

CONSECUENCIAS DE LA FALTA DE CONFORMIDAD: LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR Y LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES



Rodrigo Antonio Gómez-Rodríguez

Facultad de Derecho, Universidad Metropolitana de
Educación Ciencia y Tecnología, Panamá

rgomez@firmagyg.com

RESUMEN

En el presente trabajo de investigación se analiza las consecuencias jurídicas que derivan de la aplicación del principio de conformidad en el ámbito de las normas pro-ectoras de los consumidores y usuarios. Este principio se basa en la idea de que el vendedor se obliga a entregar al consumidor un producto conforme con el contrato, en el sentido de que reúna las cualidades y características que el consumidor puede esperar del bien en función de lo establecido en el contrato y que dicho producto o servicio se encuentre libre de todo vicio, para que se dé el cumplimiento exacto de la prestación debida.

Palabras Claves: Falta de conformidad, consumidor, reparación, sustitución, rebaja de precio y resolución.

CONSEQUENCES OF THE LACK OF CONFORMITY: THE LIABILITY OF THE SELLER AND CONSUMERS' RIGHTS

ABSTRACT

This research work analyzes the legal consequences arising from the application of the principle of conformity within the scope of the regulations protecting consumers and users. This principle is based on the idea that seller is obliged to deliver to the consumer a product consistent with the contract, in the sense that it should meet the quality and characteristics that the consumer can expect from the product according

to the contract, and that such product or service should be free of any defect, for the exact fulfillment of the due performance.

Key words: Lack of conformity, consumer, repair, replacement, price reduction, resolution.

RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR Y DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y USUARIO

Si el consumidor compra un bien que presenta una falta de conformidad, el artículo 118 del Texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios (TRLGDCU) se establece que el consumidor tiene derecho a la reparación del producto, su sustitución, la rebaja del precio o la resolución del contrato. El citado artículo 118 TRLGDCU es un precepto informador de los derechos del consumidor, cuyas características se desarrollan en los artículos 118 a 122 del TRLGDCU. Estos remedios puestos a disposición del consumidor y usuario suponen la concreción del posible contenido de la denominada garantía legal según la cual y en virtud de lo establecido en la ley el vendedor u otras personas responderán frente al comprador de los defectos de los productos vendidos.

La garantía legal se diferencia de la denominada garantía comercial adicional que, como señala el artículo 125 TRLGDCU, consiste en aquellas ventajas adicionales que ofrecen de forma facultativa el productor, vendedor o cualquier otra persona que ocupe un lugar en la cadena de distribución del producto.

Respecto a los derechos que los artículos 118 y siguientes del TRLGDCU reconocen al consumidor hay que señalar que no se reconocen en un mismo plano. Ante una falta de conformidad el consumidor deberá elegir primeramente entre la reparación o la sustitución del producto, sin poder acceder en principio a los remedios del segundo nivel que son la rebaja del precio y la resolución. A su vez, hay que tener en cuenta que la resolución del contrato no cabe cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia (art. 121 TRLGDCU). Esta disposición jerárquica de los

remedios no es producto de una decisión unilateral del legislador español, sino que se prevé en la Directiva 1999/44/CE, que persigue favorecer claramente la subsistencia del vínculo contractual. El resultado es que, como hemos señalado, el consumidor queda obligado a pasar por los remedios denominados primarios, sin que por regla general pueda instar directamente la rebaja del precio o la resolución del contrato.

Así, la Sentencia de la Audiencia Provincial (SAP) Sevilla, sección 6ª, de 5 de diciembre de 2006 (Jurisprudencia (JUR)-2007/180985), respecto a un supuesto en que se solicita la resolución de un contrato de compraventa por los defectos que presenta el producto (mueble), manifiesta que la Ley de garantía en las ventas de bienes de consumo (LGVBC) establece una ordenación jerárquica de los remedios regulados dando preferencia a la reparación y sustitución del bien, en vez de la rebaja del precio o resolución, y que el comprador debió optar entre la reparación y sustitución. A no hacerlo, quebrantó el orden jerárquico de las garantías. Por tanto, desde que se observan los defectos, el consumidor no tiene derecho a resolver el contrato, pues no puede dejarse al arbitrio de uno de los contratantes la validez y cumplimiento de los contratos, como señala el art. 1256 del Código Civil (CC).

En resumen, es el consumidor quien debe decidir qué concreto derecho ejercita en la hipótesis de falta de conformidad, y aunque de la redacción del artículo 118 TRLGDCU podría deducirse que el consumidor tiene plena libertad para elegir cualquiera de éstos derechos o remedios, de los artículos siguientes se deducen que eso no es así.

En primer lugar, porque el ejercicio de algunos de estos derechos está limitado por el propio TRLGDCU. Así sucede, por ejemplo, en el caso de la reparación y sustitución, que no procederá cuando resulten imposibles o desproporcionadas (art. 119.1 TRLGDCU); y lo mismo puede intuirse de la resolución, que no cabe cuando la falta de conformidad es de escasa importancia (art. 121 TRLGDCU).

La segunda razón es que existe una jerarquía en la utilización de los remedios legales. En efecto, el consumidor debe optar en primer lugar por la reparación y sustitución del bien, que se configuran como derechos primarios (*favor contractus*), lo que claramente protege al vendedor, aunque al mismo tiempo protege al consumidor en cuanto a que puede conseguir aquello que contrató. La reducción del precio y la resolución son, en cambio, derechos subsidiarios. Así se deduce del artículo 119.1 y, sobre todo, del artículo 121 TRLGDCU, según el cual el consumidor únicamente puede recurrir a la rebaja del precio o a la resolución cuando el consumidor no puede exigir la reparación o la sustitución o éstas han sido previamente ejercitadas sin éxito. Se trata de una opción, cuya finalidad primera es la conservación del negocio celebrado, y en definitiva, la seguridad de las transacciones. En definitiva, el consumidor debe intentar la puesta en conformidad del bien, mediante la reparación o la sustitución, que implican el mantenimiento del contrato. Sólo de manera subsidiaria puede obtener la rebaja del precio, que también supone la conservación del contrato, o en último término la resolución contractual.

EL DERECHO A LA REPARACIÓN O A LA SUSTITUCIÓN DEL BIEN

Si el producto es no conforme, el consumidor podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto (art. 119.1 TRLGDCU). La reparación y la sustitución se presentan como remedios primarios que están en el mismo plano de igualdad, puesto que el consumidor puede optar por uno u otro, sin más límites que los establecidos en los artículos 119 y 120 g) del TRLGDCU (1).

Estos dos derechos funcionan como acciones de exacto cumplimiento, y no como medidas de resarcimiento de daño en forma específica. Se trata de una pretensión de cumplimiento configurada a la medida del interés del comprador, que debe ser satisfecho, y que se materializa en reparar el bien o sustituirlo por otro sin defecto.

1. SAP Cantabria, sección 4ª de 17 de enero de 2008, JUR-2008/115557, señala que entre ambas acciones no existe relación de subsidiaridad o prevalencia de una frente a la otra.

Con estos dos remedios se persigue poner el producto en conformidad con el contrato, es decir, subsanar la falta de conformidad (art. 120 TRLGDCU). El TRLGDCU no define qué se entiende por reparación y sustitución. En cuanto a la reparación, que si está definida en la Directiva 1999/44/Comunidad Europea (CE), consiste en poner el bien de consumo en un estado que sea conforme al contrato de venta. Al vendedor a quien se solicita la reparación incumbe una obligación de hacer: debe realizar sobre el bien todas las actividades que sean necesarias para ponerlo en conformidad con el contrato. Se trata de una obligación de hacer de resultado, pues lo decisivo no es la mayor o menor diligencia que se emplee en ese hacer, sino la obtención del resultado pactado (la reparación).

Adviértase que lo que hay que reparar es el bien, y no la falta de conformidad. En otras palabras, el obligado a reparar debe llevar a cabo las actividades precisas para que el bien entregado sea conforme a lo establecido en el contrato, lo cual significa no sólo subsanar la falta de conformidad originaria, sino los demás daños que, en su caso, la misma haya provocado en el bien.

Por su parte, la sustitución significa entregar un bien que sea conforme con el contrato en lugar del que se facilitó en la primera entrega, que tenía una falta de conformidad. Es el remedio típico en las ventas de cosas genéricas, como son, por lo general, un número muy importante de las ventas al consumo. Por tanto, al vendedor obligado a sustituir el bien le incumbe una obligación de dar, que tiene por objeto un bien de consumo que tenga todas las características, cualidades y prestaciones que el bien inicialmente entregado debería haber tenido para considerarlo conforme al contrato (2).

