

**LA DETERMINACIÓN DE LA «FALTA DE CONFORMIDAD»
DEL BIEN CON EL CONTRATO
A TENOR DEL ART. 2 DE LA DIRECTIVA 1999/44/C.E.,
DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, DE 25 DE MAYO,
SOBRE DETERMINADOS ASPECTOS
DE LA VENTA Y LAS GARANTÍAS DE LOS BIENES DE CONSUMO***

Por la Dra. MARGARITA CASTILLA BAREA
Doctora en Derecho
Profesora Titular E.U. de Derecho Civil
Universidad de Cádiz

Resumen

Este trabajo de investigación pretende analizar pormenorizadamente el supuesto de hecho de la llamada «falta de conformidad» del bien con el contrato, contenida en el artículo 2 de la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

Abstract

This research paper aims to analyse the presumed act of the so-called «lack of conformity» in goods with contracts, included in Article 2 of Directive 1999/44/EC by the European Parliament and the Council, concerning specific aspects of sales and the warranties in consumer goods.

* Este artículo se inscribe en el marco del Proyecto de investigación n.º IPR00 B002 denominado *Derecho Extremeño del Consumo*, dirigido por el Catedrático de Derecho Civil Dr. D. Luis Felipe Ragel Sánchez, concedido por la Consejería de Educación y Juventud de la Junta de Extremadura y el Fondo Social Europeo, dentro del marco de los programas del Plan Regional de Investigación y Desarrollo Tecnológico de Extremadura.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN
- II. EL PROGRAMA OBLIGACIONAL COMO CRITERIO RECTOR DE LA CONFORMIDAD O DISCONFORMIDAD DEL BIEN CON EL CONTRATO
- III. IDEAS GENERALES ACERCA DE LOS CRITERIOS DE CONFORMIDAD CONTENIDOS EN EL ART. 2.2 DE LA DIRECTIVA
 1. OBSERVACIONES ACERCA DEL CARÁCTER Y FUNCIONES DE ESTOS CRITERIOS
 2. ¿EXISTE UN ORDEN DE PRELACIÓN EN LA APLICACIÓN DE ESTOS CRITERIOS?
 3. LOS CRITERIOS DE CONFORMIDAD DEL ART. 2.2 DE LA DIRECTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE CONFORMIDAD. CUESTIONES DE PRUEBA
- IV. EL CRITERIO DE CONFORMIDAD DEL ART. 2.2.A) DE LA DIRECTIVA: LA ADECUACIÓN DEL BIEN A LAS DESCRIPCIONES DEL VENDEDOR Y A LAS CUALIDADES DE LA MUESTRA O MODELO
- V. EL CRITERIO DE CONFORMIDAD DEL ART. 2.2.B) DE LA DIRECTIVA: LA ADECUACIÓN DEL BIEN AL USO REQUERIDO POR EL CONSUMIDOR Y ADMITIDO POR EL VENDEDOR
- VI. LOS CRITERIOS DE CONFORMIDAD DE LOS ARTS. 2.2.C) Y 2.2.D) *AB INITIO* DE LA DIRECTIVA: LA ADECUACIÓN DEL BIEN AL USO A QUE ORDINARIAMENTE SE DESTINAN BIENES DEL MISMO TIPO Y A LA CALIDAD Y PRESTACIONES HABITUALES QUE EL CONSUMIDOR PUEDE ESPERAR EN UN BIEN DE TAL NATURALEZA
- VII. EL CRITERIO DE CONFORMIDAD DEL ART. 2.2.D) *IN FINE* DE LA DIRECTIVA: LA ADECUACIÓN DEL BIEN A LAS CARACTERÍSTICAS DECLARADAS PÚBLICAMENTE POR EL VENDEDOR, EL PRODUCTOR O SU REPRESENTANTE, ESPECIALMENTE EN LA PUBLICIDAD O EL ETIQUETADO
 1. LA ATRIBUCIÓN DE CARACTERÍSTICAS CONCRETAS A LOS BIENES EN LAS «DECLARACIONES PÚBLICAS» DE DIVERSOS SUJETOS Y SU INTEGRACIÓN EN EL CONTENIDO CONTRACTUAL
 - A) **La publicidad como vehículo de las declaraciones públicas. Su eficacia vinculante**
 - B) **El etiquetado como vehículo de las declaraciones públicas. Su eficacia vinculante**
 2. LOS AGENTES DE LAS «DECLARACIONES PÚBLICAS» Y EL SUJETO RESPONSABLE FRENTE AL CONSUMIDOR. EXCEPCIONES AL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS DECLARACIONES PÚBLICAS
- VIII. LA EQUIPARACIÓN LEGAL ENTRE LA INCORRECTA INSTALACIÓN DEL BIEN Y LA FALTA DE CONFORMIDAD: EL ART. 2.5 DE LA DIRECTIVA

I. INTRODUCCIÓN

La Constitución Española consagra el principio de la protección de los consumidores y usuarios en su art. 51, a cuyo tenor:

- «1. Los poderes públicos garantizarán la defensa de los consumidores y usuarios, protegiendo, mediante procedimientos eficaces, la seguridad, la salud y los legítimos intereses económicos de los mismos.
2. Los poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca.
3. En el marco de lo dispuesto por los apartados anteriores, la ley regulará el comercio interior y el régimen de autorización de productos comerciales»¹.

Gracias a la inclusión del principio de protección de los consumidores y usuarios en el art. 51 C.E., dicho principio produce una consecuencias establecidas en el art. 53 del propio texto constitucional, las cuales pueden resumirse en la idea de que «el principio de protección de los consumidores habrá de ser desarrollado por la legislación ordinaria, pero también habrá de ser tenido en cuenta en su actuación tanto por los tribunales como por los poderes públicos»¹.

Sin embargo, lo cierto es que desde la integración de España en la entonces Comunidad Económica Europea, ha sido el Derecho Comunitario el principal impulsor del movimiento que desarrolla la protección efectiva de los consumidores y usuarios a través de una legislación que, cada vez con más empeño, intenta armonizarse para todos los países miembros de la hoy Unión Europea.

En el ámbito concreto de la venta de bienes de consumo², realizada entre un

¹ La frase entrecorillada pertenece a Alberto Bercovitz, «La protección de los consumidores, la Constitución Española y el Derecho Mercantil», en la obra de Alberto y Rodrigo Bercovitz, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, Madrid, 1987, págs. 22 y ss.; en concreto, pág. 29.

² La propia Directiva 1999/44/C.E., en su art. 1.2.b) nos ofrece la definición de lo que ha de entenderse por «bien de consumo»: «cualquier bien mueble corpóreo, excepto los siguientes: los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento, el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en el volumen delimitado o en cantidades determinadas; la electricidad». No obstante, y dado el carácter de mínimos de la norma europea, Carrasco Perera, Cordero Lobato y Martínez Espín («Transposición de la Directiva Comunitaria sobre venta y garantías de los bienes de consumo. Propuestas de regulación, textos articulados y bibliografía», *Estudios sobre Consumo*, 2000, n.º 52, págs. 125 y ss.; en concreto, pág. 125), justifican la extensión del ámbito objetivo de la Ley de Transposición de la Directiva a todos los bienes objeto de consumo, lo que supone, por un lado, que la Ley propuesta se aplique a todas las ventas al consumo de bienes corporales en el sentido del art. 1.2 L.G.D.C.U. y, por otro lado, que el régimen de responsabilidad diseñado en la Directiva se aplique

vendedor profesional y un consumidor³, la *Directiva 1999/44/C.E. 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* (en adelante, la Directiva), aún no transpuesta a nuestro Ordenamiento interno en el momento de redactar estas páginas⁴, está llamada a modificar la configuración legal de la responsabilidad del vendedor por los defectos de la cosa vendida actualmente vigente en nuestro país.

Y es que, a la vista del texto de la Directiva –en el que en varias ocasiones se emplea expresamente el término «saneamiento»⁵–, resulta indiscutible que su objetivo fundamental consiste en establecer unos mínimos comunes a los Esta-

también a las compraventas regidas por el Código Civil, por no existir razones en contra –y sí muchas a favor– de la unificación del régimen aplicable a todas las ventas.

³ También en el art. 1.2 de la Directiva 1999/44/C.E. se contienen sendas definiciones de lo que ha de entenderse por «consumidor» y por «vendedor»: «a) “consumidor”: toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional; b) “vendedor”: cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional». La necesidad de que el contrato se suscriba entre un vendedor profesional y un consumidor supone la exclusión del ámbito de aplicación de la Directiva de los contratos celebrados exclusivamente entre comerciantes, por un lado, y entre no comerciantes, por otro, teniendo en cuenta que consumidor a los efectos de la Directiva puede ser perfectamente un profesional del comercio, siempre y cuando no haya adquirido el bien de consumo en su condición de tal, o con ánimo de revenderlo como profesional. Por su parte, Carrasco Perea, Cordero Lobato y Martínez Espín (ob. cit., pág. 127), proponen que, de modificarse tanto el Código Civil como la L.G.D.C.U., se amplíe el concepto de vendedor, de forma que no comprenda exclusivamente a las personas que venden en el marco de su actividad profesional, sino también a los particulares. Por lo que se refiere al concepto de consumidor, propugnan el mantenimiento del ya consagrado en el art. 1.2 L.G.D.C.U., en que se destaca el carácter de «destinatario final» que aquél posee. Esto último supondría también una ampliación del concepto de consumidor contenido en la Directiva, que lo refiere específicamente a las personas físicas y no también a las jurídicas como hace la L.G.D.C.U.

⁴ El legislador patrio ha sobrepasado pues, con creces, el plazo de transposición concedido por el art. 11.1.I de la propia Directiva, cuyo límite se situaba en el 1 de enero de 2002, por lo que es previsible la imposición a España de la correspondiente sanción. Con todo, una vez ignorado el plazo concedido para ello, es aconsejable que no se precipite la labor de transposición de la Directiva y que, cuando se haga, lo sea del modo que mayor coherencia interna del sistema provoque, guiados siempre por el horizonte de la mejor protección para el comprador. En este sentido, advierte Verda y Beamonte («El régimen de conformidad y garantía en los productos y servicios», en la obra *Derecho de Consumo*, coord. por Reyes López, Valencia, 2002, págs. 445 y ss.; en concreto, pág. 472, y «Algunas reflexiones sobre la incidencia de la Directiva 1999/44/C.E., 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, en el Derecho Civil español», *Noticias de la Unión Europea*, n.ºs 211 y 212, agosto/septiembre de 2002, págs. 135 y ss.; en concreto, pág. 136) que «la transposición de esta norma comunitaria es un asunto muy delicado, ya que existe el peligro de que con el pretexto de adaptar a ella nuestro Derecho interno, se rebaje el nivel de protección de que actualmente goza el comprador en la legislación española, que, según hemos visto, es muy elevado».

