que el consumidor pudiese demandar en vía autónoma el resarcimiento del daño (por equivalente pecuniario), es decir, sustitutivo... quedaría vulnerado el rango primario que la norma asigna a los remedios de la reparación y la sustitución», por lo que lo admite como alternativa a la resolución del contrato o a la reducción del precio.

¹²⁸ En tal sentido BIANCA, *ult. op. cit.*, p. 454.

¹²⁹ Sobre la naturaleza del derecho de regreso, la doctrina se ha pronunciado de modo diverso: algunos (ZACCARIA, DE CRISTOFORO) consideran que se trata de una sanción contra el incumplimiento de una obligación que gravita sobre cada uno de los anillos de la cadena distributiva frente al vendedor final; otros (COLOMBI, CIACCHI, CORSO) estiman que el derecho de regreso tiene una naturaleza extracontractual por la que la responsabilidad en regreso tendría la misma estructura de la responsabilidad aquiliana, y ello, porque el derecho de regreso surge independientemente de la violación, por parte del sujeto pasivo de una obligación frente a la parte actora; otros, por su parte, (CASTRONOVO) sostienen que el derecho de regreso del Código de Consumo constituye un supuesto de regreso en sentido propio.

¹³⁰ Sobre esta cuestión es necesario recordar que en 2006, como consecuencia de las consultas relativas a la adaptación de la Directiva sobre garantías, podrá incluirse la previsión de una acción directa del consumidor.

¹³¹ La previsión de un derecho de regreso del vendedor frente al responsable del defecto no es nueva en nuestro ordenamiento que regula su ejercicio en materia de responsabilidad del contratista por ruina de edificio (art. 1669 CC).

¹³² DELOGU, *La proposta modificata...*, *op. cit.*, p. 1044.

El legislador comunitario se limita a regular la primera de las mencionadas relaciones (reenviando al 2006 eventuales decisiones, con respecto a la acción directa del consumidor frente al productor), aceptando una solución de compromiso entre el modelo tradicional que se centra en el principio de relatividad contractual (*privity of contract*), en virtud del cual los remedios propios de la responsabilidad contractual son ejercitables exclusivamente frente al contratante directo, y el modelo francés, que en materia de garantías por vicios en la venta permite la acción directa del comprador frente al productor ¹³³.

El compromiso entre *privity of contract* y *action directe* se ha llevado a cabo mediante la inserción del artículo 4 de la Directiva, adaptado al Derecho italiano con el artículo 131 C. Cons., el cual permite al vendedor final actuar en vía de regreso contra cualquier anillo de la cadena ¹³⁴ distributiva que haya provocado el defecto o haya omitido su eliminación; incluso aunque no esté ligado a él por una relación contractual, salvo que pertenezcan a una misma cadena de contratos ¹³⁵.

Según la orientación predominante en la doctrina, se considera que dicha norma da lugar a una forma de responsabilidad por hecho ilícito, cuyo fundamento se reconoce en la imputabilidad a uno o más sujetos de una «acción u omisión» tal que determina el defecto de conformidad; la responsabilidad en el regreso se funda, así, sobre el hecho de haber causado, u omitido la eliminación del defecto, incluso aunque no haya existido ninguna obligación negocial frente al titular del derecho ¹³⁶.

El derecho de regreso se puede hacer valer aunque el defecto no haya sido denunciado con celeridad por el vendedor final, puesto que está sujeto al plazo fijado por el artículo 131 C. Cons: un año que se computa desde la ejecución de la garantía frente al consumidor, de tal modo que no puede darse el caso de que el consumidor solicite la garantía después del vencimiento del plazo para el ejercicio del derecho de regreso por parte del vendedor final ¹³⁷.

¹³³ Sobre esta cuestión se reenvía a COZIAN, *L'action directe*, París, 1969; JAMIN, *La notion d'action directe*, París, 2001, 225.

¹³⁴ Por venta en cadena se entiende el fenómeno caracterizado por la consecución de una pluralidad de negocios traslativos que tienen por objeto el mismo bien.

¹³⁵ CIACCHI, *articolo 1519 quinquies*, en *Commentario a cura di Patti*, p. 307.