2. SAP Sevilla, sección 5ª de 31 de marzo de 2008, JUR-2008/2217, el consumidor solicita la sustitución de un aparato de aire acondicionado que debido a su incorrecto montaje (sin anclaje alguno) cayó desde la cubierta de la vivienda. Se considera razonable por parte de la Sala la opción del consumidor por la sustitución por otro de las mismas características en vez de su reparación, dado que con la caída de altura el aparato quedó completamente descalibrado, debiendo ser desmontado pieza a pieza, no quedando nunca en las mismas condiciones de antes, y además es más barata la completa sustitución que la reparación.

Un problema que plantea la sustitución es el relativo a si cuando el bien vendido era nuevo es necesario que el bien que se entrega en sustitución también sea nuevo, o si se puede entender que el vendedor cumple satisfactoriamente su obligación de sustitución entregando un bien usado que tenga las mismas condiciones y características que reunía el bien vendido en el momento en que se manifestó la falta de conformidad.

Al respecto la SAP Madrid, sección 19ª, de 8 de febrero de 2012 (JUR- 67/ 2012), dispone que el vendedor ha de entregar en sustitución un bien nuevo, pues aunque en algunos casos esto podría suponer un enriquecimiento injustificado del consumidor, también lo es que no puede imponerse al consumidor asumir el riesgo de recibir en sustitución un bien de segunda mano, que aunque tenga las mismas características y funcionalidad, no cumpla las expectativas de conformidad del consumidor y usuario.

El tema tiene unos matices diferentes cuando la situación se plantea respecto a un bien de segunda mano, porque a pesar de mantener algunas similitudes con el régimen de la falta de conformidad de los bienes nuevos, como por ejemplo, el conjunto de derechos que ostenta el comprador, la carga de denuncia de las faltas de conformidad o el plazo de prescripción; para los bienes de segunda mano se excluye la facultad de pedir la sustitución en caso de falta de conformidad, como expresamente establece el artículo 120 g) TRLGDCU. Para García (2010) la razón de esta exclusión es sencilla y obedece a la consideración que se da a los bienes de segunda mano como cosas específicas, puesto que su uso previo los singulariza, de modo que son bienes por propia naturaleza insustituibles. No obstante, hay razones para propugnar, en ciertos casos, el mantenimiento de la facultad de sustitución porque no todos los bienes de segunda mano pueden considerarse sin más como cosas específicas, o es posible la sustitución que satisfaga el interés del comprador.

Jurisprudencialmente se insinúa la cuestión en la SAP León, sección 1ª, de 24 de enero de 2008 (JUR-2008/138712), en la que un vehículo de segunda mano sufre

una avería en el motor a causa de un ratón. La opción de la reparación no tenía mucho sustento pues el motor estaba muy afectado y, al presentarse éste como un todo integrado, era posible realizar reparaciones puntuales pero con el riesgo de descompensar el resultado final. Por ello se cambió todo el motor, no por un motor nuevo sino por un motor de intercambio en buen estado de conservación, pues se advierte que estamos ante la adquisición de un vehículo de segunda mano y que es la solución que parecía más equilibrada.

Por otra parte, hay que tener en cuenta que la elección entre la reparación o la sustitución del bien no queda a merced de la voluntad del consumidor, sino que su decisión habrá de ponderarse en función de la proporcionalidad. Si uno de estos derechos resulta imposible o desproporcionado (3), está legitimado el vendedor para rechazar la alternativa elegida. En este sentido se expresa el artículo 119.1 TRLGDCU cuando afirma que el consumidor “podrá optar entre exigir la reparación del producto o su sustitución, salvo que una de estas opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada”. En este precepto encontramos una novedad importante respecto a la derogada LGVBC, que sólo se refería a la imposibilidad, mientras que ahora el TRLGDCU añade que ha de tratarse de una imposibilidad objetiva (art. 119.1)

La referencia a que la imposibilidad sea objetiva es influencia del *Codice de Consumo* italiano, que también se refiere a ella. De este modo el TRLGDCU no vie-

3. BUSTO, ÁLVAREZ, PEÑA. , “Los mecanismos...”, ob., cit., (BIB 2008/2505). La noción de imposibilidad referida a la obligación de conformidad, esto es, la imposibilidad de entregar un bien conforme con el contrato constituye un concepto variable en función de cuál sea la medida que se considere: sustitución o reparación, y del cuál sea la naturaleza de la prestación de dar de que se trate: genérica o específica. En efecto, la imposibilidad es una figura jurídica habitualmente utilizada por el Derecho en materia de extinción de las obligaciones, y el tratamiento tradicional del problema de la imposibilidad pone de manifiesto la relatividad del concepto. Se distingue entre una imposibilidad objetiva (referida a la prestación), y una imposibilidad subjetiva (referida al sujeto), así como entre una imposibilidad absoluta (para cualquier sujeto) y relativa (sólo para aquel que no se comporta de una determinada manera). Por otro lado, la noción desproporcionada empleada por el artículo 119.2 TRLGDCU, es un requisito de naturaleza esencialmente económica. Mediante el mismo se exige que la opción seleccionada por el comprador no sea irrazonablemente gravosa para el vendedor, desde el punto de vista económico, en relación con las demás posibilidades ofrecidas al consumidor por la Ley.

ne sino a consagrar la interpretación aceptada por la doctrina en relación con la Directiva 1999/44/CE y la derogada LGVBC.

Se ha señalado, con acierto, que la exclusión de la reparación o la sustitución en los casos de imposibilidad objetiva es coherente con la propia realidad de las cosas, pues no tiene sentido solicitar algo que es de imposible ejecución. Por otra parte, y aunque la frase inicial del artículo 119.1 TRLGDCU parezca admitir lo contrario, lo cierto es que la imposibilidad puede predicarse de la reparación, de la sustitución o de ambos remedios al mismo tiempo (4).

La reparación será imposible cuando ninguna prestación de hacer pueda conseguir que la cosa sea conforme al contrato, bien porque el defecto sea irreparable, o porque siendo posible la reparación se hayan causado ya en el propio bien unos daños que no pueden repararse. En cuanto a la sustitución, la imposibilidad está relacionada con la naturaleza del bien. Así, es imposible cuando la cosa vendida es no fungible. Más dudoso es si puede considerarse imposible la sustitución cuando el bien vendido es de segunda mano, o cuando la venta recae sobre un producto específico o único como, por ejemplo, una obra de arte.

Por su parte, el artículo 119.2 TRLGDCU define la *desproporción entre la reparación y la sustitución* como la forma de saneamiento que en comparación con la otra, imponga al vendedor costes que no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la

4. SAP Pontevedra, sección 1ª de 15 de febrero de 2007, AC-2007/142331, donde se solicita la resolución del contrato de compra de un pavimento que no se ajusta a lo cabía esperar de él al existir manchas, dada su porosidad, lo que se generaba que se absorbiera la suciedad de forma rápida sin poder limpiar con procedimientos ordinarios. Procede la resolución porque la sustitución no logra poner el bien en conformidad con el contrato, habida cuenta que el producto no reunía las condiciones de calidad esperada de modo que la sustitución del producto, el resultado hubiera sido el mismo. Mucho menos una reparación porque no se garantiza que con la limpieza profunda no vuelva a mancharse. Sólo queda como único remedio o la reducción del precio pero que tampoco parece aplicable, porque con ello no se da tampoco satisfacción al comprador o bien la resolución del contrato que conlleva la devolución de la cosa y el precio.

falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario (5).

La exclusión de la reparación o la sustitución desproporcionada tiene que ver con la búsqueda del equilibrio entre los contratantes. El consumidor es quien puede elegir entre un remedio u otro, el que más le convenga, pero no podrá solicitar un remedio si resulta desproporcionado para el vendedor. Con esta medida se protege al vendedor, que no tendrá que soportar el remedio si le provoca costes muy elevados que el legislador considera inadmisibles, esto es, si su ejecución resulta irracionalmente onerosa para el vendedor. La desproporción tiene que ver con la buena fe en el ejercicio de los derechos.

Un tema interesante, que se plantea con cierta frecuencia en la práctica en algunos supuestos de sustitución de un bien no conforme, es el relativo a determinar quien debe asumir el coste de retirada y de instalación del bien de sustitución. Lo que nos lleva a preguntarnos, entre otras cosas, qué sucederá si los gastos son desproporcionadamente elevados o si puede negarse el vendedor a sustituir, alegando desproporción. (Marín López, 2013)

Al respecto nos parece muy ilustrativa la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (STJCE) de 16 de junio de 2011 (TJCE 2011, 180), que resuelve dos cuestiones prejudiciales, en los asuntos acumulados C-65/09 y C-87/09, que tienen por objeto la interpretación del artículo 3, apartados 2 y 3, párrafo tercero, de la Directiva 1999/44/CE (6).