⁵ La lectura del texto de la Directiva arroja el siguiente resultado: en el Considerando 11 de su parte expositiva, se hacen hasta cuatro referencias a las «formas de saneamiento», a las que también se refiere en una ocasión el Considerando 12. En cuanto a la parte dispositiva de la norma, el art. 3 contiene cinco alusiones directas al «saneamiento» en general, tres en su apartado 3 y dos en su apartado 5.

dos Miembros de la Unión Europea en la regulación de lo que en nuestro Ordenamiento se ha denominado tradicionalmente «saneamiento por vicios ocultos» y en otros sistemas «garantías»⁶. A fin de cuentas, la norma comunitaria viene a regular en su complitud –lo que comprende el supuesto de hecho y las consecuencias jurídicas– la responsabilidad del vendedor por la insatisfacción del consumidor con el bien de consumo, siempre y cuando dicha insatisfacción reúna unos determinados requisitos establecidos por la propia norma y no concurra alguna de las circunstancias que también a tenor de ella eximen de responsabilidad al vendedor.

Por lo que respecta al supuesto de hecho del saneamiento, en el aspecto terminológico, la Directiva rompe con la denominación general que las normas internas venían dándole, lo cual no resulta extraño si se parte de la base de que hablamos de un instrumento común y de que no existía una homogeneidad de términos en esta materia en los distintos Ordenamientos internos de los Estados Miembros⁷. En lo que al nuestro se refiere, se prescinde de las referencias al «saneamiento por vicios o defectos ocultos» –expresión que, como sabemos, designa a la institución en el Código Civil–, como tampoco se encuentran alusiones al «incumplimiento» –como la contenida en el art. 11.2 *in fine* L.G.D.C.U.–⁸. El supuesto de hecho de la responsabilidad del vendedor se envuelve en una expresión que si bien no es ajena a nuestro Derecho interno, no tiene su origen en nuestra tradición jurídica, y que no es otra que la «conformidad con el contrato», de la que no cabe separar la «falta de conformidad» del bien con el mismo⁹. Esta cierta ruptura con la tradición anterior, con todo lo

⁶ No es éste el lugar para cuestionarse si la regulación de la Directiva desborda o no el ámbito del saneamiento por vicios ocultos, aunque sí puede concluirse que, en efecto, así es. Lo que importa aquí es poner de relieve que tanto el Código Civil, como la L.G.D.C.U. y la L.O.C.M., y ahora la Directiva, coinciden en el hecho de hacer objeto de su regulación –cada cual en su correspondiente medida y con distinto alcance–, las anomalías descubiertas por el adquirente de una cosa con posterioridad a su entrega por el vendedor.

⁷ Heterogeneidad que no se limita a la cuestión terminológica, sino que se extiende a determinados aspectos de la regulación sustantiva, lo cual, por otra parte, no es de extrañar. De esta situación es bien consciente el legislador comunitario, que da prueba textual de ello en el Considerando (3) de la Directiva: «... las legislaciones de los Estados miembros sobre la venta de bienes de consumo presentan disparidades...». Precisamente a paliar o poner fin a esta situación, mediante el establecimiento de unos mínimos comunes en la protección del consumidor, se dirige la Directiva.

⁸ En cuanto a la L.O.C.M., la rúbrica de su art. 12 incorpora la referencia a la «Garantía», adoptando un significado de este vocablo distinto al que técnicamente se le ha venido atribuyendo en nuestro Ordenamiento interno y coincidente con el que, con base principal aunque no única en el Derecho anglosajón, tiene en la Directiva. Es decir, siquiera sea desde el punto de vista terminológico, la L.O.C.M., que como es sabido data de 1996, es una norma más cercana a la europea.

⁹ Es notorio que el concepto de «conformidad» que adopta la Directiva tiene su más inmediato precedente en el Convenio de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías, de 11 de abril de 1980, más conocido como Convención o Convenio de Viena (en adelante, C.V.). La influencia de este instrumento, ratificado por nuestro país el 17 de julio de 1990 (B.O.E. de 30 de enero de 1991), se deja sentir en múltiples aspectos de la Directiva. Como recuerda Tamayo Carmona («Falta de conformidad de las mercaderías e implicaciones en materia contractual. Directiva 1999/44/C.E. de 25 de mayo y normas de la Convención de Viena»,

que desde el punto de vista sustantivo pueda encerrar la cuestión terminológica, justifica que la doctrina vea en este concepto la principal «novedad» que incorpora la Directiva¹⁰. Ésta contiene ciertos criterios para determinar cuándo hay conformidad con el contrato y cuándo no y, para este último caso, establece una serie de mecanismos de protección que el legislador comunitario ha aglutinado bajo la rúbrica común de «*Derechos del consumidor*» y que no son otra cosa que las consecuencias jurídicas que genera la consumación de su supuesto de hecho.

Pese a que aún constituyen una incógnita los efectos concretos que producirá la norma europea en el diseño de nuestro Derecho interno, todos estos aspectos de la Directiva han despertado vivamente el interés de los autores y su necesaria transposición no ha sido causa suficiente para postergar los primeros análisis globales de una norma que nace con un nivel de concreción bastante alto. Por nuestra parte, y sin dejar de percibir que son muchos los contenidos de la misma que merecen un comentario pormenorizado, hemos preferido centrarnos en uno sólo de los extremos concernientes a su supuesto de hecho, aunque eso sí, un extremo fundamental, cual es el modo en que se ha de determinar la existencia de una «falta de conformidad» del bien de consumo objeto del contrato celebrado entre vendedor y consumidor, tarea en la que juega un papel fundamental el art. 2 de la Directiva¹¹ y, muy especialmente, su apartado 2. Debe aclararse que el resultado positivo de tal determinación no será suficiente para generar la responsabilidad del transmitente; junto a ello será preciso que la falta de conformidad advertida sea desconocida e incognoscible para el consumidor en

Noticias de la Unión Europea, n.ºs 211 y 212, agosto/septiembre de 2002, págs. 121 y ss.; en concreto, pág. 121), la citada Convención supuso la culminación de los trabajos que venía realizando la Comisión de las Naciones Unidas para el Comercio Internacional (U.N.C.I.T.R.A.L.) desde 1964 para determinar una serie de criterios rectores para los contratos de venta internacionales.

¹⁰ En este sentido, cfr. Sanz Valentín («La Directiva 1999/44/C.E. del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», *Actualidad Civil*, n.º 35, 27 de septiembre al 3 de octubre de 1999, págs. 1073 y ss.; en concreto, pág. 1078) y Verda y Beamonte («El régimen de conformidad...», *cit.*, pág. 476).

¹¹ Sin perjuicio de que a lo largo del trabajo puedan reproducirse las partes del artículo que en cada momento haya que tratar, se ha transcrito en el texto en su integridad, según la versión española de la norma, para favorecer una visión de conjunto del mismo. En la norma se aprecia a la perfección la influencia, principalmente, del art. 35 de la C.V., con respecto al que presenta bastantes similitudes y alguna novedad. Este artículo dispone lo siguiente: «1. *El vendedor deberá entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato y que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato.* 2. *Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinen mercaderías del mismo tipo. b) Que sean aptas para cualquier uso especial que exprese o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no sea razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor. c) Que posean las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador. d) Que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas.* 3. *El vendedor no será responsable, en virtud de los apartados a) a d) del párrafo precedente, de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato».*

el momento de la entrega del bien, que ya existiera en ese instante y que el vendedor no pueda alegar en su beneficio ninguna causa de exoneración de su responsabilidad. Pero tanto los requisitos o presupuestos para que la falta de conformidad sea relevante, esto es, para que genere efectivamente la responsabilidad del vendedor, como las causas de exoneración de la misma, son cuestiones que abordaremos tan sólo de modo incidental pues, como se ha advertido, nos centraremos en el primer paso del proceso que conduce a establecer la responsabilidad del *tradens*: cómo se llega a la afirmación de que un bien no es conforme con el contrato de compraventa celebrado.

El tenor literal del extenso art. 2 de la Directiva es el siguiente:

«Conformidad con el contrato.

1. El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa.
2. Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si:
 - a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo;
 - b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso;
 - c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo;
 - d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado.
3. Se considerará que no existe falta de conformidad a efectos del presente artículo si en el momento de la celebración del contrato el consumidor tenía conocimiento de este defecto o no podía fundadamente ignorarlo, o si la falta de conformidad tiene su origen en materiales suministrados por el consumidor.
4. El vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas contempladas en la letra d) del apartado 2 si demuestra: que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido corregida en el momento de la celebración del contrato, o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo.
5. La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del bien de consumo se presumirá equiparable a la falta de conformidad del bien cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad. Esta disposición tam-

bién será aplicable cuando se trate de un bien cuya instalación esté previsto que sea realizada por el consumidor, sea éste quien lo instale y la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación».

En su contenido pueden identificarse distintas previsiones normativas susceptibles de clasificarse, de modo general, como sigue:

- En primer lugar, se establece la exigencia de que los bienes entregados por el vendedor sean conformes con el contrato celebrado (n.º 1 del art. 2).
- En segundo lugar, se indica una serie de criterios para determinar dicha conformidad, algunos de los cuáles se presentan como presunciones de conformidad (n.ºs 2 y 5 del art. 2).
- Finalmente, se prevén ciertas exenciones de responsabilidad del vendedor o la exclusión de la existencia de una falta de conformidad relevante (n.ºs 3 y 4 del art. 2).