¹³⁶ Sobre la asimilación de la función del derecho de regreso a la de la acción directa de garantía o de responsabilidad, véase, con mayor profundidad: CHIAPPETTA, sub artículo 131 C. Cons, en *Commentario a cura di Bianca en NLCC 2006, op. cit.*, p. 499, el cual subraya que «la acción del vendedor final denominada «regreso» no es más que un sistema para hacer gravitar sobre el responsable las consecuencias económicas negativas de los defectos reclamados por el consumidor».

¹³⁷ Esta perplejidad había sido avanzada por ZACCARIA, *Riflessioni...., op. cit.*, p. 268.

11. LOS PLAZOS

La norma prevé que la responsabilidad del vendedor se configura en todo caso siempre que la falta de conformidad se manifieste dentro de los dos años desde la entrega del bien.

El plazo para la ejecución de los remedios es un tema fundamental en la presente normativa si se observa lo que ha ocurrido en Francia con la esperada modificación del artículo 1648 CC relativo al *bref délai*.

La norma de recepción de la Directiva fija el plazo de garantía en dos años desde la fecha de entrega del bien, introduciendo así para el vendedor un sistema de responsabilidad seguramente más riguroso, en cuanto que exonera al consumidor del respeto a los plazos previstos en el artículo 1495 CC, e instaurando un plazo más largo.

La duración del plazo de garantía de conformidad a favor del consumidor constituye, ciertamente una de las cuestiones más delicadas atinentes a la materia que estamos tratando, especialmente si se considera el caso particular en que el producto presente un defecto no detectable en el momento de la entrega.

El plazo de dos años ha sido considerado por los intérpretes de la Directiva como muy breve con respecto a determinados tipos de bienes: teniendo en cuenta, por ejemplo, bienes duraderos, destinados a un uso continuo y reiterado durante un período relativamente largo ¹³⁸.

Para algunos tipos de bienes es probable que la falta de conformidad pueda manifestarse después de algunos años desde la entrega ¹³⁹, tanto que para algunos autores ¹⁴⁰, se debería haber previsto un tratamiento de plazos diferenciado en función del tipo de bien de consumo ¹⁴¹.

Otro aspecto importante en relación con la manifestación de la falta de conformidad, concierne a la concreción del momento exacto

¹³⁸ PINNA, *I termini nella disciplina delle garanzie e la direttiva 1999/44/CE sulla vendita dei beni di consumo*, en *Contratto e impresa/Europa*, 2000, 527.

¹³⁹ Por ejemplo, un defecto oculto se ha encontrado en la vulnerabilidad frente al hielo de las tejas de la cubierta, que consiste en que la humedad y el hielo consiguientemente llevan a su rotura; el caso ha sido examinado por la jurisprudencia transalpina: Cass. Com. 4 febbraio 1964, Bull. civ. III, núm. 53; Cass. Com. 9 febbraio 1965, Bull. civ. III, núm. 103.

¹⁴⁰ PINNA, *op. cit.*, 530 ss.

¹⁴¹ A tal propósito, cfr. PINNA, *op. cit.*, 530-531, quien distingue entre diversos períodos de vida del producto: «El primer período atañería sólo a algunos productos. Generalmente es breve, y es aquel en el que el producto se pone a prueba; el segundo período es del uso normal del producto, durante el cual el riesgo de que aparezca un defecto es escaso (tal período varía según el producto); el tercer período es aquel en el que el desgaste normal del producto será la causa de nuevos y frecuentes incidentes».

en que comienza a correr el plazo dentro del cual debe manifestarse, el cual, como hemos señalado muchas veces, ha sido fijado (tanto en la Directiva como en la norma interna) en el día de la entrega; fecha, esta última que coincide con el día en que el bien ha entrado materialmente en la esfera de control del consumidor, permitiéndole realmente revisarlo y verificar su conformidad; en el caso de que el consumidor tenga la disponibilidad del bien antes de la conclusión del contrato, el *dies a quo* del plazo de prescripción será la fecha de la estipulación del contrato de venta ¹⁴².

La norma fija los plazos de prescripción y de caducidad para el ejercicio de las acciones que le competen al consumidor, contribuyendo a reforzar las garantías del consumidor respecto a la normativa vigente.