5. Vid. SAP Madrid, sección 19ª de 17 de enero de 2007, JUR-2007/158981 en la que el consumidor solicita la resolución contractual por la falta de relleno en un reposabrazos de un sofá, la Sala considera que lo que procede es la reparación, pues atendiendo a la naturaleza del defecto es lo más razonable reparar sin mayor inconvenientes para el consumidor; SAP Cádiz, sección 2ª de 28 de noviembre de 2008, JUR-2008/59996, considera que por el tiempo transcurrido (año y medio), imponer la sustitución de dos puertas resulta desproporcionado.

6. El artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE, nos señala en su apartado 2, que en caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de

El primer supuesto de hecho, asunto C-65/09, establecía lo siguiente: El señor Wittmer y la empresa Gebr-Weber celebraron un contrato de compraventa de unas baldosas pulidas. Tras la colocación de alrededor de dos tercios de dichas baldosas en su casa, el señor Wittmer detectó en ellas unos sombreados que podían percibirse a simple vista. Ante esta falta de conformidad, el señor Wittmer interpone una demanda, y en ella se solicita la práctica de una diligencia, como medio probatorio designándose a un perito que concluyó en su informe que ante la falta de conformidad existente en las baldosas, el único remedio posible de saneamiento era la sustitución completa de las baldosas.

Por otra parte, el asunto C-87/09 se centra en que la señora Putz y la empresa Medianess Electronic celebraron, a través de internet, un contrato de compraventa de un lavavajillas nuevo. Luego de instalar el lavavajillas en el domicilio, resultó que el mismo presentaba ciertos desperfectos y que su reparación era imposible. Las partes acordaron que se procedería a la sustitución. La señora Putz exigió que la empresa retirara el aparato defectuoso que se encontraba instalado y que se procediera a la instalación del nuevo lavavajillas y que la empresa sufragara los gastos de retirada y de nueva instalación, a lo cual se negó dicha sociedad. Una vez instada la demanda al vendedor, el tribunal alemán (Amtsgericht Schorndorf), acordó suspender el curso de las actuaciones y plantear al Tribunal de Justicia una cuestión prejudicial, y al ser similar a la anterior, el TJCE decidió acumularlas y resolverlas de manera conjunta.

En ambos casos se plantearon cuestiones prejudiciales sobre el alcance del artículo 2, apartados 2 y 3, párrafo tercero de la Directiva 1999/44/CE. El TJCE concluyó que deben interpretarse en el sentido de que cuando un bien de consumo no conforme que antes de que se manifestara el defecto se hubiera instalado, para que dicho bien pueda ser puesto en conformidad mediante el remedio de la sustitución, el vendedor está obligado a retirar por sí mismo dicho bien del lugar donde fue

dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6. Y el párrafo tercero, nos indica, toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor.

instalado y deba instalar en ese mismo lugar el bien de sustitución, asumiendo también los gastos necesarios para dicha retirada. Esta obligación del vendedor existe independientemente de si, en virtud del contrato de compraventa, éste se hubiera comprometido o no a instalar el bien de consumo comprado inicialmente.

Para llegar a esta conclusión, parte el Tribunal de la importancia que tiene en la Directiva la alusión a la gratuidad de la puesta en conformidad. Fue voluntad del legislador de la Unión Europea hacer de la gratuidad de la puesta del bien por el vendedor un elemento esencial de la protección que dicha Directiva garantiza al consumidor.

Además, como ya señalamos, también surgen dudas acerca de qué sucede si estos gastos son desproporcionadamente elevados o de si puede negarse el vendedor a sustituir, alegando desproporción. En el citado caso de las baldosas la reparación era imposible, por lo que el consumidor solicitó la sustitución, pero ésta imponía unos costes muy elevados para el vendedor. Sin embargo, lo primero que hay que resolver es el tema relativo a la desproporción a que alude el artículo 3.3 de la Directiva 1999/44/CE, y que permite al vendedor negarse a ejecutar la forma de saneamiento solicitada por el consumidor, en este caso sustitución, por estimar que resulta desproporcionada.

El TJCE señala que si de los dos remedios primarios el consumidor sólo puede pedir la sustitución y en efecto pide sustitución, el vendedor no podrá negarse aunque ello le suponga unos costes desproporcionados. Por consiguiente, debemos concluir que ante la imposibilidad objetiva de reparar el bien, si el consumidor decide ejercitar la sustitución del bien conforme a lo previsto en el artículo 119.1 TRLGDCU, el vendedor no podrá alegar desproporción por el hecho de que ésta le cause unos gastos considerables.

Siendo la reparación posible, el vendedor podrá rehusar la petición de sustitución alegando la desproporción de la sustitución, y para juzgar esta desproporción

(desproporción relativa), la sentencia del TJCE da a entender que únicamente habrá que tomar en consideración el otro remedio primario (en este caso, la reparación), sin que pueda valorarse el costo de los dos remedios subsidiarios (rebaja de precio y resolución). (Marín López, 2013)

Por tanto, podemos señalar que la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (STJCE), en cierto modo, pone fin a la polémica existente en la doctrina respecto a la forma de valorar la desproporción, ya que existían criterios de interpretación opuestos entre sí. Algunos autores, como CASTILLA BAREA, consideraban que, hay que tomar en consideración únicamente la forma de saneamiento solicitada por el consumidor y el otro remedio primario, (Cámara La Puente, 2003) porque a diferencia de lo que sucede con la imposibilidad, el carácter desproporcionado de una medida no puede establecerse aisladamente, sino sólo en comparación con otra medida. Por ejemplo, si el consumidor solicita la sustitución de un producto defectuoso, éste remedio sólo se podrá comparar con el otro remedio primario, es decir, con la reparación y no con los remedios secundarios, posición que adopta el TJCE.

Mientras que otros autores, como De Cristofaro (2000) defienden que la valoración de la proporcionalidad no ha de realizarse tomando en consideración únicamente la forma de saneamiento solicitada por el consumidor y el otro remedio primario, sino que también se ha de analizar el coste que para el vendedor tiene la ejecución de los remedios secundarios (rebaja de precio y resolución).

La STJCE también aborda una segunda cuestión de sumo interés, el tema de si el vendedor puede o no, y en qué casos, limitar la cuantía que debe abonar al consumidor en concepto de costes de retirada del bien defectuoso y de instalación del bien de sustitución.

Sobre el particular debe señalarse que el Tribunal de Justicia declara que el apartado 3 del artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE debe interpretarse en el sentido de que aunque los costes de sustitución sean muy elevados, el vendedor no puede

oponerse a la sustitución, por lo que debe sustituir (art. 119.2 TRLGDCU). En otras palabras, aunque los gastos que ese remedio cause al vendedor sean, no más elevados, sino considerablemente más elevados que lo de los demás remedios, no por ello se apreciará desproporción.

Ahora bien, llegados a este punto surge otra duda, si es razonable que esos gastos considerablemente más elevados que derivan de la reparación o la sustitución se impongan al vendedor. Para valorar esta razonabilidad habrá que tomar en consideración los parámetros señalados en el artículo 119.2 TRLGDCU. En primer lugar, habrá que tener en cuenta el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad. Según este criterio, cuanto más bajo sea el valor económico del bien, más posibilidades hay de considerar irrazonable su reparación; y de manera inversa, la sustitución tiene más posibilidades de considerarse razonable cuanto mayor sea el valor del bien.

El segundo criterio del artículo 119.2 TRLGDCU es la relevancia de la falta de conformidad. Así, la reparación puede no ser razonable si la falta de conformidad es muy importante, lo que dificulta enormemente las labores de reparación; mientras que si el defecto es de escasa trascendencia, y fácil de eliminar, no es razonable que se pida la sustitución.

El tercer parámetro de referencia es el relativo a si la forma de saneamiento alternativa se puede realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor. Aquí habrá que tomar en consideración la posibilidad de que un remedio pueda ser cumplido en un plazo más breve que el otro, o dentro de unos plazos razonables, o que en general le cause algún tipo de inconveniente al consumidor.

En resumen, creemos que este juicio de proporcionalidad sólo puede llevarse a cabo caso a caso, en función de las circunstancias concretas que concurren. Además no está exento de dificultades, dado los múltiples parámetros que deben ser tomados en consideración, así como su distinto alcance, como se aprecia en los tres

parámetros de conformidad a los que nos hemos referido, pues mientras los dos primeros tienen un marcado carácter objetivo, el tercero tiene un matiz subjetivo.

LAS CONDICIONES PREVIAS PARA EL EJERCICIO DE LA OPCIÓN

Del articulado de TRLGDCU se desprende que la elección entre reparación y sustitución corresponde al consumidor. En concreto, así se aprecia cuando el artículo 119.1 dispone que el consumidor podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución, y sobre todo, cuando a continuación se refiere al momento en el que el consumidor comunique al vendedor la opción elegida.