II. EL PROGRAMA OBLIGACIONAL COMO CRITERIO RECTOR DE LA CONFORMIDAD O DISCONFORMIDAD DEL BIEN CON EL CONTRATO

En nuestra opinión y partiendo de la base de que la conformidad del bien con el contrato no es otra cosa que la adecuación, correspondencia o identidad entre el objeto y las características pactadas y lo efectivamente entregado al consumidor¹², existe una más que considerable similitud entre el principio de con-

¹² Conclusión que cabe extraer de una interpretación sistemática de los apartados 1 y 2 del art. 2 de la Directiva. Con referencia a la C.V., Morales Moreno («Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», en la obra de AA.VV., *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, dirigida y coordinada por Díez-Picazo, Madrid, 1998, págs. 286 a 355; en concreto, pág. 287) define la conformidad como «la adecuación material de las mercaderías con las que el vendedor pretende cumplir a las exigencias del contrato y de la propia Convención», definición en la que basa Avilés García («Las garantías en la venta de bienes y el principio de conformidad del contrato: situación actual y perspectivas», *R.C.D.I.-2000*, págs. 2727 y ss.; en concreto, págs. 2791; «Problemas de derecho interno que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/C.E. sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», *Actualidad Civil*, n.º 32, 4 al 10 de septiembre de 2000, págs. 1179 y ss.; en concreto, pág. 1189, y «Nuevas perspectivas contractuales que plantea la incorporación y aplicación de la Directiva 1999/44/C.E. sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 207, abril de 2002, págs. 99 y ss.; en concreto, pág. 105) la que él propone para la conformidad en el ámbito de la Directiva: «... la adecuación material de lo entregado por el vendedor a las exigencias y criterios de interpretación dados por la Directiva, pero también a las propias exigencias marcadas por la voluntad de las partes en el contrato...». Por su parte, Sanz Valentín (ob. cit., pág. 1079) propone la siguiente definición de «conformidad con el contrato»: «... la necesaria correspondencia o adecuación entre lo estipulado por las partes en el contrato y las prestaciones efectivamente llevadas a cabo por cada una de ellas. En el ámbito concreto que nos ocupa, esto es, en el ámbito de la compraventa, la conformidad implica que tanto las características, como el estado y el destino de la cosa entregada, se han de corresponder con lo pactado por las partes», en tanto que Verda y Beamonte («El régimen de conformidad...», cit., págs. 472 y 473), basándose en el Considerando séptimo de la norma comunitaria, afirma que el concepto de conformidad «presupone que

formidad y el de cumplimiento exacto de los contratos¹³. Del mismo modo, aunque en sentido contrario, puede también establecerse un parangón entre la falta de conformidad, que viene a ser la ausencia de tal correspondencia, adecuación o identidad¹⁴, y el incumplimiento en su más amplia acepción¹⁵.

Pero resulta evidente que, para decidir si se ha dado exacto cumplimiento a un contrato o no, es imprescindible partir del contenido del propio convenio en sí; del mismo modo, para determinar si el bien entregado por el vendedor es o no conforme con lo pactado, el punto de referencia ineludible son las propias previsiones o especificaciones contractuales de las partes. Así pues, la adecuada comprensión del programa prestacional convenido por los contratantes es imprescindible, dado que constituye el criterio rector básico a la hora de determinar la conformidad del bien con el contrato o su falta.

Cuando todos los extremos del convenio han sido objeto de una pormenorizada negociación y han sido recogidos en algún instrumento –normalmente un documento– que dé constancia de su contenido, esta labor de determinar la conformidad del bien no presenta grandes complicaciones, porque lo pactado y, por consiguiente, el contenido de la prestación debida por el vendedor, no suscita dudas: bastará entonces con comparar la prestación comprometida y la efectivamente realizada. Si de la comparación se deducen diferencias entre una y otra, nos encontraremos ante una falta de conformidad, que no concurrirá en el caso contrario. Pero lo que ahora interesa destacar no es el modo de realizar, ni tampoco el resultado, de dicha confrontación –que a fin de cuentas es una labor que debe efectuarse en cualquier caso cuando se pretenda hacer responder al vendedor por las irregularidades descubiertas por el consumidor en el bien con

el bien entregado debe corresponderse «a las especificaciones contractuales», abarca todas las cualidades, expresa o implícitamente presupuestas en el contrato, incluidas las ofertadas en la promoción publicitaria, aunque las mismas no hubieran sido incorporadas en el documento en que el negocio se ha formalizado, y ello, con independencia de que la promoción publicitaria hubiera sido realizada por el vendedor o por el productor».

¹³ Como es sabido, el art. 1.091 C.c. dispone que «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse al tenor de los mismos». Y lo que viene a decir el art. 2.1 de la Directiva es, precisamente, que el vendedor ha de entregar al consumidor un bien de consumo que corresponda a lo pactado, esto es, que el contrato debe cumplirse en sus propios términos.

¹⁴ Corral García («La Directiva 1999/44/C.E., de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: un nuevo régimen de saneamiento en la compraventa de bienes muebles», *R.d.P.*, año III, 2000, n.º 5, págs. 521 y ss.; en concreto, pág. 522) propone una definición de lo que él denomina «defecto de conformidad» que intenta ceñirse más a los concretos supuestos en que la conformidad se presume: «Podría resumirse el defecto de conformidad como hecho de que el bien entregado no proporcione la utilidad deseada por el consumidor al adquirirlo, bien porque la calidad del mismo no se corresponde con la comprobada en una muestra o modelo de idénticas cualidades, bien porque sus características difieren de las anunciadas en la publicidad o etiquetado de los productos, o de las descritas por el vendedor».

¹⁵ Nos referimos al incumplimiento como hecho, absolutamente desvinculado del plano de la imputabilidad y en su más amplio sentido, como contravención del tenor de la obligación (art. 1.101 C.c.).

posterioridad a su entrega—, sino que **en caso de suficiente o pleno desarrollo y constancia del programa contractual no será preciso acudir a ningún otro elemento ajeno a las previsiones de las partes, para determinar la conformidad o disconformidad del bien con el contrato**, ni a los criterios contenidos en el art. 2 de la Directiva, ni a ningún otro. En este caso, la apreciación del supuesto de hecho de la responsabilidad por la falta de conformidad del bien se obtendrá del mismo modo que, en cualquier otro caso, se obtiene la conclusión de que el contrato ha sido exactamente cumplido o, por el contrario, defectuosamente realizado o incluso absolutamente incumplido.

Pero esto que tan sencillo parece, constituye un problema de más difícil solución a medida que el programa prestacional está menos desarrollado o detallado, más difícil en tanto menos han negociado y concretado las partes todas y cada una de las cualidades, características y utilidades que ha de reunir el bien de consumo objeto de su compromiso¹⁶. Y esta situación es precisamente la que con mayor frecuencia se da en la práctica en el ámbito de las compraventas de bienes de consumo a que se refiere la Directiva. En efecto, la celebración de este tipo de contratos no suele ir precedida de una negociación específica y pormenorizada de las partes acerca de las características del bien, y menos aún suelen incorporarse las exigencias del consumidor a algún documento que haga prueba de las mismas¹⁷, sino que lo habitual es que nos encontremos con contratos a veces llamados «manuales»¹⁸ o instantáneos, «contratos de la vida diaria»¹⁹, que, a lo sumo, generan un ticket o comprobante de su celebración.

En tales casos, cuando el silencio de las partes acerca de algunos extremos o la falta de constancia de lo pactado no permiten identificar plenamente el contenido del acuerdo suscrito entre ellas, se impone una ardua tarea de fijación, concreción e incluso integración del contrato, para la cual hay que recurrir a

¹⁶ Y es que, como apunta Morales Moreno, «Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, pág. 299: «en el comercio no siempre se indican, de antemano, con el debido detalle, las cualidades que las mercancías deben tener». Y si ello ocurre así entre comerciantes, más aún se advierte en los contratos celebrados por consumidores.

¹⁷ A pesar de que en determinados casos el contrato esté sujeto a una exigencia de formalización por escrito, como es sabido el principio general que rige en nuestro Derecho es el de libertad de forma, del cual no supone una excepción la adquisición de bienes de consumo. Como ha puesto de relieve Santos Morón («Información precontractual, forma y prueba del contrato», en la obra *Curso sobre protección jurídica de los consumidores*, coord. por Botana García y Ruiz Muñoz, Madrid, 1999, págs. 135 y ss.; en concreto, págs. 138, 139, 158 y 159), en este contexto cobran especial importancia los recibos, facturas, justificantes o comprobantes de la operación, cuya entrega exige en ocasiones la ley (cfr. art. 10.1.b) L.G.D.C.U. y art. 11.2 y 3 L.O.C.M.), exigencia esta última que no debe confundirse con la obligación de dar forma escrita al contrato.

¹⁸ Esta terminología, que normalmente designa contratos de compraventa celebrados de manera instantánea y con pagos al contado (como, por ejemplo, la adquisición de productos en un supermercado), es la que emplea Orti Vallejo, *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/C.E.*, Granada, 2002, págs. 66 y 80, entre otras. Como pone de relieve el citador autor, en este tipo de ventas es muy frecuente que el contacto entre vendedor y comprador sea mínimo o prácticamente inexistente.

¹⁹ Expresión con que los designa Santos Morón, *ob. cit.*, pág. 159.

otros elementos que aclaren o indiquen con más o menos fiabilidad la auténtica voluntad de las partes. Es en este contexto, para facilitar dicha labor, donde adquiere relevancia la lista de supuestos contenida en el art. 2.2 de la Directiva²⁰, los cuales recogen «las situaciones más comunes»²¹, y que el legislador ha configurado como casos en los que se presume la conformidad del bien con el contrato²². De este modo, la regla antes referida, según la cual el programa obligatorio constituye el criterio rector básico a la hora de determinar si hay o no una falta de conformidad del bien con el contrato, sigue rigiendo plenamente, si bien ante la ausencia de especificaciones contractuales expresas, la determinación de dicho programa se hará teniendo en cuenta los parámetros de referencia y los criterios de integración establecidos en el art. 2 de la Directiva²³, en los que pasamos a centrar nuestra atención.

III. IDEAS GENERALES ACERCA DE LOS CRITERIOS DE CONFORMIDAD CONTENIDOS EN EL ART. 2.2 DE LA DIRECTIVA

La redacción del art. 2 de la Directiva y, en especial, de su apartado segundo, plantea diversas cuestiones de interés sobre las que debe profundizarse, como por ejemplo, qué son exactamente o cuál es el valor de los diversos casos en que, según la letra del propio precepto se presume la conformidad del bien con el contrato, qué función desempeñan esos criterios, cómo se ordena su aplicación o si existen otras situaciones al margen de éstas en las que pueda hablarse de «falta de conformidad».