En particular, el segundo apartado regula el régimen de denuncia de la falta de conformidad y el plazo de caducidad dentro del cual debe efectuarse.

En base a las normas civiles vigentes, la acción de resolución por vicios de la cosa vendida prescribe en un año desde la entrega del bien, con tal de que el vicio haya sido denunciado en el plazo de ocho días desde que se ha descubierto, y de un año desde la entrega; mientras que la acción dirigida a reclamar un defecto de funcionamiento prescribe a los seis meses desde que se ha descubierto, con la carga de denunciarlo en los treinta días siguientes a su manifestación (art. 1512 CC).

La norma examinada, en cambio, prevé un plazo de prescripción de dos años y una carga de denunciar la falta de conformidad por el consumidor, en el plazo de dos meses desde que se manifieste ¹⁴³.

Análogamente a lo dispuesto en el artículo 1495 CC, la carga de la denuncia no debe ser respetada en caso de defectos dolosamente ocultados por el vendedor, o reconocidos por él mismo.

La falta de denuncia en el plazo de dos meses desde la fecha en que se ha descubierto el defecto de conformidad, determina la pérdida para el consumidor de los derechos que le concede el artículo 130.2 C. Cons.; por consiguiente, el inicio del transcurso del término bimensual de pérdida de la garantía coincide con el momento en que el

¹⁴² En este sentido, DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore, L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 2000, pp. 224 ss.

¹⁴³ En relación con el momento desde el que comienza a transcurrir el plazo de vencimiento para la denuncia de los vicios de la cosa, se puede destacar la orientación de la jurisprudencia, que concreta el *dies a quo* en el momento en que el comprador haya adquirido la certeza objetiva y completa de la presencia y entidad del vicio, y en el caso en que su descubrimiento ocurra en un tiempo posterior no comienza a correr el plazo hasta que se complete su descubrimiento: Cass. 28 novembre 1997 núm. 12011; Cass. 8 luglio 1995 núm. 7541; Cass. 20 gennaio 1995 núm. 1082.

consumidor haya descubierto efectivamente la falta de conformidad, lo que no parece que sea objetivamente susceptible de ser comparado mediante una ordinaria diligencia ¹⁴⁴.

El legislador, por lo tanto, hace referencia al descubrimiento efectivo de la falta de conformidad como momento desde el cual transcurrirá el plazo para efectuar la denuncia ¹⁴⁵.

Para poder ejercitar los remedios introducidos con la nueva normativa, el consumidor asume la carga de probar que el bien que le ha suministrado el profesional presenta una falta de conformidad; que tal defecto existía en el momento de la entrega del bien, y por último, que el defecto se ha manifestado en el plazo de dos años desde la fecha de entrega del bien ¹⁴⁶.

Como ocurre con el artículo 1495 CC, tampoco la norma de origen comunitario indica de manera específica el modo en que debe efectuarse la denuncia; no se requiere una formalidad ¹⁴⁷ particular ni específicas instancias de verificación; el consumidor adquirente que intenta conservar su derecho a la garantía, en el sentido de esta norma, podrá limitarse a predisponer una denuncia sumaria que ponga en conocimiento del vendedor la falta de conformidad ¹⁴⁸, si bien en un segundo momento, deberá especificar mejor la naturaleza y la entidad de los vicios encontrados ¹⁴⁹.

El comprador queda exonerado de la carga de denuncia en caso de reconocimiento o de ocultamiento por parte del vendedor de la falta de conformidad, en el sentido del segundo apartado del

¹⁴⁴ DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 236.

¹⁴⁵ DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 236, sostiene que no existe una correspondencia entre carga de denuncia y carga/obligación de proceder a un examen diligente del bien recibido en la entrega.

¹⁴⁶ Cfr. DE CRISTOFARO, *op. cit.*, 242.

¹⁴⁷ Al igual que en el Derecho español, como ha puesto de relieve la doctrina, cualquier forma será adecuada, «pero siendo el consumidor quien tiene que probar que cumplió en tiempo, aún con la libertad de forma mencionada, el consumidor habrá de preocuparse de preconstituir la prueba de que hizo la denuncia». Cfr. DÍAZ ALABART, S.: «Los plazos en la Ley de Garantías en la venta de bienes de consumo», en *Garantía en la venta de bienes de consumo*, coordinado por Silvia Díaz Alabart, Madrid 2006, p. 218.