Ahora bien, como ya hemos apuntado anteriormente, esta opción no es totalmente libre para el consumidor. Por una parte, porque no cabe la reparación o sustitución si son de imposible ejecución y, por otra parte, porque el propio TRLGDCU limita la elección en función de los perjuicios que la opción elegida pueda provocar el vendedor.

En este sentido, el artículo 119.2 TRLGDCU prevé que la elección entre reparación y sustitución queda sujeta a un criterio de proporcionalidad, expresado en términos de costes para el vendedor, lo que implica que no prosperará la forma de saneamiento solicitada por el consumidor que imponga al vendedor costes desproporcionados. Ello no quiere decir que, en última instancia, la elección de la forma de saneamiento corresponda en realidad al vendedor, la elección compete al consumidor, aunque está sujeta a dos límites: la imposibilidad objetiva y la desproporcionalidad.

Por otra parte, el hecho de que sea el consumidor quien deba elegir entre reparación o sustitución no impide que el vendedor trate de influir en la decisión de aquél. En este sentido, el vendedor podrá proponer al consumidor cualquier forma de saneamiento, y el consumidor podrá aceptar o rechazar esta propuesta. El vendedor podrá hacer una propuesta en cualquier momento, y el remedio por él ofrecido puede ser cualquiera de los cuatro contemplados en el artículo 118 TRLGDCU.

La opción elegida por el consumidor (reparación o sustitución) debe ser comunicada al vendedor, y desde el momento de la comunicación ambas partes habrán de atenerse a ella (art. 119.1 TRLGDCU). Se trata de una norma sin antecedentes en la Directiva 1999/44/CE, y cuya finalidad parece clara: asegurar que una vez que el consumidor ha elegido un remedio, no podrá modificar su elección.

La comunicación es una manifestación de voluntad del consumidor, en la que informa al vendedor sobre qué remedio (reparación o sustitución) pretende. La comunicación es, en realidad, el mecanismo por el que se produce el ejercicio extrajudicial del derecho. Por tanto, debe realizarse dentro de un plazo de prescripción establecido en el artículo 123.3 TRLGDCU. Además, será habitual que esa comunicación sirva también como mecanismo de denuncia de la falta de conformidad. En tal caso, deberá realizarse dentro del plazo máximo de dos meses desde que el consumidor tuvo conocimiento de la falta de conformidad (art. 123.4 TRLGDCU).

El TRLGDCU no requiere forma alguna para practicar la comunicación. Se podrá realizar de cualquier modo, incluso de manera oral, pero al consumidor le interesa utilizar un medio de comunicación que deje constancia de la misma, para poder después acreditar su realización. La comunicación no se entiende realizada desde el momento en que el consumidor comunica la elección al vendedor (como parece indicar al tenor literal de la norma), sino desde que el vendedor la conozca o no pueda ignorarla sin faltar a la buena fe (art. 1262 del CC).

En cuanto a los efectos de la comunicación, el artículo 119.1 TRLGDCU establece que, una vez realizada, ambas partes habrán de atenerse a ella. Esta norma significa que la elección es vinculante para las dos partes, y más concretamente para el consumidor, quien no podrá separarse de la elección ya realizada, y pretender después que el vendedor ejecute el remedio primario alternativo.

LAS PAUTAS LEGALES DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE OPCIÓN

El TRLGDCU, en su artículo 120, señala que la reparación y la sustitución se ajustarán a las reglas siguientes: a) gratuidad, b) a un plazo razonable, c) a unas reglas de cómputos de los plazos durante la reparación y sustitución, d) a unas consecuencias de la reparación y sustitución insatisfactoria y e) a unas reglas cuando se produce la imposibilidad de sustitución.

a) La primera de las reglas que establece el artículo 120 a) del TRLGDCU afirma que la reparación y la sustitución deben ser gratuitas para el consumidor. La gratuidad comprenderá los gastos necesarios para subsanar la falta de conformidad. Se trata de costes derivados de la puesta en conformidad del bien, sea cual sea su cuantía. La gratuidad es absoluta, no puede repararse un producto asumiendo el coste de dicha reparación el vendedor y el consumidor en partes iguales. Así, por ejemplo, en la SAP Barcelona, sección 2ª, de 21 de diciembre de 2007 (JUR- 2008/64537), el vendedor, al reparar el vehículo, obliga a pagar una cantidad de dinero al comprador alegando que con ella le deja el motor casi nuevo. No obstante, la Sala reitera que la opción de reparación o sustitución de un producto defectuoso, en sede garantía de conformidad, está sujeta a concepto de gratuidad para el consumidor. En el mismo sentido se expresa la SAP Zaragoza, sección 2ª, de 21 de octubre de 2008 (JUR- 2009/106404).

La gratuidad de la reparación y la sustitución no implica una indemnización económica para el consumidor. El TRLGDCU impone que la puesta en conformidad del bien no suponga coste alguno para el consumidor. Pero es posible que el consumidor tenga que soportar otros costes para poder utilizar el bien ya conforme. Por ejemplo, si obtiene la sustitución de un vehículo, el nuevo coche ha de ser matriculado, por lo que debe abonarse el impuesto de matriculación de vehículos nuevos. Estos gastos no entran en el concepto de gratuidad del artículo 120 a) TRLGDCU, porque no derivan de actividades necesarias para subsanar la falta de conformidad. Se trata de daños causados al consumidor, por lo que éste podrá exigir su indemnización

mediante la acción de daños y perjuicios, en los términos previstos en nuestro ordenamiento jurídico, puesto que el artículo 117 TRLGDCU establece que "...el consumidor y usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad."

b) En cuanto a la segunda regla relativa al "plazo razonable", el artículo 120 b) TRLGDCU obliga a que la reparación y sustitución se realice "en un plazo razonable y sin mayores inconveniente para el consumidor y usuario, habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuviera para el consumidor y usuario". No está claro qué ha de entenderse por inconvenientes. Marín López (2007) cree que la citada norma se está refiriendo a cualquier irregularidad (distinta al retraso) en la reparación o sustitución del bien.

Sin embargo, el problema es determinar el plazo máximo para reparar o sustituir, pues el precepto sólo exige que se lleve a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor. Así pues, los criterios para entender que el saneamiento no se ha producido en plazo razonable y sin mayores inconvenientes son genéricos y hasta cierto punto de carácter subjetivo. No obstante, como indica el artículo 120 b) TRLGDCU, debe atenderse dos factores: la naturaleza de los productos y la finalidad que tuviera para el consumidor.

En cuanto a la naturaleza del producto, ha de tener en cuenta que no es lo mismo reparar o sustituir un producto con cierta sofisticación tecnológica (un ordenador por ejemplo), que arreglar un bien más sencillo (como un traje). Respecto a la finalidad, hay que valorar la necesidad que para el consumidor representa el bien o producto.

Nos parece interesante hacer mención a algunas sentencias que abordan el tema del plazo razonable. Entre otras, la SAP Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, de 5 de julio de 2006 (Aranzadi Civil (AC)-2006/2257), considera que siete meses no es un plazo razonable para reparar una avería por un defecto de encendido de un vehículo, por lo que procedió a la resolución contractual; la SAP Madrid, sección 14ª,

de 8 de julio de 2008 (JUR-2008/282965), no considera un plazo razonable veintidós meses sin subsanar el problema administrativo de baja de un vehículo y el relativo a la regularización de la titularidad del vehículo a nombre del comprador.

c) En tercer lugar, el artículo 120 c) TRLGDCU se refiere al cómputo de los plazos durante la reparación y sustitución. Este precepto contiene una regla relativa a los efectos que la reparación del producto va a provocar sobre los plazos. Establece que la reparación suspende el cómputo de los plazos a que se refiere el artículo 123 del TRLGDCU. Este artículo contempla cuatro tipos de plazos: un plazo de garantía o de manifestación del defecto (2 años), un plazo de presunción de preexistencia de la falta de conformidad (seis meses), un plazo de prescripción de la acción (tres años), y un plazo de denuncia de la falta de conformidad (dos meses). Hubiera sido razonable que el legislador hubiera aclarado cuál de esos plazos se ve afectado por la suspensión.

A raíz de la situación tan ambigua que el artículo 123 TRLGDCU genera respecto a cómo se ven afectados los plazos, debemos señalar que parece lógico que con la reparación el plazo de garantía se vea afectado, en el sentido de que durante el tiempo que dure la reparación del producto defectuoso en manos del empresario, el plazo de garantía se suspende y una vez concluida la reparación y entregado el bien al consumidor la suspensión termina y el plazo continúa en la misma fecha en la que estaba antes de empezar la reparación.