1. OBSERVACIONES ACERCA DEL CARÁCTER Y FUNCIONES DE ESTOS CRITERIOS

Teniendo en cuenta las palabras consignadas por el propio legislador comunitario en la parte expositiva de la Directiva, la función de los distintos «*elementos mencionados en la presunción*» que establece el art. 2.2 es servir para la deter-

²⁰ Igual función cumplen los contenidos en el art. 35.2 C.V., respecto de los cuáles afirma Morales Moreno, «Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, págs. 299 y 300: «... no son normas dispositivas, construidas más allá de la autonomía de la voluntad y susceptibles, por tanto, de un desarrollo fuera de ésta. Contienen criterios legales de interpretación; es decir, concretan o fijan los resultados a que conduciría normalmente la aplicación de las normas interpretativas. Por eso puede afirmarse, con toda razón, como dice el art. 35 C.V., que son “conformes al contrato” las mercaderías ajustadas a los criterios de estas reglas».

²¹ Cfr. Considerando 8 de la parte expositiva de la Directiva.

²² Sin embargo, es cuestionable que todos los criterios de determinación de la conformidad contenidos en el art. 2.2 de la Directiva sean auténticas presunciones, tal como explicaremos más adelante. En este sentido, a pesar de que no profundiza en el planteamiento, apunta Ortí Vallejo (ob. cit., págs. 61 y 62, y nota 6 de esta última) que algunas de las situaciones incluidas en lo que él denomina «el catálogo de faltas de conformidad» del citado precepto, no son presunciones: «Sólo son las que suplen la falta de pacto o previsión expresa o tácita entre las partes».

²³ Implícitamente se reconoce en el Considerando 8 de la norma comunitaria, que alude a la aplicación de la presunción de conformidad a través de la comparación con los diversos supuestos del art. 2.2, «*a falta de cláusulas contractuales concretas*» lo que, en otras palabras, parece significar que se trata de criterios supletorios de las especificaciones de los contratantes. Así lo entienden también

minación de la falta de conformidad de los bienes con el contrato, cuando ello no pueda hacerse atendiendo a unas cláusulas contractuales concretas inexistentes, lo cual pretende el legislador con un procedimiento curioso, como es el de establecer una presunción de conformidad del bien, de forma que la determinación de la disconformidad habrá de hacerse interpretando el precepto *a contrario sensu*²⁴. Sin embargo, puede decirse que ésta es la función última o mediata de los distintos apartados del citado precepto, porque para lograrla, es preciso utilizarlos en primer lugar para concretar, declarar o incluso integrar el propio contenido del pacto suscrito por las partes, ya que, como se ha dicho, tales elementos sólo entrarán en liza «*a falta de cláusulas contractuales concretas*». Y es que no debe olvidarse que el art. 2.1 de la norma comunitaria sienta la obligación del vendedor de entregar al consumidor un bien conforme con el contrato de compraventa, lo que supone comprender en su complitud y con precisión a qué obliga dicho contrato.

Es seguramente esta circunstancia lo que justifica la coincidencia a la hora de afirmar que los criterios allí contenidos tienen carácter supletorio²⁵, puesto que sólo operan en defecto de previsiones específicas de las partes que puedan servir de referencia a la hora de decidir si ha existido o no un cumplimiento exacto de la prestación debida por el vendedor, que sirvan para averiguar si el bien se corresponde o no y hasta qué punto con el programa obligacional²⁶. Sin embargo, a nuestro juicio es discutible que todas las situaciones contempladas en el art. 2.2 de la Directiva sean realmente y siempre criterios supletorios aplicables en defecto de previsiones contractuales específicas de las partes²⁷. Su hete-

Sanz Valentín (ob. cit., pág. 1081), Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2791 y 2792; «Problemas...», *cit.*, pág. 1189 y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 106), autor este último que pone de manifiesto la conveniencia de que se hubiera incluido en el texto de la Directiva una referencia expresa a la voluntad de las partes, de modo similar a como ocurre en la Convención de Viena; Orti Vallejo (ob. cit., págs. 60 y ss.), Verda y Beamonte («El régimen de conformidad...», *cit.*, pág. 473) y Tamayo Carmona (ob. cit., pág. 122).

²⁴ Éste es, muy resumidamente, el generalizado entendimiento del sentido del art. 2.2, sobre el que más tarde volveremos. Pese a que el procedimiento no sea el más adecuado a nuestro juicio, el propio legislador comunitario viene a confirmar la idea expuesta en el texto cuando en el Considerando 8 manifiesta que: «... los elementos mencionados en la presunción podrán utilizarse para determinar la falta de conformidad de los bienes con el contrato».

²⁵ Cfr. al respecto, Sanz Valentín (ob. cit., pág. 1081), Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2792; «Problemas...», *cit.*, pág. 1189 y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 106) y Orti Vallejo (ob. cit., págs. 60 y ss.), con opiniones que encuentran un apoyo literal en el Considerando 8 de la Directiva. Igual opinión defiende Morales Moreno («Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, pág. 299) para la C.V., aunque en el contexto de esta última ello es indudable dado el tenor literal del propio art. 35.2: «*Salvo que las partes hayan pactado otra cosa...*».

²⁶ En definitiva, es a esto a lo que nos referíamos en el apartado anterior, cuando afirmábamos que el programa obligacional es el criterio rector básico para determinar cuándo hay una falta de conformidad, pero que dicho programa puede derivarse de las cláusulas especificadas y negociadas por las partes o, en su defecto, deducirse de los criterios contenidos en el art. 2.2 de la Directiva.

²⁷ A pesar de que no desarrolla su opinión, creemos que este mismo pensamiento es el que quiere transmitir Orti Vallejo (ob. cit., pág. 62, nota 6) cuando, contradiciendo la opinión de De Cristofaro (*Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore*, Padova, 2000, pág. 75), señala que

rogeneidad no permite ni reducir su interpretación a esta única función supletoria, ni tampoco defender que pueda utilizárselos del mismo modo:

- a) A veces estos criterios simplemente otorgan relevancia a elementos que declaran (no suplen) la voluntad auténtica de las partes, una voluntad que muy a menudo los contratantes no se han preocupado de manifestar expresamente precisamente porque la consideran suficientemente concretada y clara a través de esos elementos que ya la vierten al exterior: es lo que ocurre, por ejemplo, con las características pregonadas por la publicidad o el etiquetado (art. 2.2.d *in fine*); el consumidor acepta la oferta de un bien que reúne las características allí explicitadas. El hecho de que a menudo se utilice la discordancia entre las características predicadas por la publicidad o el etiquetado y las que realmente presenta el bien para fundar la reclamación del consumidor, abona aún más la idea de que estos elementos fueron cauce de expresión suficiente (al menos para él) de lo que estimaba como contenido del contrato.
- b) Otros elementos se remiten a aspectos concretos de una negociación entre los contratantes que el criterio por sí solo ni presume ni puede concretar, lo que desemboca en su absoluta inoperatividad de manera aislada. Así sucede cuando el art. 2.2.b) da relevancia al uso especial del bien requerido por el consumidor y para el cual el vendedor admite la aptitud de aquél. Con la sola letra de la norma, si no hay ninguna expresión de voluntad a la que referirla, el criterio no puede funcionar. Éste sólo resulta útil cuando, del modo que sea, es posible demostrar que el consumidor requirió al vendedor un bien apto para un uso especial y que éste admitió la aptitud del bien para responder a dicho requerimiento; pero el precepto no permite deducir la existencia de ese pacto, ni tampoco determinar cuál pudiera ser ese uso especial a que se refiere la norma; es por sí solo absolutamente insuficiente y se limita a establecer una presunción de conformidad necesariamente *per relationem* con ciertas especificaciones contractuales.
- c) Otros criterios sí son estrictamente supletorios de una voluntad que las partes no parecen haber expresado por cauce alguno que permita concretarla y que, por tanto, sólo puede deducirse, como sucede con los contenidos en las letras c) y d) cuando presumen la conformidad del bien con el contrato en el caso de que aquel sea apto para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo o cuando presente la calidad y las prestaciones habituales de los de su misma naturaleza y cla-

no todas las reglas del art. 2.2 de la Directiva son presunciones, sino únicamente las que suplen la falta de pacto o previsión expresa o tácita entre las partes. Al margen de que puedan todas considerarse o no presunciones, lo cierto es que, como desarrollamos en el texto, no todos son criterios supletorios de una voluntad no expresada o que no consta de otro modo, lo cual no creemos incompatible con el hecho de que sí sean presunciones.

se. En estos casos, no hay ningún elemento que, como en los apartados anteriores, permita fijar con un apoyo firme cuál era el auténtico contenido de la prestación comprometida en el contrato y, en defecto de tales previsiones, es la norma la que suple (ahora sí), ese contenido que de ningún modo consta.

Por tanto, el carácter supletorio de la voluntad contractual no es algo que compartan todos los criterios de conformidad contenidos en el art. 2.2 de la Directiva. Lo que sí tienen en común todos estos criterios es su condición de parámetros de referencia de lo que sería un desenvolvimiento correcto del contrato, una adecuada ejecución de la prestación debida, puesto que se parte de la base de que existe conformidad con el contrato cuando el bien entregado no se aleja de los modelos contemplados en las distintas letras del art. 2.2, esto es, por ejemplo, cuando responde a la descripción del mismo hecha por el vendedor, cuando resulta apto para el uso pactado o para el habitual a que suelen destinarse bienes de su mismo tipo, o cuando se adecúa a las proclamas de su etiquetado. Si el bien presenta alguna diferencia con respecto a los parámetros de referencia aludidos, se habrá consumado el supuesto de hecho de la norma y, por tanto, surgirá la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad del objeto vendido. De ahí que todos estos criterios sirvan en definitiva a esa finalidad última de la determinación de una falta de conformidad del bien con el contrato, a pesar de que ello no se logre del mismo modo en todos los casos.

Por otra parte y en relación con esta necesidad de determinar el contenido contractual como paso previo a la calificación de la falta de conformidad del bien con el contrato, hay que decir que no se trata de algo nuevo, puesto que el art. 1.484 C.c.²⁸ sitúa al intérprete ante el mismo reto, aunque desde una perspectiva diferente: allí se hace necesario delimitar el concepto de defecto atendiendo a la utilidad normativamente relevante y el problema consiste, precisamente, en determinar cuál sea ésta, si la que puede deducirse de criterios subjetivos o concretos –los especificados por las partes y, en su caso, los presupuestos por el comprador– o bien aquella a la que apuntan criterios objetivos –como la utilidad normalmente desempeñada en el tráfico por bienes del mismo tipo, etc.²⁹. Con una finalidad semejante, aunque desde otra perspectiva, la discusión respecto de si habían de aplicarse criterios objetivos o subjetivos también se extendía a la construcción del propio concepto de defecto en sí mismo considerado³⁰.