¹⁴⁸ Cfr. Cass., 15 maggio 2000, núm. 6234, en *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 1022, a tenor de la cual «la denuncia de los vicios de la cosa vendida en el sentido de los artículos 1492 y 1495 CC no debe consistir necesariamente en una exposición detallada de los vicios que presenta la *res vendita*, sino que “en consideración de la finalidad” de la denuncia, consistente en poner al vendedor sobre aviso respecto a las intenciones del comprador y simultáneamente, en condiciones de verificar tempestivamente la veracidad de la queja, una denuncia genérica puede ser idónea para este fin siempre que con ella el vendedor haya sido instruido de que el comprador ha encontrado, aunque no sea de manera todavía clara y completa, que la cosa está afectada por vicios que la convierten en no idónea para el uso al que está destinada o que disminuyen en modo apreciable su valor».

Para la aplicabilidad del artículo 1495 CC sólo a los casos de vicios de la cosa vendida y no a los casos de venta de *aliud pro alio*, véase por todas, Cass. 3 agosto 2000, núm. 10188, en *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 1697.

¹⁴⁹ En tal sentido Cass. 9 giugno 1986 núm. 3816, in *Giur. it.*, 1987, I, 1, p. 1252; Cass. 25 maggio 1993, núm. 5878.

precepto examinado. El reconocimiento por parte del vendedor se produce cuando éste admita que la cosa presenta, por cualquier causa que sea, características que hacen que el bien no corresponda a las expectativas del consumidor ¹⁵⁰.

Debe recordarse la orientación constante, formada sobre la base del artículo 1495 CC, pero que puede invocarse también en relación con las normas examinadas, a tenor de la cual, por un lado, el reconocimiento por parte del vendedor de los vicios no requiere ninguna forma en particular, pudiendo realizarse también por hechos concluyentes (*facta concludentia*, v. gr. ejecución de reparaciones o sustituciones de partes, etc.) ¹⁵¹; por otro, tal comportamiento determina la constitución de una obligación nueva y diversa respecto a aquella originaria, que no está vinculada a los plazos del artículo 1495 CC, sino sometida a la ordinaria prescripción decenal.

Por lo tanto, debe señalarse que la orientación jurisprudencial es casi unívoca al considerar que el consumidor que quiera hacer valer las garantías debe asumir la carga de la denuncia, y configura ésta como la única condición necesaria para el ejercicio de la acción redhibitoria y estimatoria ¹⁵².

Se ha dicho que el consumidor tiene la carga de demostrar que la falta de conformidad del bien recibido del profesional existía en el momento de la entrega, es decir, cuando el bien de consumo ha entrado en su esfera de disponibilidad material.

El tercer inciso del artículo en examen precisa que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis primeros meses ¹⁵³ desde la fecha de la entrega del bien se presumen existentes en tal fecha, salvo:

- Cuando se haya demostrado lo contrario.
- Cuando tal presunción sea incompatible con la naturaleza del bien o con la naturaleza de la falta de conformidad.

Se trata de una presunción relativa, en cuanto cabe prueba en contrario por el profesional, el cual deberá demostrar que el bien, en el momento de la entrega resultaba plenamente conforme a lo

¹⁵⁰ Cass. 12 maggio 2000 núm. 6089, en *Mass. Giust. civ.*, 2000, p. 1000.

¹⁵¹ Cass. 20 febbraio 1997 núm. 1561; Cass. 12 giugno 1991 núm. 6641; Cass. 24 aprile 1982 núm. 2543.

¹⁵² En tal sentido, Cass. 26 agosto 1989 núm. 3796, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1990, p. 437, con nota de P. M. Putti, quien se detiene, especialmente, en la problemática derivada de la tempestividad o no de la denuncia y sobre los perfiles de la carga de la prueba.

¹⁵³ BOCCHINI, sub artículo 132, en *Commentario a cura di Bianca en NLCC 2006*, p. 517, quien pone en evidencia que si de un lado, la norma «sanciona el comportamiento del vendedor por la no conformidad con el contrato del bien entregado», por otro, «activa la autorresponsabilidad del consumidor en el control del bien recibido, a fin de que la suerte de la operación económica pueda encontrar una solícita definición».

establecido en el contrato y que la falta de conformidad denunciada por el consumidor se ha manifestado posteriormente como consecuencia de causas externas.