La reparación del bien suspende también el plazo de preexistencia de la falta de conformidad. Si dentro de ese plazo (seis meses) el consumidor solicita reparación, el plazo se suspende, en los mismos términos (dies a quo y dies ad quem) que el plazo de garantía. Devuelto el bien reparado, el plazo continúa en el punto en que se suspendió.

La sustitución de un bien no conforme también afecta a los plazos. Pero la regulación de este supuesto presenta algunas diferencias respecto a la reparación.

Respecto la sustitución dispone el artículo 120 e) TRLGDCU que “suspende los plazos a que se refiere el artículo 123 desde el ejercicio de la opción por el consumidor y usuario hasta la entrega del nuevo producto” y que “al producto sustituto le será de aplicación, en todo caso, el artículo 123.1, párrafo segundo”. Como se observa de la transcripción de la norma, su redacción es confusa, y genera múltiples problemas de interpretación.

El artículo 120 e) TRLGDCU, parece indicar que el consumidor y usuario no disponen de un nuevo plazo de garantía de dos años para el bien sustituido, sino que sólo dispondrán del tiempo que reste hasta cumplir los dos años de garantía desde la suspensión. Sin embargo, no hay una postura unánime entre la doctrina acerca de este tema. Se han realizado esencialmente dos interpretaciones:

Conforme a una primera tesis, defendida entre otros por autores como Díaz Alabart (2006) y Vergez (2004) una vez realizada la sustitución el bien el consumidor tiene un nuevo plazo de garantía de dos años, y durante los seis primeros meses desde la sustitución el consumidor se beneficia de la presunción de preexistencia de la falta de conformidad.

Según una segunda tesis, que es defendida por la mayoría de la doctrina, se suspende el plazo de garantía de dos años desde que el consumidor comunica al vendedor que solicita la sustitución hasta la entrega de un bien en sustitución. De modo que levantada la suspensión, el plazo de garantía continúa. Es decir, que se considera que no se trata en realidad de otra adquisición distinta, por lo que para ese producto sustituto no comienza un nuevo plazo de garantía.

La sustitución del bien no interrumpe el plazo de garantía de dos años, sino que lo suspende. De modo que, entregado el bien en sustitución, el plazo de garantía continúa corriendo por donde iba, sin que se inicie un nuevo plazo de dos años. Marín López (2013) alega como argumento decisivo a favor de esta postura que de acuerdo

al tenor literal de la norma hay que tener en cuenta que utiliza el término suspensión, igual que el artículo 120 c) TRLGDCU en sede de reparación.

A diferencia de la reparación, la sustitución no tiene ninguna garantía propia. Por ello compartimos el criterio que actualmente goza de mayor aceptación en la doctrina, en cuanto a que el bien sustituido no tiene un nuevo plazo de garantía de dos años ni ningún otro plazo de garantía específico por tratarse de un bien que ha sido reemplazado por otro bien de la misma calidad. Al bien sustituido le quedarán los meses de garantía que procedan del plazo inicial de dos años puesto que si el legislador hubiera querido conceder un plazo de garantía propio, lo habría hecho, como así ha sucedido con la reparación. (Marín López, 2013)

La remisión al artículo 123.1 TRLGDCU significa que si el bien sustituido presenta una falta de conformidad, se presumirá que es originaria (que preexiste a la entrega) si se manifiesta dentro de los seis meses siguientes a la entrega del nuevo objeto, con independencia del tiempo que haya transcurrido desde la entrega del primer bien que se adquirió.

d) La cuarta regla se refiere a las consecuencias de la reparación y sustitución insatisfactoria. Se encuentra recogida en los apartados d) y f) del artículo 120 TRLGDCU, donde se establece que si la reparación y sustitución realizada por el vendedor no logra subsanar la falta de conformidad, el consumidor o usuario tendrá derecho a exigir uno de los restantes remedios. Esta regla se aplicó en la SAP Madrid, sección 13ª, de 10 de julio de 2007 (AC-2007/1772), respecto a un supuesto en que tras los defectos presentados por un aparato de aire acondicionado y tras haber solicitado su reparación, se admite la resolución contractual por no haberse reparado el aparato de aire satisfactoriamente.

En cuanto a la falta de conformidad que presenta el bien reparado, es irrelevante si se trata de la misma que dio lugar a la primera reparación o si se trata de otra distinta. Puede tratarse de un falta de conformidad preexistente a la primera entrega

del bien, pero que se manifiesta tras la reparación, o puede tener su origen en la propia reparación, bien porque al reparar se toca otra pieza del bien, que deviene así no conforme, bien porque la ejecución en qué consiste la reparación se realiza de manera incorrecta. Lo decisivo, por tanto, es que el bien reparado sea no conforme.

e) La quinta y última de las reglas de la reparación y sustitución que contempla el artículo 120 TRLGDCU apartado g) se refiere a la imposibilidad de sustitución. La sustitución es uno de los derechos que el consumidor y usuario no podrá exigir si la falta de conformidad la sufre un producto no fungible o un producto de segunda mano. Por lo tanto, ante este tipo de bienes, el consumidor sólo podrá exigir la reparación, la rebaja de precio o la resolución contractual. (SAP Madrid, sección 14ª de 28 de noviembre de 2006, AC-2007/712.)

En cuanto a las cosas no fungibles, si el consumidor adquiere, por ejemplo, un mueble de diseño exclusivo que adolece de algún defecto, quizás no le importe que sea sustituido por otro mueble que cumpla la misma finalidad pero de distinto diseño. No obstante, como señala Torrelles Torrea (2007), hay que reconocer que en estos supuestos hay elevadas dosis de subjetivismo por parte del consumidor y usuario para su admisión e implica realizar una interpretación muy amplia del concepto de sustitución.

Respecto a los bienes de segunda mano se plantean algunas dudas. La normativa del TRLGDCU parece que parte de la idea de que el bien de segunda mano es siempre un bien específico, al entender que el desgaste o el uso que ya se ha hecho del bien lo dota de características únicas como, por ejemplo, a un coche que tiene cinco años de uso, el kilometraje que posee lo hace único. En tal caso, parece claro que no procede la sustitución. Pero no siempre sucede así. El hecho de que una cosa haya sido usada incide en su especificidad, reduciendo su género, pero no la convierte necesariamente en un objeto único. (García Granero, 2005) En ocasiones, por tanto, será posible su sustitución por otra cosa de las mismas características y cualidades que la entregada inicialmente (SAP Madrid, 2008)

EL DERECHO DE LA REBAJA DEL PRECIO O A LA RESOLUCIÓN

Las dos últimas formas de puesta en conformidad a que se refiere el artículo 121 TRLGDCU son el derecho a la rebaja del precio o a la resolución y no podrán ser elegidas directamente por el consumidor, sino que se establecen como medidas subsidiaria, a expensas de que la reparación y o la sustitución no fueran posibles o no hubieran resultado eficaces (7).

La elección entre la rebaja del precio con subsistencia de la venta o la resolución del contrato queda en principio en manos del consumidor. No se da en estos casos la prelación que existe entre la reparación y la sustitución, salvo si la falta de conformidad es de escasa importancia, porque en este caso el consumidor no podrá optar por la resolución del contrato. Lo que resulta acorde con el régimen resolutorio del artículo 1124 CC, que requiere que el incumplimiento sea de cierta gravedad, sobre la base del principio de conservación del negocio (8). [SAP Santa Cruz de Tenerife, sección 3ª, de 15 de marzo de 2012 (JUR-2012/23456)].

Con la rebaja del precio se trata de compensar al consumidor por el exceso que pagó por la cosa, si se tiene en cuenta la falta de conformidad y en proporción a la disminución del uso de la cosa. El contrato se mantiene, pero resulta modificado en uno de sus elementos esenciales. La rebaja del precio será proporcional a la diferencia de valor existente entre el valor que hubiera alcanzado el bien en el momento de la entrega si hubiera sido conforme con el contrato, y el valor real del bien en ese mismo momento computando la minoración que supone la falta de conformidad. Obsérvese

7. Ver SAP Zaragoza, sección 4ª de 14 febrero de 2007, JUR-2007/254577; SAP A Coruña, sección 5ª de 25 enero de 2007, JUR-2007/291096. Esto es lo que se deduce de los artículos 120 (d) y (f) del TRLGDCU que subordinan el ejercicio de las acciones de reducción de precio y de resolución a la existencia de alguno de los siguientes motivos: no poderse exigir la reparación, ni la sustitución; no haberse llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable y no haberse realizado sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario.

8. CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E. y MARTINEZ ESPIN, P., "La transposición...", ob., cit., p. 130

que el TRLGDCU fija como módulo de referencia objetivo el valor que el bien hubiera tendido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato.