²⁸ Este precepto dispone que: «El vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, si la hacen impropia para el uso a que se la destina, o si disminuyen de tal modo este uso que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella; pero no será responsable de los defectos manifiestos o que estuvieren a la vista, ni tampoco de los que no lo estén, si el comprador es un perito que, por razón de su oficio o profesión, debía fácilmente conocerlos».

²⁹ En este sentido, cfr. Orti Vallejo, ob. cit., pág. 59.

³⁰ En este sentido, señala Orti Vallejo (ob. cit., pág. 59) que «la delimitación de lo que se entiende por falta de conformidad se corresponde con la antigua cuestión del concepto de defecto».

Puede decirse que en esta materia la Directiva ha venido a recoger la dogmática elaborada al respecto con base en los Códigos³¹, de modo que lo que supone una novedad (dejando a un lado la decisión genérica de establecer una presunción de conformidad) es solamente –aunque no es poco– la consagración a nivel positivo de cada uno de los casos concretos en que se presume la conformidad del bien con el contrato. Entre los distintos criterios recogidos en las letras a) a d) del art. 2.2 de la Directiva, hay parámetros que responden a lo que se venía considerando como criterios objetivos o abstractos³², en tanto que otros nos sitúan ante criterios subjetivos³³ que, como ya se ha dicho, tienen en cuenta la concreta reglamentación contractual a que se sometieron las partes³⁴. Aunque a este respecto y en general parece que la sistemática adoptada por el precepto es digna de alabanza³⁵, ha sido objeto de crítica la mezcolanza de criterios objetivos y subjetivos que se presenta en alguna letra del apartado en cuestión³⁶.

Por otro lado, el hecho de que no siempre haya que recurrir al art. 2.2 de la Directiva para determinar la existencia de una falta de conformidad (puesto que, como se ha dicho, ello será innecesario en caso de que el contenido contractual esté suficientemente detallado y sea susceptible de probarse) excluye que el elenco de situaciones de las que *a contrario sensu* cabe deducir una falta de conformidad del bien con el contrato sea un catálogo cerrado, o un *numerus clausus* de supuestos en los que ella concurre³⁷, pues caben otros posibles casos

³¹ Orti Vallejo (ob. cit., págs. 59 y 60) pone de manifiesto que, una vez despejado en el contexto de la Directiva que el vendedor que entrega una cosa inhábil incumple su obligación, todo se centra en determinar la existencia de una falta de conformidad con el contenido contractual que es ahora el que hay que concretar empleando los mismos criterios que antes se utilizaban para construir o delimitar el concepto de defecto.

³² Cfr. la letra c) del art. 2.2, cuando se remite al uso a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo y la referencia contenida en la letra d) a la calidad y las prestaciones habituales de bienes pertenecientes a un mismo tipo.

³³ Cfr. las letras a) y b) del art. 2.2, que atienden a características del bien que de algún modo, a través de la presentación de una muestra o del requerimiento y admisión de un uso especial del bien, pueden entenderse expresadas en el contrato.

³⁴ En el mismo sentido, cfr. Orti Vallejo, ob. cit., págs. 59 a 83, muy resumidamente, pág. 62.

³⁵ Señala Orti Vallejo (ob. cit., pág. 62, texto y nota 5) que el catálogo de faltas de conformidad contenido en el art. 2.2 de la Directiva está mejor sistematizado que los contenidos en los arts. 33 y 35 de la L.U.C.I. y del Convenio de Viena respectivamente, opinión que basa en que en estos últimos instrumentos se mezclan sin la conveniente jerarquización las faltas de conformidad derivadas de las previsiones contractuales expresas y las procedentes de previsiones implícitas.

³⁶ La crítica, a la que nos sumamos, se refiere al apartado d) y la efectúa Orti Vallejo, ob. cit., pág. 62. Y es que, en efecto, lo declarado por la publicidad o el etiquetado es un elemento concreto del contrato que poca relación tiene, por ejemplo, con «la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo» a las que también se refiere el propio apartado d).

³⁷ En el mismo sentido, cfr. Carrasco Perera, Cordero Lobato y Martínez Espín (ob. cit., pág. 128). La propia existencia del apartado 5 del propio art. 2 de la Directiva abona esta conclusión, cuando equipara a las faltas de conformidad consignadas en el apartado 2, las derivadas de una incorrecta instalación del bien cuando de ella se haya encargado el vendedor o cuando la haya efectuado el consumidor siguiendo unas instrucciones erróneas.

derivados de la comparación con el concreto programa contractual detallado por las partes³⁸, lo cual no obsta a la consideración de que el art. 2.2 sea en efecto un catálogo cerrado de situaciones en las **que se presume** la conformidad del bien del contrato, lo cual no es exactamente lo mismo.

2. ¿EXISTE UN ORDEN DE PRELACIÓN EN LA APLICACIÓN DE ESTOS CRITERIOS?

En relación con la heterogeneidad de los mismos, cabe plantearse si existe un orden de prioridad en la aplicación de estos criterios, cuestión a la que, a nuestro juicio, ha de responderse de manera negativa³⁹. En nuestra opinión, la diversidad de estos parámetros de referencia de la conformidad del bien con el contrato hace que cada uno de ellos pueda resultar adecuado para dar respuesta a un caso concreto en el que algún otro no sea útil o no pueda aplicarse. Por otra parte, si es posible aplicarlos de manera cumulativa⁴⁰, de forma que la falta de conformidad del bien con el contrato pueda determinarse (*a sensu contrario*, claro es) aplicando más de uno de estos criterios, no hay razón para establecer un orden entre los mismos. Si se prioriza su utilización no será por alguna razón derivada de su naturaleza objetiva o subjetiva, sino porque quien haga uso de ellos (el consumidor, en su reclamación, o el vendedor, en su defensa) los ordene en función de cuál resulte más adecuado para proteger sus intereses y cuál le repunte una mayor facilidad probatoria, aunque lo más normal será que se esgriman conjuntamente todos cuantos sea posible.

3. LOS CRITERIOS DE CONFORMIDAD DEL ART. 2.2 DE LA DIRECTIVA Y LA PRESUNCIÓN DE CONFORMIDAD. CUESTIONES DE PRUEBA

Como se ha puesto de relieve en un epígrafe anterior, no todas las letras del citado precepto pueden considerarse como auténticas presunciones de la volun-

³⁸ Con todo, lo cierto es que se trata de una lista no de faltas de conformidad, sino de situaciones en las que la conformidad se presume, bastante comprensiva de todos los supuestos que en la práctica pueden darse.

³⁹ En contra, estima Orti Vallejo (ob. cit., págs. 62 y 63) que el art. 2.2 de la Directiva está organizado siguiendo un orden jerárquico, en el que primero se recogen y aplican las faltas de conformidad expresas, concretas o subjetivas (letras a y b) y después las derivadas de lo implícito, tácita o presuntamente previsto (letras c y d). A esto añade el citado autor que el sistema a seguir para determinar la existencia de una falta de conformidad es el que atiende, en primer lugar, a las previsiones contractuales expresas que no necesiten aclaración en cuanto a su contenido o alcance; en segundo lugar, y a falta de claridad del contrato, habrá que acudir a los criterios subjetivos de interpretación de la voluntad de los contratantes y, finalmente, «a falta de aclaración del alcance de la obligación o por insuficiencia o falta de previsión expresa, procederá la aplicación de la voluntad abstracta, situación que es en la práctica la más frecuente». Con todo, el mismo autor reconoce (cfr. ob. últ. cit., págs. 75 a 80) las dificultades para admitir, con base en la Directiva, que pueda indagarse la voluntad contractual a través de criterios de interpretación subjetivos, por lo que, en realidad, el segundo paso de ese sistema acaba por desaparecer.

⁴⁰ Afirmación que, con base en el Considerando 8 de la Directiva, comparten autores como Lete Achirica («La Directiva sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo de 25 de mayo de 1999 y su transposición en el Derecho español», *Actualidad Civil*, n.º 42, 15 al 21 de noviembre

tad real de las partes, función que sólo son susceptibles de cumplir algunos de ellos. Sin embargo, con independencia de que su función sea suplir, declarar o realizar de algún modo la intención de los contratantes, tales criterios se encuentran relacionados con la materia de las presunciones de distinta manera, con otro alcance y sentido.

Y es que el art. 2.2 de la Directiva presenta los distintos criterios a que venimos refiriéndonos como situaciones en las que «se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato...», sin que la norma especifique ante qué tipo de presunción nos encontramos, aunque como el propio legislador reconoce en la parte expositiva de la norma comunitaria, debe reputarse, lógicamente, *iuris tantum*⁴¹. Pero este carácter de presunción *iuris tantum*, así como lo que la existencia de la propia presunción implica, deben interpretarse correctamente.

El art. 2.2 de la Directiva se presta, a nuestro juicio, a una doble interpretación, problema que, con leves variaciones, se suscita también respecto del art. 35.2 C.V.⁴²:

- 1.^a Es posible entender que el precepto establece una presunción de conformidad del bien con el contrato, que exige al vendedor de su demostración; de forma que el consumidor, para exigirle responsabilidad, tendría necesariamente que demostrar o que la cosa adquirida no responde a los criterios de conformidad consignados en el artículo, o que pese a hacerlo, el contrato establecía unas características diferentes a las que se deducen de dichos parámetros. A tenor de este planteamiento, la presunción de conformidad vendría a suponer la imputación al consumidor de la carga de probar la falta de conformidad del bien con el contrato⁴³, ya sea demostrando la existencia de un contenido contractualmente fi-

de 1999, págs. 1365 y ss.; en concreto, pág. 1373), Carrasco Perera, Cordero Lobato y Martínez Espín (ob. cit., pág. 128), De Cristofaro (ob. cit., pág. 73) y Orti Vallejo (ob. cit., pág. 63).