Para algunos autores ¹⁵⁴, el límite temporal (seis meses) de la presunción de preexistencia de la falta de conformidad en el momento de la entrega no resulta apropiado para facilitar al consumidor una protección adecuada por la dificultad de probar, después de tanto tiempo, que la falta existía en el momento de la entrega; incluso se advierte, que la norma refuerza la tutela del comprador respecto al sistema de garantías previsto en nuestro ordenamiento, en cuanto que la prueba de la preexistencia incumbe no sólo al comprador, sino también al vendedor.

Ciertamente el vendedor, en el caso de que la falta de conformidad se manifieste dentro de los seis meses, se encuentra en una situación a menudo desfavorable, en cuanto que será particularmente difícil demostrar que el defecto se haya producido por un evento fortuito, o incluso por una conducta del consumidor, negligente, dolosa o incauta ¹⁵⁵. La situación del consumidor, en cambio, es ciertamente favorable, puesto que no pierde la posibilidad de ejercitar sus propios derechos por la dificultad ligada a la prueba de la existencia del defecto en el momento de la entrega; así, probablemente, el consumidor verificará la conformidad dentro de los primeros seis meses, especialmente para disfrutar de la presunción de no conformidad.

Se inserta así, en nuestro ordenamiento un mecanismo, distinto respecto a aquel que se halla en vigor, que impone al comprador la carga de probar la existencia del vicio en el momento de la transferencia del riesgo ¹⁵⁶; no obstante, la orientación jurisprudencial tradicional ya afirmaba que le incumbía al comprador la carga de la prueba, tanto en caso de mal funcionamiento, como de vicio o defecto de calidad de la cosa ¹⁵⁷.

La norma, por otra parte, prevé que la acción prescribe, en todo caso, cuando se trate de defectos no ocultados con dolo por el vendedor ¹⁵⁸, en el plazo de 26 meses desde el vencimiento del

¹⁵⁴ FADDA, *Il contenuto della direttiva 1999/44/CE: una panoramica*, en *Contratto e impresa/Europa* 2000, p. 431.

¹⁵⁵ DE CRISTOFARO, *op. cit.*, p. 245.

¹⁵⁶ En la jurisprudencia, por todas cfr. Cass. 18 luglio 1991, núm. 7986.

¹⁵⁷ Siempre en relación con la carga de la prueba de la que habla el artículo 1495 CC, puede verse la sentencia de Cass. 10 settembre 1998 núm. 8963, a cuyo tenor, la carga de la prueba de los defectos y de sus eventuales consecuencias perjudiciales, así como de la existencia del nexo causal entre los primeros y las segundas, corre a cargo del comprador que ejercite la garantía, mientras que incumbe al vendedor la prueba liberatoria de la falta de culpa.

¹⁵⁸ La ocultación del vicio se produce cuando el vendedor haya utilizado particulares medios para esconder los vicios. Se debe subrayar que la ocultación de los vicios del

plazo previsto en el primer apartado, esto es desde la entrega; si el consumidor que ha concurrido para la ejecución del contrato, ha denunciado la falta de conformidad dentro de los dos meses desde su descubrimiento y antes del plazo de 26 meses desde la entrega, puede ejercitar los derechos concedidos por las nuevas normas.

La previsión de dos meses suplementarios respecto al plazo bienal, a efectos de prescripción, se ha insertado, evidentemente, para evitar la paradoja del vencimiento del plazo de prescripción coincidiendo con el último día del plazo de los dos años, en el que se establece la responsabilidad del profesional en el sentido del primer apartado.

De este modo, se ha atribuido la posibilidad de promover actos interruptivos durante los dos meses siguientes al vencimiento del plazo bienal ¹⁵⁹.