Con la rebaja del precio o también denominada acción estimatoria o *quantum minoris*, se permite obtener un reajuste en la equivalencia de las prestaciones del contrato. Procede, según el artículo 121 TRLGDCU, cuando el consumidor no puede exigir la reparación o sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor. Así, en la SAP Madrid, sección 25ª, de 3 de abril de 2008 (JUR-2088/150761), al adquiriente de un armario y una cama se le concede la rebaja del precio por falta de conformidad dado que no procedió a la reparación en un plazo razonable, pues se tardó en hacer el arreglo casi cinco meses.

En los supuestos de rebaja del precio el consumidor mantiene la propiedad del bien no conforme, pero obtiene una compensación económica por ello. En todo caso, no puede optar por una rebaja del precio y pretender el reintegro total o al menos en gran parte del precio pagado, puesto que esto equivale a la resolución del contrato (SAP Barcelona, 2008)

En ciertas ocasiones resulta difícil determinar cuál ha de ser la rebaja de precio. Especialmente en los supuestos en que la falta de conformidad se deba a que el objeto no sirva para los usos especiales manifestados por el comprador y admitidos por el vendedor artículo 116 c) TRLGDCU.

Señala Torrelles Torrea (2007) que es posible que en estos casos el mercado no asigne a la cosa un menor valor, pues se trata de percepciones subjetivas. En estos supuestos lo más idóneo sería solicitar otro remedio para subsanar la falta de conformidad. El vendedor no puede pretender utilizar como argumento y remedio la rebaja de precio, para poner el bien en conformidad con el contrato, cuando el bien no cumple con el uso especial requerido por el consumidor (Ortiz Vallejo, 2002)

La rebaja del precio no suele satisfacer a los vendedores, en la medida en que supone una reconsideración continua de operaciones de venta ya realizadas y una pérdida parcial de ingresos. Tampoco parece adecuada para los intereses del comercio. Por ello, el legislador que también ha tenido en consideración los intereses de los profesionales, ha configurado la reducción del precio como remedio subsidiario. Para el consumidor, en principio, la reducción del precio tampoco suele resultar muy conveniente. El comprador persigue el correcto cumplimiento del contrato (reparación y /o sustitución), porque de este modo se satisfacen las legítimas expectativas que depositó en el contrato.

Sin embargo, el mecanismo de resarcimiento de rebaja de precio jugaría un importante papel si el mismo tuviese un rol principal, es decir, si estuviera dentro de los mecanismos primarios como la reparación y la sustitución, porque quizá al consumidor medio le podría interesar en algunos casos una rebaja de precio sin necesidad de tener que soportar las molestias que le genere la previa reparación o la sustitución (Díaz Alabart, 2005)

En ese sentido, hubiera sido beneficioso para el consumidor que la acción estimatoria se reconociera como acción principal porque, como hemos señalado, se tendrían en cuenta sus intereses en aquellos supuestos en los que al consumidor le conviniese quedarse con el objeto a pesar de la falta de conformidad, antes de padecer los inconvenientes que le puedan causar recurrir a los remedios principales. Además, de este modo también se respetaría el principio de conservación del negocio tan presente en esta materia. (Díaz Alabart, 2003)

El principal problema de la opción de reducción de precio o acción *quantum minoris* es el determinar el modo de cálculo de la rebaja del precio. El artículo 122 TLGDCU dispone que la rebaja del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el producto hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el momento de dicha entrega. En cuanto al cálculo en sí, el artículo 1.486 CC

se remite al juicio de expertos o peritos en la materia objeto de la venta. La finalidad de la presencia de los peritos es, obviamente, garantizar la objetividad de la valoración (Busto, Alvarez, Peña, 2008)

En este sentido, resulta interesante la SAP Murcia, sección 4ª, de 7 de julio de 2009 (164/2009), que revoca la Sentencia del Juzgado de sección 1ª, de 8 de noviembre de 2008 (234/2009), de la primera instancia de Cartagena que condenaba al demandado (vendedor) al pago íntegro de la factura abonada por el demandante (comprador) por la adquisición de una cabina hidromasaje que presentaba oxidación en una de sus partes. Sin embargo, esta falta de conformidad no afectaba el funcionamiento idóneo del bien y el consumidor seguía utilizándolo en su negocio. Al respecto, la Sala consideró que la opción tomada por el Juzgado de la Primera Instancia no tenía cabida de acuerdo con el artículo 121 del TRLGDCU, puesto que obligar al vendedor a devolver el abono íntegro efectuado por el consumidor implicaría, a su vez, la devolución por parte del demandante del objeto (cabina hidromasaje), lo que llevaría a que se entendería resuelto en contrato, obviando por completo el otro remedio u opción que establece el TRLGDCU (9).

En cuanto a la posibilidad de recurrir a la resolución, hay que señalar que es el último de los remedios que se atribuye al consumidor (art. 118 TRLGDCU) y el más radical, en la medida en que supone la extinción del contrato y, en consecuencia, de las relaciones jurídicas que de él derivan. Su regulación en el TRLGDCU es casi nula. Su articulado se limita a señalar que éste es uno de los cuatro derechos de que dispone el consumidor, que puede exigirse en los casos de reparación o sustitución infructuosa [art. 120 d) y f) TRLGDCU], y que junto a la rebaja del precio es un remedio subsidiario (art. 121 TRLGDCU) al que no se puede recurrir cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia (art. 121 TRLGDCU).

9. Véase también la SAP Santa Cruz de Tenerife, sección 3ª de 15 de marzo de 2012-JUR 2012/194617, mediante el cual la AP estima la rebaja en el precio en la compraventa de un vehículo de segunda mano, por minusvaloración sufrida por el vehículo como consecuencia de la alteración del sistema que determina el kilometraje.

Es necesario determinar cuándo una falta de conformidad es de escasa importancia (10). En principio, la importancia de la falta de conformidad ha de medirse por criterios objetivos o de mercado y será el mercado el que determine si la desviación es o no significativa. En este sentido, pueden considerarse defectos de escasa importancia aquellos que simplemente comprometen el más perfecto acabado, o que hacen referencia a la presentación del producto o al embalaje, etc. Pero también deben tenerse en cuenta criterios subjetivos, es decir, la repercusión que puede haber tenido el defecto en la consecución del propósito perseguido por el consumidor al realizar la compra. La valoración de la importancia de la falta de conformidad queda, en principio, a criterio de las partes; pero a falta de acuerdo entre ellas, será el Juez quien deberá determinar si el defecto es o no de escasa importancia.

Jurisprudencialmente se ha considerado de escasa importancia, por ejemplo, la instalación de un fusible de potencia inferior a la necesaria en el sistema eléctrico de una motocicleta que presentaba deficiencia al arrancarla, [SAP Granada, sección 4ª, de 3 de octubre de 2007 (AC-2007/2021)]. Sin embargo, en algunas ocasiones, a pesar de la escasa importancia del defecto al afectar sólo a un producto de entre un conjunto, se debe tener en cuenta el conjunto y éste podría conllevar a la resolución. Es el caso de la SAP A Coruña, sección 3ª, de 25 de marzo de 2008 (JUR-2008/172437), en el que se adquiere un dormitorio completo y el problema sólo se da en los largueros de la cama. Aunque no se niega la conformidad y utilidad de los restantes elementos, al formar aparentemente un conjunto armónico, la disconformidad con la cama conlleva que deba resolverse la totalidad del contrato, afectando a todo el mobiliario instalado. No procederá la rebaja del precio, porque el valor de la cama sin larguero es nulo.

10. Véase la SP de Pontevedra, sección 4ª, de 15 de mayo de 2011, JUR-2011/262487, en la que se desestima una demanda por falta de conformidad pretendiendo obtener una rebaja de precio abonado por la compra de una cabina de ducha de dos plazas dotado con radio con sintonizador de las frecuencias AM y FM existiendo una anomalía para la captación de la frecuencia AM, por entender que el defecto no era grave. Ahora bien, no cabe duda alguna que la rebaja de precio nos hace depender de la gravedad de la falta de conformidad que solo debe ser valorada para estimar o no una pretensión estimatoria, sino de la existencia de una diferencia entre el valor que el producto hubiera tenido de ser conforme en el momento de la entrega y el que tuviera en realidad el que fue entregado.