⁴¹ En efecto, en el Considerando 8, se afirma que, con el fin de facilitar la aplicación del principio de la conformidad con el contrato, «conviene introducir una presunción impugnabile de conformidad con el contrato». En el mismo sentido, cfr. Avilés García, «Las garantías...», *cit.*, pág. 2789; «Problemas...», *cit.*, pág. 1187 y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 104. Y es que sólo faltaría que la presunción de conformidad fuera irreductible; en tal caso, la tan cacareada protección del consumidor sería absoluta indefensión, y la posibilidad de determinar una falta de conformidad, inexistente.

⁴² A este respecto, Morales Moreno («Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, págs. 310 y 311) pone de manifiesto la carencia de normas generales y expresas de distribución de la carga de la prueba en la C.V., lo que obliga a plantearse la aplicabilidad –a tenor del art. 7.2 de la propia Convención– de los principios generales en que ésta se basa o, en su defecto, de la ley aplicable en virtud de las normas de Derecho internacional privado. Con todo, advierte el citado profesor que no es posible proponer principios generales en la materia, aunque tampoco es deseable abandonarla a las soluciones particulares de cada Ordenamiento interno.

⁴³ Se trata, en definitiva, de defender la aplicación del principio *actori incumbit probatio*, solución que apunta Morales Moreno («Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, pág. 311, con cita de A.U.D.I.T. en nota 53) –aunque no la defiende de modo definitivo– en su interpretación del art. 35.2 C.V. y de la que se muestra abiertamente partidario Orti Vallejo (ob. cit., pág. 109) para el art. 2.2 de la Directiva.

jado y contradictorio con los parámetros de referencia establecidos en el art. 2.2 de la Directiva, ya sea acreditando que el vendedor no puede verse favorecido por la presunción de conformidad porque no se dan los presupuestos para que ésta pueda operar⁴⁴. Según esta interpretación, es el vendedor –teóricamente la parte más fuerte y frente a la cual hay que proteger al comprador–, el sujeto favorecido por la norma, puesto que cuenta con la presunción de cumplimiento correcto.

- 2.^a Pero también es posible entender que, para servirse de la presunción de conformidad y ante la reclamación del adquirente, es el vendedor quien tiene que demostrar el hecho positivo de que el bien se adecúa a los criterios establecidos en el art. 2.2 de la Directiva, para lo cual, normalmente, se encuentra en una situación privilegiada⁴⁵. Desde este punto de vista, la presunción de conformidad en caso de responder el bien a la muestra o modelo, o a las características especificadas en la publicidad, etc., permite al vendedor prescindir de cualquier otra posible especificación del contrato que pudiera jugar en su contra y cuya existencia correspondería demostrar al consumidor; pero el trato favorable de la norma hacia el transmitente se vería mitigado por el hecho de que sería él quien tendría que probar la concurrencia de las situaciones en que puede presumirse la conformidad.

A nuestro juicio, esta segunda interpretación, pese a no ser la más extendida, es la más defendible, si se parte de la finalidad tuitiva del consumidor que la norma comunitaria declara⁴⁶. Lo que ocurre es que la redacción del precepto se presta a la confusión. Hay que decir bien claro que, a nuestro entender, en ningún momento está la norma presumiendo que el bien se adecúa a las características enunciadas en su etiquetado, o al uso a que habitualmente se destinan bienes del mismo tipo, ni que, en definitiva, el bien responde a las situa-

⁴⁴ Ésta es precisamente la interpretación de que parte Corral García («La Directiva...», *cit.*, págs. 521 y 522), pues, aludiendo al concepto de falta de conformidad, afirma: «La Directiva lo delimita de modo negativo, ya que establece una serie de presunciones de conformidad, luego la falta de ésta existirá en el caso de que el consumidor pruebe que alguna de ellas no se cumple».

⁴⁵ Una interpretación similar, para el art. 35.2 C.V. es la que defiende Huber (cfr. Von Caemmerer, Schlechtriem y Huber, *Kommentar*, 2.^a ed., art. 45, n.º 13; según la cita de Morales Moreno, «Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, pág. 311, texto y nota 54), quien: «entiende que el vendedor sólo se libera de su obligación de responder por falta de conformidad de las mercaderías (arts. 35 y 36 C.V.), si, habiendo sido adecuadamente denunciada ésta por el comprador según el art. 39, prueba que la mercancía era conforme en el momento de transmisión del riesgo al comprador».

⁴⁶ Morales Moreno («Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, pág. 311 y la doctrina que cita en nota 55) aún glosa una tercera interpretación del art. 35.2 C.V. absolutamente casuística, pero que no es trasplantable a la Directiva, puesto que en el contexto de esta última la entrega e inicial aceptación por el consumidor del bien vendido es un presupuesto para la apreciación de la falta de conformidad: «Otros autores distinguen según que el comprador haya aceptado o no las mercaderías entregadas. Antes de la aceptación, ante su rechazo, la prueba de conformidad corresponde al vendedor. A partir de la aceptación, al comprador».

ciones descritas en las letras a) a d) del art. 2.2 de la Directiva⁴⁷, sino que lo que se presume es que, de acreditarse la adecuación a estos parámetros y prescindiendo de cualquier otra previsión contractual que no pueda demostrarse⁴⁸, el bien es conforme con el contrato. Si la norma estuviera realmente estableciendo la presunción de que el bien responde a todos esos criterios y, en un paso más, que en ese caso el vendedor ha cumplido con su obligación, la posición del consumidor se vería muy empeorada respecto de la que cualquier acreedor tiene a la hora de reclamar la responsabilidad ante el incumplimiento de la obligación de que es sujeto activo.

De acuerdo con la interpretación que proponemos, no corresponde al consumidor demostrar que el bien no se adecúa a la publicidad, o que no responde al uso contractualmente pactado, etc., sino que le bastará con **alegar** la inadecuación del bien a estos parámetros (o, en su caso, al concreto aspecto del programa obligacional al que suplen o complementan) y, será el vendedor quien, para demostrar la existencia de un cumplimiento correcto, tendrá que probar sólo que el bien responde a dichos criterios. Dicho de otro modo, empleando la terminología de la L.E.C., la adecuación de la cosa a los criterios de conformidad del art. 2.2 de la Directiva es el hecho indicio cuya acreditación permite deducir el hecho presunto que, en este caso, es la existencia de un cumplimiento correcto por parte del vendedor, la entrega por éste de un bien conforme con el contrato⁴⁹. Aplicando esta regla, el vendedor está eximido de demostrar que el bien entregado responde en todo al contenido contractual: si prueba su adecuación a los criterios del art. 2.2 de la Directiva, con ello será suficiente, se pre-

⁴⁷ Opinión que se desprende del planteamiento de Corral García, «La Directiva...», *cit.*, págs. 521 y 522.

⁴⁸ Recuérdese que, según veíamos en un apartado anterior, estos criterios operan en defecto de previsiones específicas de las partes o bien realizando o aclarando las realmente existentes.

⁴⁹ En efecto, el art. 385 L.E.C., se ocupa de las presunciones legales, en los siguientes términos: «1. Las presunciones que la ley establece dispensan de la prueba del hecho presunto a la parte a la que este hecho favorezca. // Tales presunciones sólo serán admisibles cuando la certeza del hecho indicio del que parte la presunción haya quedado establecida mediante admisión o prueba. // 2. Cuando la ley establezca una presunción salvo prueba en contrario, ésta podrá dirigirse tanto a probar la inexistencia del hecho presunto como a demostrar que no existe, en el caso de que se trate, el enlace que ha de haber entre el hecho que se presume y el hecho probado o admitido que fundamenta la presunción. // 3. Las presunciones establecidas por la ley admitirán la prueba en contrario, salvo en los casos en que aquélla expresamente lo prohíba». Este precepto, que viene a refundir, con mayor coherencia y mejor sistemática a nuestro juicio, los antiguos arts. 1.249 a 1.252 C.c., no sólo toma elementos de ellos, sino del también derogado art. 1.253 C.c., que no se refería a las presunciones legales, sino a las que las partes intentan establecer para esgrimir las como medio de prueba. Aunque este precepto no sería aplicable al caso que nos ocupa, viene a colación por cuanto la nueva L.E.C. ha venido a reconocer textualmente (art. 385.2) que el proceso lógico que lleva al establecimiento de una presunción, esto es, el enlace preciso y directo entre el hecho demostrado –o «hecho indicio» en la ley procesal– y el hecho que se trata de deducir –«hecho presunto» en la ley rituarial–, es siempre el mismo, tanto si la presunción es legal como si no la establece la ley. Pero, en cualquier caso, y por más que la presunción exime al favorecido por ella de probar el hecho presunto, no le libera de acreditar el hecho indicio del que aquél se deriva (cfr. art. 385.1 L.E.C. y, más confusamente, el derogado art. 1.249 C.c.).

sumirá la total conformidad del bien con el programa obligacional. De todos modos, como es lógico, esto no significa que el consumidor que pueda añadir a su demanda un principio de prueba de que la cosa adquirida no responde a estos criterios de conformidad, no deba aportarlo en aras del éxito de sus pretensiones.

Si se admite la interpretación que proponemos, la posición del consumidor de cara a reclamar la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad del bien vendido se ve mejorada con respecto a la que tiene el comprador demandante de responsabilidad por vicios ocultos con base en el Código civil. Y es que, en efecto, este último se veía obligado tradicionalmente a acreditar que la cosa presentaba «vicios», así como que estos reunían los requisitos ya conocidos de preexistencia, carácter oculto y considerable incidencia sobre la utilidad de la cosa. Sin embargo, a nuestro entender, la posición procesal del consumidor de bienes de consumo se asimila más a la de cualquier acreedor que, en caso de incumplimiento total o de cumplimiento defectuoso, sólo tiene que demostrar la existencia de la obligación y alegar, como hemos dicho, la falta de cumplimiento del deudor, aunque sí le corresponda, como es lógico⁵⁰, demostrar los otros presupuestos de que depende el nacimiento de la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad del bien entregado y que, como se extrae de la propia Directiva, son la incognoscibilidad de la misma por el adquirente y su existencia en el momento de la entrega del bien⁵¹. Este planteamiento, además, nos parece el más coherente con el principio consagrado por la nueva L.E.C. en materia de prueba, a cuyo tenor la carga probatoria de un hecho ha de corresponder a aquella parte que cuente con una mayor facilidad para aportarla, parte que en este caso entendemos que no es otra que el vendedor⁵².