La no perfecta coincidencia entre el plazo dentro del cual el consumidor tiene el derecho de exigir la responsabilidad del vendedor, y el plazo de prescripción de tal derecho evita que el consumidor que descubra el vicio en el propio momento del vencimiento del plazo de prescripción, vea nacer en su patrimonio un derecho ya prescrito que no le permitiría ejercitarlo en un plazo razonable. Se debe subrayar que el último inciso del apartado examinado, relativo a la posibilidad para el consumidor de objetar el defecto incluso más allá del plazo de prescripción de la acción, no encuentra específica conexión en la Directiva 99/44/CE, sino que parece corresponder al ejercicio de la facultad de adoptar, en la adaptación al Derecho interno, disposiciones más favorables frente al consumidor.

Por último, vale la pena destacar que el plazo de prescripción estipulado por la presente norma está sujeto, al igual que el previsto en el artículo 1495 CC, a las reglas comunes establecidas en materia de interrupción y de suspensión.

12. LA GARANTÍA CONVENCIONAL Y SU RELACIÓN CON LA GARANTÍA LEGAL

Se ha dicho que el legislador comunitario en la Directiva 99/44/CE no se ha limitado a regular la responsabilidad del vendedor contra eventuales faltas de conformidad de bienes vendidos a los

bien vendido, para dispensar al comprador de la denuncia, no puede basarse sólo en el silencio del vendedor, sino que requiere una particular actividad ilícita desarrollada por el vendedor, y dirigida, con medios adecuados, a esconder el propio vicio.

¹⁵⁹ En estos términos, véase la Relación ilustrativa del Decreto.

consumidores, sino que ha disciplinado también las garantías contractuales, denominadas también convencionales o comerciales.

Esta terminología se ha utilizado mucho en el sistema de la venta y es muy conocida en algunos Estados miembros, como Italia, Francia, España, Bélgica, Grecia y Portugal, mientras en otros Estados la distinción entre garantía legal y comercial no está presente.

En el presente trabajo, se ha considerado importante mantener la distinción entre garantía legal y garantía comercial. Es posible definir la primera como la protección de la que goza el comprador en caso de no conformidad del bien adquirido; se trata de una garantía de derecho de la que disfruta el comprador, y que la Ley impone a cargo del vendedor.

En cambio, la garantía convencional contiene una protección específica de la que disfruta el adquirente, y puede surgir por voluntad de ambas partes (vendedor y comprador), o tan sólo por voluntad del vendedor, del productor o de otro sujeto.

A diferencia de la legal, la garantía convencional es voluntaria y facultativa, no habiéndose previsto ninguna obligación a cargo del productor o del vendedor, pese a que esté expresamente regulada en la Ley.

En la práctica, las garantías convencionales pueden tenerse bajo diversas formas: por ejemplo, en las condiciones generales de venta, en las condiciones específicas de la venta, en un folio separado (v. *gr.* certificado de garantía); otras veces se encuentran en la caja en la que se contiene el producto, o incluso en las «instrucciones de empleo».

Indudables son las ventajas que la garantía comercial determina, tanto para el garante (vendedor, productor, distribuidor) para quien puede constituir un elemento para vender el producto, como para el comprador, porque para él los derechos previstos en estas garantías son, en algunos casos, más ventajosos que los atribuidos en la Ley.

Hay que destacar un riesgo inherente a la garantía comercial, cual es el hecho de que, frecuentemente, el consumidor, sabiendo que disfruta de esta última, olvida o cree erróneamente que no tiene otras formas de tutela ante los eventuales defectos del bien adquirido.

Para evitar este riesgo, señalado por el legislador comunitario, la Directiva trata de poner fin a esta «creencia», estableciendo expresamente que las garantías comerciales deben indicar que, en todo caso, el consumidor puede ejercitar los remedios previstos en la ley.

A tal fin, la Directiva establece que: «La garantía comercial obligará a la persona que la ofrezca en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad. La garantía deberá:

- declarar que el consumidor goza de derechos con arreglo a la legislación nacional aplicable que regula la venta de bienes de consumo y especificar que la garantía no afecta a los derechos que asisten al consumidor con arreglo a la misma;
- indicar con claridad el contenido de la garantía y los elementos básicos para presentar reclamaciones en virtud de la misma, en particular su duración y alcance territorial, así como el nombre y dirección del garante. A petición del consumidor, la garantía deberá figurar por escrito o en cualquier otro soporte duradero disponible que le sea accesible. Los Estados miembros podrán, con arreglo a lo dispuesto en el Tratado, exigir que la garantía de los bienes comercializados en su territorio esté redactada en una o más lenguas de las que ellos determinen de entre las lenguas oficiales de la Comunidad. En el caso de que una garantía infringiera los requisitos de los apartados 2, 3 ó 4, ello no afectaría en ningún caso a su validez, pudiendo el consumidor en todo caso exigir su cumplimiento» (art. 6 Directiva 99/44/CE).