En el ordenamiento español la resolución se rige por las reglas que regulan la resolución por incumplimiento de una de las partes, en las obligaciones recíprocas a instancia de la contraparte (artículo 1124 del CC). Ahora bien, aunque las reglas generales sobre resolución recogidas en el artículo 1124 del CC son aplicables a la resolución dispuesta en el artículo 121 del TRLGDCU, la diferencia fundamental entre ambas se encuentra en los presupuestos para el ejercicio de una y otra (Busto, Alvarez, Peña, 2008)

La acción regulada en el artículo 1124 del CC no es subsidiaria de la de cumplimiento, sino que el acreedor puede optar por ejercitar cualquiera de ellas; mientras que la contenida en el artículo 121 del TRLGDCU es subsidiaria de la de sustitución y reparación. La jurisprudencia española relativa a la acción del artículo 1124 CC exige que el incumplimiento sea *grave*, mientras que el artículo 121 del TRLGDCU requiere que la falta de conformidad *no sea de escasa importancia* (SAP Granada y SAP Saragoza, 2007)

Otro aspecto interesante de la resolución es que provoca dos tipos de efectos: unos efectos liberatorios, en cuanto las partes quedan libradas de sus obligaciones contractuales futuras (11); y unos efectos restitutorios puesto que las partes quedan obligadas a restituirse recíprocamente las prestaciones ya ejecutadas (12). Plantea dudas el tema de si el vendedor que tiene que devolver el precio tras la resolución contractual puede retener determinadas cantidades por el uso que el consumidor ha hecho del bien. El artículo 21.1. II TRLGDCU establece que la devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de falta de conformidad del producto con el contrato, en los términos previstos en el Título IV del Libro II del TRLGDCU (13).

11. Vid., SAP A Coruña, sección 3ª de 25 de marzo de 2008, JUR-2008/172437

12. VÉASE SAP Barcelona, sección 4ª de 13 de septiembre de 2012, JUR-2012/473, mediante el cual se declara la rescisión del contrato y se ordena la restitución del bien y la devolución del precio.

13. Véase SAP Castellón, sección 3ª de 26 de febrero de 2008, JUR-2008/891, que dispone que si prospera la resolución contractual, supone la devolución del producto y el precio pagado por él.

INCOMPATIBILIDAD DE ACCIONES

El artículo 117 del TRLGDCU establece que el ejercicio de las acciones que se contemplan en esta norma, será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa. Por tanto, las relaciones entre consumidores y usuarios y empresarios, en sede de garantía de conformidad, se regirán por el TRLGDCU y no les serán aplicables las normas de carácter general sobre saneamiento por vicios ocultos de la compraventa tipificadas en el Código Civil. Pero hay que advertir que el segundo apartado del artículo 117 TRLGDCU establece que el consumidor y usuario si tendrá derecho, “de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad.”

Por tanto, parece que lo que queda desplazado en virtud de los artículos 114 y siguientes del TRLGDCU es el régimen de saneamiento por vicios ocultos del Código Civil y esta es la interpretación que goza de mayor respaldo por la doctrina (14).

Sin embargo, otros autores como BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO interpretan la incompatibilidad a que se refiere el artículo 117 del TRLGDCU como la imposibilidad del ejercicio simultáneo de ambos remedios, lo que supone que el consumidor puede optar por acudir al saneamiento o a la falta de conformidad. Según el citado autor dentro de los dos primeros años siguientes a la entrega del bien al consumidor, éste podrá invocar el régimen de la falta de conformidad que establece el TRLGDCU y transcurrido ese plazo, si en la cosa no se manifestó ninguna falta de conformidad, pero después se descubre un defecto, el comprador podrá acudir al saneamiento.

No compartimos ésta última interpretación, porque creemos que el TRLGDCU no contempla un derecho de opción a favor del consumidor y usuario, para invocar el conjunto de derechos que en ella se consagran. Esto es así, puesto que el TRLGDCU,

14. Cf: Autores como FENOY PICON y MARÍN LÓPEZ respaldan este criterio.; SAP Barcelona, sección 16ª de 22 de febrero de 2008, JUR-2008/660 y SAP A Coruña, sección 4ª de 5 de mayo de 2008, JUR-2008/295357

es la norma especial reguladora de los derechos básicos de protección al consumidor que el legislador ha desarrollado para garantizarle sus derechos en las relaciones jurídicas con un empresario. Por tanto, no parece lógico que el consumidor tenga la posibilidad de invocar uno de los dos regímenes, el del TRLGDCU y el del Código Civil, en aquellos aspectos en que ya existe uno especial que contempla específicamente la protección al consumidor, como lo es en este caso el del TRLGDCU. El Código Civil contempla un régimen especial para los *vicios ocultos* (arts. 1484 y ss. CC) y ante la existencia de un vicio oculto el comprador podrá optar entre la acción redhibitoria o acción estimatoria o *quantum minoris* (art. 1486 CC). Si el vendedor actuó de mala fe porque conocía los defectos y los ocultó, el comprador podrá además exigir una indemnización de daños y perjuicios si opta por la acción redhibitoria.

COMPATIBILIDAD CON LAS ACCIONES GENERALES DE INCUMPLIMIENTO

Según la regulación del Código Civil, ante el incumplimiento de un contratante, la parte cumplidora pueda solicitar el cumplimiento o la resolución (art. 1124 del CC) y además, si procede, la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento (art. 1101 CC).

Surge la duda de si en la venta de bienes de consumo el consumidor puede, en lugar de ejercitar los derechos contemplados en el artículo 118 TRLGDCU, pedir el cumplimiento o la resolución del contrato con fundamento en el artículo 1124 CC. Se trata de una cuestión que el TRLGDCU no aborda y, ante este silencio del TRLGDCU, podría entenderse que el consumidor puede optar entre un régimen u otro, en función de cuál le resulte más interesante. Sin embargo, nos parece más acertado entender que el consumidor no puede ejercitar las acciones generales de incumplimiento y que deberá acudir a los cuatro remedios contemplados en el artículo 118 TRLGDCU. Creemos que ésta es la interpretación más adecuada, porque si la venta de bienes de consumo está sometida al régimen de los artículos 114 y siguiente TRLGDCU, se entiende excluido el recurso a las acciones generales de cumplimiento. Esta inter-

pretación tiene su fundamento en el hecho de que si se entiende como una opción que tiene el consumidor, no tiene mucho sentido la existencia del régimen especial, que otorga mayores beneficios al consumidor.

COMPATIBILIDAD CON LAS ACCIONES DERIVADAS DE VICIOS DEL CONSENTIMIENTO

Cuando existe una falta de conformidad surge la duda de si el consumidor dispone también de las acciones derivadas de los vicios del consentimiento; en particular, si puede pretender la anulación del contrato por error o dolo. El TRLGDCU no se pronuncia sobre este aspecto, por lo que podría deducirse que al no existir una norma que expresamente declare la incompatibilidad, el consumidor puede, a su elección, ejercitar los remedios del artículo 118 TRLGDCU o la acción de anulabilidad por error. En resumen, parece que existe compatibilidad entre la acción de anulabilidad por error o dolo y las acciones derivadas de la falta de conformidad del bien, aunque debemos señalar que en la mayoría de las ocasiones esta última opción le resultará más ventajosa al consumidor y usuario.

INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

El segundo apartado del artículo 117 TRLGDCU reconoce la posibilidad de que el consumidor y usuario sea resarcido por los daños y perjuicios que se deriven de la falta de conformidad, y establece que “tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad”, lo que supone que el consumidor podría ejercer la acción indemnizatoria del artículo 1101 CC. La mayoría de la doctrina, como señala Fuenteseca (2007) opina que es perfectamente compatible la reclamación de daños y perjuicios que se establece en el TRLGDCU con las que se contemplan en el Código Civil. Además, como también ha destacado la jurisprudencia, del propio TRLGDCU parece deducirse con claridad que la reparación de daños y perjuicios se puede acumular a los remedios derivados de la falta de conformidad (SAP Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, de 5

de julio de 2006, AC-2006/2257). El problema es que el artículo 117-2 del TRLGDCU no dice a qué daños y perjuicios se refieren los derivados de la falta de conformidad, ni soluciona a qué régimen de resarcimiento hay que acudir de los diversos existentes en la legislación civil y mercantil.

La jurisprudencia se ha pronunciado en muchas ocasiones a favor del resarcimiento de daños contractuales. Así, por ejemplo, se han indemnizado los importes de diagnósticos y reparación del vehículo (SAP Barcelona, sección 1ª, de 18 de diciembre de 2007, AC-2008/334), la falta de disponibilidad de un servicio telefónico, dado que se probó que la línea no funcionaba correctamente (SAP Alicante, sección 7ª de 4 de marzo de 2002, AC-2002/825); o los gastos de llamadas y la carta certificada enviada al vendedor (SAP Ourense, sección 1ª de 22 de septiembre de 2008, JUR-2009/81438).

También es doctrina jurisprudencial asentada que los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad no se presumen, sino que hay que probarlos, pues el incumplimiento de una obligación no implica necesariamente que se hayan producido daños, sino que deben acreditarse. En la SAP Castellón, sección 3ª, de 31 de enero de 2007 (JUR-2007/265908), se desestimó la demanda porque el demandante (consumidor) se limitó sólo a alegar que había sufrido daños como consecuencia de una falta de conformidad de un teléfono móvil nuevo que debió ser reparado, y que durante el tiempo que éste estuvo en el taller, no pudo trabajar y dejó de generar ingresos. La Sala consideró que el consumidor no había aportado las pruebas pertinentes que permitan cuantificar los perjuicios por lucro cesante.