Por el contrario, de mantenerse que el consumidor tiene que demostrar cumplidamente que el bien presenta una falta de conformidad⁵³, entendiéndolo de

⁵⁰ Tal como dispone el art. 281.1 L.E.C., «*La prueba tendrá como objeto los hechos que guarden relación con la tutela judicial que se pretenda obtener en el proceso*».

⁵¹ Cfr. respectivamente, los arts. 2.3 y 3.1 de la Directiva.

⁵² En efecto, el art. 217.6 L.E.C. establece que: «*Para la aplicación de lo dispuesto en los apartados anteriores de este artículo el tribunal deberá tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes del litigio*».

⁵³ Ésta es la opinión que sostiene Orti Vallejo, ob. cit., pág. 109. Entiende este autor que la prueba de la falta de conformidad corresponde al consumidor por ser un hecho positivo, aspecto éste en el que se distingue del caso de incumplimiento total, en el que únicamente bastará con alegarlo, planteamiento éste que no nos parece muy coherente con la identificación que el propio autor hace —y que nosotros compartimos— entre falta de conformidad e incumplimiento. Por otra parte, el citado profesor afirma que: «*La carga de la prueba de la falta corresponderá al comprador, tanto si actúa como actor contra el vendedor, como si lo hace defendiéndose frente a la demanda del vendedor en reclamación del precio o de la parte del mismo no satisfecha. Y ello por aplicación de la regla de que incumbe al actor la prueba de los hechos constitutivos (falta de conformidad) y al demandado la de los hechos impeditivos y extintivos*». Aunque este planteamiento es, en principio, irreprochable y viene confirmado no sólo por el ya derogado art. 1.214 C.c., sino también por los apartados 2 y 3 del art. 217 L.E.C., también debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el apartado 6 de este último precepto, en cuanto conmina al juzgador a tener en cuenta la disponibilidad y faci-

modo similar a la acreditación de lo que en los Códigos nacionales se denomina como «vicio» o «defecto», la Directiva vendría a ser acorde con la tradición de los Estados miembros de la Unión a los que pertenecen dichos cuerpos legales, lo cual en sí mismo, no supone una minusprotección del consumidor y, por tanto, no es necesariamente criticable, pero entonces habría que afirmar claramente que la norma comunitaria no ha venido a incrementar (al menos en lo que a este extremo se refiere) la tutela de que con anterioridad a su dictado gozaba el comprador.

Evidentemente y, por otra parte, nada de lo dicho tiene validez para el caso de que o bien el vendedor admita la disconformidad de la cosa entregada con respecto a lo pactado⁵⁴, o bien el consumidor admita que aquélla se adecúa a los parámetros de conformidad del art. 2.2 de la Directiva sin poder probar una especificación contractual contradictoria con ellos⁵⁵, pues en tales supuestos no habrá que aplicar ni interpretar presunción alguna⁵⁶.

lidad probatoria que corresponde a cada una de las partes en el litigio. Por otro lado, y como hemos tenido ocasión de analizar en otro lugar (cfr. Castilla Barea, *La imposibilidad de cumplir los contratos*, Madrid, 2000, págs. 276 y 277), debe destacarse que, en punto a la acción de cumplimiento, con la que innegablemente guardan estrecha relación muchos de los mecanismos que prevé la Directiva como defensa ante la falta de conformidad (y, por tanto, como consecuencia jurídica derivada de la misma), está aceptado que al acreedor no ha de desplegar una actividad probatoria especial, sino que le basta con invocar la falta de cumplimiento de la obligación para trasladar al deudor la carga de probar que ha cumplido o, en caso contrario, que no lo hizo por una razón jurídicamente atendible. En este mismo sentido se manifiestan, entre otros, Jordano Fraga (*La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, págs. 236 a 239, nota 266) y, con más oscilaciones, Verdura Server (*El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995, págs. 71, por un lado, y 212 y 213, por otro). De mayor peso a la hora de atribuir al consumidor la carga de la prueba de la falta de conformidad nos parece otro argumento que también ofrece el propio Orti Vallejo (ob. y loc. últ. cit.) y que es el relativo a que, una vez producida la entrega del bien y la aceptación siquiera inicial del mismo por el adquirente, hay al menos una apariencia de cumplimiento correcto por parte del vendedor que aquél debería destruir. De todos modos, no creemos que en este caso la apariencia deba ser especialmente protegida a través de la distribución de la carga de la prueba, puesto que tal entrega y aceptación constituyen un presupuesto imprescindible del propio supuesto de hecho del saneamiento y de la consiguiente responsabilidad que origina.

⁵⁴ En nuestro Ordenamiento no existe una norma que prevea expresamente esta situación y le apareje un determinado efecto, aunque, según Orti Vallejo (ob. cit., pág. 114), tal reconocimiento está implícito en el ofrecimiento efectuado por el vendedor de reparar o subsanar los defectos, de lo que la jurisprudencia ofrece múltiples ejemplos. Por el contrario, tal posibilidad sí se prevé en el art. 1.519 *sexies* del *Codice Civile* y produce, en el Derecho italiano, la innecesidad de que el consumidor proceda a realizar la denuncia del defecto de conformidad, del mismo modo que si el vendedor hubiese ocultado dolosamente su existencia.

⁵⁵ Situación esta última más hipotética que real, si se parte de la base de que el consumidor pretende responsabilizar al vendedor de su insatisfacción.

⁵⁶ La coincidencia de las partes en su juicio acerca del estado de la cosa, bien porque el vendedor se avenga a reconocer la falta de conformidad, bien porque el comprador admita su conformidad, produce como consecuencia la exención de la práctica de la prueba. A estos efectos, hay que tener en cuenta lo dispuesto en el art. 281.3 L.E.C.: «*Están exentos de prueba los hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, salvo en los casos en que la materia objeto del proceso esté fuera del poder de disposición de los litigantes*». Por tanto, en caso de que el vendedor reconozca la existencia de los defectos (que será la hipótesis que con más verosimilitud pueda presentarse) no es que el compra-

En cualquier caso, hay que reconocer, como antes se ha apuntado, que es la propia letra del instrumento comunitario la que genera la posible ambigüedad de su interpretación. Por ello, y aplicando el criterio finalista (partiendo de la base de que realmente el legislador europeo sitúe la protección de los consumidores por encima de otros intereses a que la propia norma reconoce servir⁵⁷), estimamos que habría sido mucho más adecuado a esa función tuitiva, haber establecido la presunción en términos inversos, esto es, haber presumido la falta de conformidad del bien, salvo que el vendedor acreditara su adecuación a los consabidos parámetros de referencia del art. 2.2 de la Directiva. Su redacción podría haber sido algo parecido a lo siguiente: «*Se presumirá que los bienes de consumo no son conformes al contrato salvo que el vendedor demuestre que: a) se ajustan...*»⁵⁸. De este modo la posición del consumidor sí se vería realmente favorecida, pues sería ya indudable que para destruir la presunción, correspondería al vendedor demostrar la adecuación del bien a los criterios de conformidad establecidos por el susodicho artículo.

dor tenga que realizar una mínima prueba o ninguna en función de los casos –alternativa de la que parte Orti Vallejo (ob. cit., pág. 114)–, sino que la exención de la práctica probatoria está legalmente establecida.

⁵⁷ Con cierta malicia, puede pensarse que la consagración de la presunción de conformidad en los términos en que se presenta deja traslucir –seguramente más de lo deseado– el triunfo de los intereses del sector de los comerciantes y vendedores sobre los propósitos de protección del consumidor. Recuérdese que, por ejemplo, los Considerandos 2 y 3 de la parte expositiva de la Directiva se refieren a otros intereses u objetivos que poco o menos tienen que ver con la protección de los consumidores, como son la realización del mercado interior y el favorecimiento de la leal competencia entre los vendedores. La importancia de estos objetivos en el ámbito de la Directiva es tal que García-Cruces («Las garantías contractuales como protección frente a los defectos del producto», *Derecho de los Negocios* 2001, septiembre, págs. 1 y ss.; en concreto, pág. 23) concibe la protección de los derechos de los consumidores como un instrumento al servicio de la libre circulación de mercancías y no le falta razón en esta intuición: «La finalidad esencial de esta Directiva radica en ser un instrumento para la realización de la libre circulación de mercancías. En virtud de tal libertad, los consumidores pueden abastecerse y cubrir sus necesidades en el territorio de cualquier Estado miembro, por lo que se ha considerado la oportunidad de buscar y lograr una armonización mínima de las normas que resulten aplicables a este tipo de adquisiciones, tanto para asegurar una protección –mínima– uniforme a los consumidores como para incentivar y asegurar la formación de un mercado interior, en donde las diferencias de régimen jurídico no pueden generar distorsiones». Referencias a otros fines perseguidos por la Directiva, diferentes o concomitantes con la tución del consumidor pueden verse en Morales Moreno («Declaraciones públicas y vinculación contractual. [Reflexiones sobre una Propuesta de Directiva]», A.D.C.-1999.1, págs. 265 y ss.; en concreto, pág. 266) y Jordá Capitán («La Directiva 1999/44/C.E. de 25 de mayo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo. Consideraciones respecto de su repercusión en los regímenes de garantía legal y garantía comercial en el Ordenamiento Jurídico Español», C.D.C., n.º 31, abril 2000, págs. 127 y ss.; en concreto, págs. 129 a 132).

⁵⁸ La redacción que proponemos se acerca más, aunque no es idéntica, a la del art. 35.2 C.V. que, como sabemos, comienza así: «*Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos...*». Como puede verse, aunque puede discutirse que establezca una presunción de desconformidad, el precepto parte de la base de la desconformidad y no de la adecuación de las mercaderías a lo pactado, aspecto éste en que no suele reparar la doctrina.

IV. EL CRITERIO DE CONFORMIDAD DEL ART. 2.2.A)
 DE LA DIRECTIVA: LA ADECUACIÓN DEL BIEN
 A LAS DESCRIPCIONES DEL VENDEDOR Y A LAS CUALIDADES
 DE LA MUESTRA O MODELO

A tenor del art. 2.2.a) de la Directiva:

«Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si:

- a) Se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo»⁵⁹.

Como puede verse, dentro de este apartado, el legislador comunitario otorga relevancia, por una parte, a las descripciones sobre el bien hechas por el vendedor⁶⁰ y, por otra, a la referencia que constituye la muestra o modelo del bien de consumo objeto del contrato. La primera cuestión que se suscita a la vista del apartado transcrito es si en él se contemplan dos posibles parámetros de referencia para determinar la falta de conformidad del bien con el contrato, con un funcionamiento aislado, o bien si se trata de un único criterio de determinación aunque complejo, aplicable solamente en el caso de que el contrato responda a lo que tradicionalmente se ha venido conociendo como «venta sobre muestra»⁶¹.