La transposición italiana de la citada norma establece que: «la garantía convencional vincula a quien la ofrece según las modalidades indicadas en la misma declaración de garantía o en la publicidad respectiva. La garantía debe, a cargo de quien la ofrece, al menos señalar: *a)* la especificación de que el consumidor es titular de los derechos concedidos por el presente párrafo y que la citada garantía deja a salvo tales derechos. *b)* en modo claro y comprensible, el objeto de la garantía y los elementos esenciales necesarios para exigirla, incluidos la duración y la extensión territorial de la garantía, así como el nombre o la firma y la dirección o la sede de quien la ofrece. A petición del consumidor, la garantía debe estar disponible por escrito o sobre otro soporte duradero accesible para el consumidor. La garantía debe estar redactada en lengua italiana con caracteres no inferiores a los utilizados en otras lenguas. Una garantía que no se corresponda con los requisitos exigidos en los apartados 2, 3 y 4 continúa siendo válida y el consumidor puede seguir valiéndose de ella y exigir su aplicación (art. 133 C. Cons.).

Del examen del texto surge claramente la relevancia dada a las informaciones contenidas en la garantía, con el fin de consentir una mayor transparencia de la misma en defensa del consumidor.

La definición de garantía convencional, se contiene en el artículo 129 C. Cons., en el que se especifica que se trata de «cualquier

compromiso de un vendedor o de un productor, asumido frente al consumidor... de reembolsar el precio pagado, sustituir, reparar, o intervenir de otro modo sobre el bien de consumo, cuando éste no corresponda a las condiciones enunciadas», y se prevé que dicha garantía debe ser concedida «sin coste suplementario».

Interesa destacar que esta última expresión ha sido fuente de dificultades interpretativas, pudiendo inducir a creer que la Directiva regula sólo las garantías gratuitas para distinguirlas de los servicios post-venta. Si la norma tuviese que interpretarse en esos términos, se podría verificar que cuando un vendedor requiriese un precio simbólico para conceder la garantía, conseguiría huir de la aplicación de las reglas contenidas en la Directiva.

En efecto, la *ratio* de la Directiva es diferente, aspirando más bien a regular tanto aquellas de pago, como las gratuitas, con la consecuencia de que lo más importante es considerar el contenido del compromiso asumido para ver si se trata de una garantía contractual ¹⁶⁰.

Una solución podría ser eliminar la expresión «sin coste suplementario», pudiendo así constituir un modo de ofrecer mayores garantías al consumidor.

Como se ha puesto de manifiesto en la definición, la garantía comercial puede ser concedida tanto por el vendedor como por el productor, con lo que se consigue un campo de aplicación más amplio de tal garantía con respecto al de la garantía legal.

Además, en teoría, tal extensión afecta sólo a las obligaciones que derivan del artículo 6 de la Directiva, pero en el caso en que la haya ofrecido el productor, las normas sobre la garantía legal no deben ser respetadas por éste, puesto que estas últimas sólo deben aplicarse a las relaciones entre vendedor final y consumidor.

Por el contrario, las disposiciones sobre la garantía comercial se aplicarán al productor.

Pero, en la práctica, se debe destacar que en el caso de que el vendedor final ofrezca una garantía comercial, estará sometido a las reglas del artículo 6 de la Directiva o de la norma de adaptación, así como a las reglas de la garantía legal.

Cuando la garantía comercial la ofrezca el productor u otro intermediario de la cadena de venta, se aplicará sólo el artículo 6 ó su correlativo en el Derecho interno, pero, en cambio, no se apli-

¹⁶⁰ Esta cuestión interpretativa ha sido superada en Bélgica o en España, que en la adaptación de la Directiva ha suprimido la citada frase. Con respecto al Derecho español, puede verse el estudio de ÁLVAREZ MORENO, M.^a T. «*La garantía comercial*», en *Garantía en la venta de bienes de consumo*, coordinado por Silvia Díaz Alabart, Madrid 2006, pp. 177 ss.

carán las reglas de la garantía legal (por ejemplo, sobre plazos y remedios).