También surgen dudas acerca del tema de la posible indemnización de los daños morales. Es decir, si éstos son aplicables a la aflicción producida por los inconvenientes que surgen, por ejemplo, del defectuoso funcionamiento de un vehículo adquirido por el consumidor. Un caso concreto lo encontramos en la SAP Murcia, sección 4ª, de abril de 2013 (AC-2013/1018), que estima parcialmente la demanda, y condena a la empresa Kia Motors Ibérica S.L., a sustituir un vehículo por otro nuevo, de la mis-

ma marca y modelo, por presentar deficiencias en el correcto funcionamiento básico de todo vehículo a motor que no han sido reparadas exitosamente durante el periodo de garantía; una cuantía indemnizatoria por daños morales y desestima la existencia de daños materiales.

Debemos señalar que la jurisprudencia unifica un criterio y entiende que los daños morales no pueden derivarse de situaciones de mera molestia o preocupación que suelen originarse como consecuencia de una situación de este tipo. No obstante, pueden darse hipótesis sujetas a indemnización cuando se produce una aflicción o perturbación de cierta entidad, por ejemplo, la indemnización por daños morales producto de la falta de conformidad con el contrato que se resuelve en la SAP Zaragoza, sección 2ª, de 21 de octubre de 2008 (JUR-2009/106404), que estima la demanda e indemniza en concepto de daños morales al consumidor por las molestias e inconvenientes que le ha producido la gestión y las actuaciones para recuperar el dinero de la reparación de un producto defectuoso (fotocopias, llamadas telefónicas, desplazamientos, preparación de escritos, etc.).

Sin embargo, debemos tener presente que no todos los supuestos de aflicción producida por los inconvenientes causados por la falta de conformidad serán indemnizados. Así, por ejemplo la SAP León, sección 2ª, de 9 de julio de 2007 (JUR-2007/308015), desestima la demanda del consumidor y usuario que pretendía reclamar indemnización por el daño moral sufrido debido a los defectos de una moto ya reparada. Al respecto, la Sala consideró que no se justificaba la existencia de dichos daños morales puesto que la incomodidad, molestia, y la preocupación que pudo sufrir el demandante no son susceptibles de encajar en el concepto de daño moral.

En resumen, podemos concluir que el consumidor podrá pedir indemnización de daños y perjuicios junto a la acción de reparación, sustitución y resolución. Es indudable que estas acciones son compatibles con la acción de indemnización por daños y perjuicios. También podrá reclamar daños si ejercita la acción de rebaja del precio, a pesar de que el artículo 1486 CC parece vedarle esa opción. Si el

consumidor pide rebaja del precio (arts. 118 y 121 TRLGDCU) no puede exigir indemnización de daños por la reducción del valor del cumplimiento, pero sí podrá reclamar cualesquiera otros daños que haya sufrido.

ABREVIATURAS

AC	Aranzadi Civil
CE	Comunidad Europea
CC	Código Civil
CCom	Código de Comercio
JUR	Jurisprudencia
LGDCU	Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios
GVBC	Ley de garantía en las ventas de bienes de consumo
RD	Real Decreto
SAP	Sentencia de la Audiencia Provincial
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
STJCE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea
TRLGDCU	Texto refundido de la ley general para la defensa de los consumidores y usuarios

BIBLIOGRAFÍA

Libros

CARRASCO PERERA, A; CORDERO LOBATO, E. y MARTINEZ ESPIN, P., *Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo. Estudio sobre consumo*. Editorial Tecno, Año XV, núm. 52, 2000.

DE CRISTOFARO, G., *Diffeto di conformatà 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.

DÍAZ ALABART, S., *Los plazos en la Ley de garantía en la venta de bienes de consumo*. Edisofer, Madrid, 2006.

-*Garantía en la venta de bienes de consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)*, Edisofer, Madrid, 2006.

FUENTESECA, C., "La venta de bienes de consumo y su incidencia sobre la legislación española". (Ley 23/2003, de 10 de julio), *La Ley*, núm. 154, Madrid, 2007, disponible en <http://www.laleydigital.es>

GARCIA VICENTE, J.R., "La compraventa de bienes de consumo de segunda mano" *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-mercantil*, número 3/2010 (BIB 2010/828), base de datos Westlaw.es

MARÍN LÓPEZ, M.J., "Comentario del art. 120 TRLGDCU," *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Coordinador RODRIGO BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Aranzadi Thompson Reuter, 2007.

-*"Sustitución de un bien no conforme: ¿quién asume el coste de retirada del bien y de instalación del bien de sustitución"* *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2013, p. 87-98, (BIB 2013/3416), Base de datos Westlaw.es

MARCO MOLINA, J., "La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo," *RCDI*, nov-dic, núm. 674, 2002.

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M.D., "Los plazos en la compraventa de consumo. Estudio comparativo de la cuestión en el derecho español y portugués", *RDP*, 2005, enero-febrero

ORTÍ VALLEJOS, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de la falta de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002.

TORRELLES TORREA, E., "Garantías y servicios posventa." *Comentarios de las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*. Director CÁMARA LAPUENTE, S., Colex, 2011.

VERGÉS, M., "La protección del consumidor en la ley de garantías en la venta de bienes de consumo." *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 14/2004. (BIB 2004/1543). Base de datos de Westlaw.es

Legislación Europea

Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo

Decreto Legislativo

Real Decreto Legislativo 1/2007 de 16 de noviembre, que aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios.

SENTENCIAS

DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA COMUNIDAD EUROPEA
STJCE de 16 de junio de 2011 (TJCE 2011, 180),

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Alicante, sección 7ª de 4 de marzo de 2002, JUR-2002/825
SAP Santa Cruz de Tenerife, sección 4ª, de 5 de julio de 2006, JUR-2006/2257
SAP Madrid, sección 14ª de 28 de noviembre de 2006, JUR-2007/712
SAP Sevilla, sección 6ª, de 5 de diciembre de 2006, JUR-2007/180985
SAP Madrid, sección 19ª de 17 de enero de 2007, JUR-2007/3987
SAP A Coruña, sección 5ª de 25 enero de 2007, JUR-2007/291096.
SAP Castellón, sección 3ª, de 31 de enero de 2007, JUR-2007/265908
SAP Zaragoza, sección 4ª de 14 febrero de 2007, JUR-2007/254577
SAP Pontevedra, sección 1ª de 15 de febrero de 2007, JUR-2007/142331
SAP León, sección 2ª, de 9 de julio de 2007, JUR-2007/308015
SAP Madrid, sección 13ª, de 10 de julio de 2007 (AC-2007/1772)
SAP Granada, sección 4ª, de 3 de octubre de 2007, JUR-2007/2021
SAP Barcelona, sección 1ª, de 18 de diciembre de 2007, JUR-2008/334
SAP Barcelona, sección 2ª, de 21 de diciembre de 2007, JUR- 2008/64537
SAP Cantabria, sección 4ª de 17 de enero de 2008, JUR-2008/115557
SAP León, sección 1ª, de 24 de enero de 2008, JUR-2008/138712
SAP Castellón, sección 3ª de 26 de febrero de 2008, JUR-2008/891
SAP A Coruña, sección 3ª, de 25 de marzo de 2008, JUR-2008/172437
SAP Sevilla, sección 5ª de 31 de marzo de 2008, JUR-2008/2217
SAP Madrid, sección 25ª, de 3 de abril de 2008 (JUR-2088/150761

SAP Madrid, sección 14ª, de 8 de julio de 2008, JUR-2008/282965
SAP Ourense, sección 1ª de 22 de septiembre de 2008, JUR-2009/81438
SAP Zaragoza, sección 2ª, de 21 de octubre de 2008, JUR-2009/106404
SAP Cádiz, sección 2ª de 28 de noviembre de 2008, JUR-2008/59996
SAP Murcia, sección 4ª, de 7 de julio de 2009, JUR-2009-98334
SAP de Pontevedra, sección 4ª, de 15 de mayo de 2011, JUR-2011/262487
SAP Madrid, sección 19ª, de 8 de febrero de 2012, JUR- 67/2012
SAP Santa Cruz de Tenerife, sección 3ª de 15 de marzo de 2012, JUR 2012/
194617
SAP Barcelona, sección 4ª de 13 de septiembre de 2012, JUR-2012/473
SAP Murcia, sección 4ª, de abril de 2013, JUR-2013/1018

Fecha de recepción: 15/12/2015

Fecha de revisión: 01/02/2016

Fecha de aceptación: 11/03/2016