Otro aspecto que hay que valorar concierne al papel obligatorio de la publicidad, como aparece en el contenido de las disposiciones sobre la garantía comercial.

Es posible observar que ésta tiene una incidencia directa en la decisión de adquisición del comprador ¹⁶¹. Desde tal perspectiva, el legislador comunitario, dándose cuenta de que uno de los instrumentos fundamentales para las empresas en la difusión de sus productos es propiamente la publicidad, ha especificado su carácter vinculante.

La publicidad se ha convertido en un instrumento de contratación y no sólo de sugestión; el mensaje publicitario tiene también la función de informar al comprador sobre las características del bien que se va a adquirir, y por ello mismo influye en las decisiones de compra de la persona.

Tratándose de una forma de comunicaciones particularmente importante e incisiva, se requiere que suministre noticias verdaderas, que no provoquen distorsiones de la realidad, y eviten hacer incurrir en errores o engañar a los consumidores. Y ello vale tanto para las empresas como para el consumidor, aunque este último ya está protegido por la Directiva sobre publicidad engañosa.

Sobre el tema de la publicidad hay que tomar en consideración que, por primera vez se ha establecido en el artículo 2. apartado 2.º, letra d) de la Directiva, relativo a la conformidad con el contrato, el valor contractual de la publicidad y de las declaraciones públicas del vendedor.

Dicho artículo contiene toda una serie de circunstancias en las que el vendedor no resulta obligado por las declaraciones públicas, tales circunstancias no se han previsto en la norma relativa a las garantías comerciales, pero parece oportuno estimar que las mismas excepciones al carácter obligatorio de la publicidad se aplican también a la garantía comercial ¹⁶².

El concepto de publicidad es extremadamente importante en el sistema de ventas a los consumidores, puesto que estos se basan más sobre la publicidad informativa que el productor u otro sujeto

¹⁶¹ Sobre la publicidad en la venta de bienes de consumo, *vid.* M. DEL LIRIO MARTÍN GARCÍA, *Aspectos publicitarios de la ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, en RDP 2004, p. 324; ALPA, *Il diritto dei consumatori*, Laterza, 2006; GHIDINI, *Comunicazione pubblicitaria e consumatori*, Centro Internazionale Magistrati Luigi Severini, Atti del xxxvi Corso di studi, Perugia, novembre 1989, pp. 29 ss.

¹⁶² STIJNS, *Les garanties commerciales et l'action récursoire du vendeur final dans la directive sur la vente au consommateur*, en *Garantías en la venta de bienes de consumo*, Universidad de Santiago de Compostela, 2004, p. 106.

facilita, que sobre el contenido de la garantía comercial cuyo documento sólo podrá verse, en general, después de haber adquirido el bien. El mensaje publicitario, por lo tanto, representa generalmente el primer y único contacto con el vendedor y con las relativas garantías, influyendo de modo determinante, sobre la conclusión del contrato.

El carácter tan relevante de la publicidad no puede dejar de tener consecuencias en caso de contradicción entre ésta y la garantía comercial; así, cuando esta última sea menos favorable para el consumidor, prevalecerá la publicidad ¹⁶³.

Desde el punto de vista de la conclusión de la relación contractual que tiene por objeto la garantía convencional nada dice la Directiva ni la normativa de adaptación, que se limitan a especificar que «vincula a quien la ofrece».

Las partes, por lo tanto, pueden elegir la modalidad de oferta y constitución del vínculo negocial, siempre que exista transparencia en la modalidad de garantía.

«La garantía corre con la cosa» ¹⁶⁴ y por ello no depende del contrato de venta, sino que tiene una vida autónoma, pudiendo por ejemplo, exigirla quien trae causa del adquirente-consumidor.

¹⁶³ TENREIRO, *La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation*, en REDC 1996, 187, p. 216.

¹⁶⁴ ALPA, *artículo 1519 septies*, en *L'acquisto di beni di consumo*, *op. cit.*, p. 76.