⁵⁹ Este apartado se corresponde con la letra b) del nuevo art. 1.519 *ter* del *Codice Civile*, cuyo tenor literal es el siguiente: «*Se presume que los bienes de consumo son conformes al contrato si, cuando sea pertinente, coexisten las siguientes circunstancias: b) son conformes a la descripción hecha por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor ha presentado al consumidor como muestra o modelo.*».

⁶⁰ La alusión a la descripción del vendedor constituye una novedad que introduce la Directiva con respecto al apartado c) del art. 35.2 de la Convención de Viena, que sólo hace referencia a «*las cualidades de la muestra o modelo que el vendedor haya presentado al comprador.*».

⁶¹ A este respecto, y dejando a un lado la cuestión del ámbito de aplicación de las normas del Código de Comercio, no puede ignorarse la regulación contenida en su art. 327, referente a la venta hecha sobre muestras o con determinación de una calidad conocida en el comercio: «*Si la venta se hiciere sobre muestras o determinando calidad conocida en el comercio, el comprador no podrá rehusar el recibo de los géneros contratados, si fueren conformes a las muestras o a la calidad prefijada en el contrato.// En el caso de que el comprador se negare a recibirlos, se nombrarán peritos por ambas partes, que decidirán si los géneros son o no de recibo.// Si los peritos declarasen ser de recibo, se estimará consumada la venta, y en el caso contrario, se rescindirá el contrato, sin perjuicio de la indemnización a que tenga derecho el comprador.*». Nótese la tremenda semejanza entre el contenido sustancial del primer párrafo del precepto con el apartado 2.a) del art. 2 de la Directiva: por una parte, ya en el Código de Comercio se limitan las posibilidades del comprador de rehusar la entrega de los bienes si éstos **fueren conformes** a las muestras o a la calidad prefijada en el contrato, lo que apoya nuevamente la relatividad de lo novedoso del concepto de «conformidad», aunque, evidentemente, la regulación prevista en la Directiva se aparta de ésta, además de por su ámbito de aplicación, también por el hecho de que resulta aplicable tras la entrega y, por tanto, una vez aceptado el bien de consumo, lo que excluye la posibilidad de rehusarlo ya en ese momento; por otra parte, la muestra es parámetro de referencia en ambos preceptos, en tanto que la calidad de que habla la norma codicial, que no es otra cosa según ya sabemos, que la suma de las cualidades de un bien, es sustituida por esta última expresión en la europea. En cualquier caso, es evidente que la contratación sobre una muestra o modelo o con referencia expresa a una calidad determinada constituye en sí mismo un tipo de venta en el Código de Comercio: de ahí que en el texto nos cuestionemos si a este respecto puede afirmarse el paralelismo del

Esto es: ¿constituyen las descripciones realizadas por el vendedor una referencia para determinar la conformidad aplicable a cualquier modalidad de venta⁶², incluso no realizada sobre muestra o tales descripciones sólo vienen a completar o definir con mayor claridad lo que la muestra o modelo vierten al exterior? La cuestión es susceptible de plantearse puesto que la conjunción «y» que une en el artículo ambos criterios, aunque parece responder mejor a esta última idea, no permite excluir definitivamente ninguna de las alternativas vistas.

Sin embargo, en nuestra opinión, lo más adecuado es decantarse por el segundo entendimiento de la norma, esto es, considerar que las descripciones del bien hechas por el vendedor deben relacionarse necesariamente con una venta celebrada sobre muestra o modelo⁶³, por las siguientes razones:

- 1.^a Porque si la descripción del bien es autónoma con respecto a la muestra o modelo y además resulta detallada, entonces la presentación de aquélla carecerá de relevancia y no resultará de aplicación el art. 2.2.a) de la Directiva que, como sabemos, debe aplicarse en defecto de previsiones específicas de las partes al respecto. Si la descripción del bien no contradice lo que se deduce de la propia muestra, una de dos: o la muestra es innecesaria o la descripción se considera como un complemento de la misma; si limita o determina el alcance del modelo, también es un complemento de su presentación, aunque sea con un sentido negativo o excluyente de alguna cualidad concreta. Pero si es absolutamente contradictoria con la muestra presentada, entonces prevalecerá la descripción que se haga del bien, pero no por aplicación del art. 2.2.a), sino del art. 2.1 de la Directiva⁶⁴. Lo dicho es más indiscutible si esta

art. 2.2.a) de la Directiva. En el Derecho alemán, el párrafo 494 B.G.B. se ocupa de esta modalidad contractual, estableciendo que: «(Compraventa según prueba): En una compraventa según prueba o según muestra se considera que las cualidades de la prueba o la muestra han sido afirmadas». Por su parte, en el *Codice Civile* este tipo de contrato está regulado en el art. 1.522, cuyo tenor literal es el siguiente: «Venta sobre muestra o sobre tipo de muestra.—Si la venta se hace sobre muestra, se entiende que ésta debe servir como parangón exclusivo de la cualidad de la mercancía, y en tal caso cualquier deformidad atribuye al comprador el derecho a la resolución del contrato. // No obstante, cuando de la convención o de los usos resulte que la muestra debe servir únicamente para indicar de modo aproximado la calidad, se puede pedir la resolución solamente si la deformidad con respecto a la muestra es notable. // En todo caso la acción está sujeta a la decadencia y a la prescripción establecidas por el art. 1.495».

⁶² Aunque no se plantea la alternativa que presentamos en el texto, por este entendimiento de la norma parece decantarse Orti Vallejo (ob. cit., pág. 68) cuando, ocupándose específicamente de la concordancia entre las características del producto predicadas en el etiquetado y la realidad, afirma que la discordancia de este tipo no sólo constituiría una falta de conformidad de la letra d) del art. 2.2., sino que «también sería falta de conformidad de acuerdo con la letra a), puesto que se ha descrito al producto con unas características que no tiene».

⁶³ Coincidimos con Morales Moreno («Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», cit., pág. 303) [cuyas palabras reproduce textualmente Avilés García en «Las garantías...», cit., pág. 2797; «Problemas...», cit., pág. 1193 y «Nuevas perspectivas...», cit., pág. 109, con la única variación del texto del art. 2.2.a) de la Directiva] en la afirmación de que «la venta bajo muestra existe por el mero hecho de que «el vendedor haya presentado una muestra o modelo al comprador», sin necesidad de probar la existencia de un pacto expreso o tácito sobre el alcance vinculante de la muestra».

descripción se ha hecho constar en la documentación del contrato, o en un pedido o factura, tanto si en ellos se describen directamente las cualidades que el bien debe reunir, como si las mismas se deducen de la designación de una marca o modelo, porque en todos estos supuestos nos encontramos, sin duda, ante especificaciones contractuales detalladas que excluyen la aplicación de los criterios del art. 2.2 de la Directiva⁶⁵.

- 2.^a Porque cuando el propio bien objeto del contrato se encuentra a disposición del consumidor, las descripciones del vendedor pierden, en cierta medida, relevancia autónoma. En este contexto (y siempre que la descripción no conste de otro modo incorporada a la documentación contractual, como veíamos antes) constituye un apoyo más firme, de más fácil prueba para el consumidor, reconducir tales descripciones a otros apartados del art. 2, especialmente, a la admisión por el vendedor de la susceptibilidad del bien de un concreto uso requerido por el adquirente (art. 2.b), o a sus declaraciones públicas acerca de las características del mismo o a la concreción que de estas últimas puede hacer su etiquetado (art. 2.2.d) o incluso frente al resultado que arroja la propia contemplación visual del bien a adquirir por el consumidor (reconducible, en su caso, también al art. 2.2.d), esta vez en su primera parte). Por el contrario, cuando el consumidor debe decidir si adquiere o no el bien sobre una muestra o modelo, sí es interesante determinar hasta qué punto deberá coincidir el modelo con el original⁶⁶, extremo éste respecto del cual las descripciones del vendedor sí pueden ser de gran importancia.

⁶⁴ En el seno de la C.V., dado que su art. 35.2.c) no menciona en absoluto junto a la presentación de una muestra a la descripción del bien hecha por el vendedor, la cuestión que venimos debatiendo tiene menor calado. Sin embargo, Morales Moreno («Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, pág. 304) se plantea brevemente el valor que habría que asignarle en caso de existir tal descripción, llegando a unas conclusiones similares a las que nosotros exponemos en el texto.

⁶⁵ Orti Vallejo (*ob. cit.*, pág. 64) se plantea todas estas posibilidades de plasmación de la descripción del vendedor, aunque no se cuestiona en absoluto que la descripción sea un elemento independiente o, por el contrario, complementario de la muestra. Todo su planteamiento parte de la base de su independencia. Sin embargo, no repara en que si la descripción se incorpora a la documentación del contrato, existe ya prueba de una especificación contractual, lo que excluye el recurso a la muestra o modelo.

⁶⁶ Como indica Morales Moreno («Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, pág. 303), seguido de cerca por Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2797; «Problemas...», *cit.*, pág. 1193 y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 109), el valor que en cada caso deba atribuirse a la muestra depende de la autonomía de la voluntad de las partes y así el modelo puede vincular sólo respecto de ciertas cualidades de la cosa, esto es, ser meramente indicativa o también puede vincular plenamente. Sin embargo, considera Orti Vallejo (*ob. cit.*, pág. 72), siguiendo a la doctrina mercantilista, que sólo existe una auténtica venta sobre muestra cuando ésta se integra plenamente en el contrato, de forma que constituye una prueba preconstituída del contenido de la obligación del vendedor, «bien porque se consigne la muestra o porque se sella».

Pensemos, por ejemplo, en la adquisición de losas de toba manual para pavimento, o de laminas de parquet, realizada sobre una muestra de las mismas. Frecuentemente, en este tipo de bienes en cuya fabricación hay un margen de variación respecto a los modelos presentados al público, los proveedores suelen especificar que las losas pueden presentar pequeños abultamientos o diferencias de color de tal o cual entidad o, en el caso del parquet, es también frecuente indicar que el número de nudos de la madera puede oscilar entre unos porcentajes determinados, sin que ello suponga una alteración en el nivel de calidad. En casos como éste, la descripción del vendedor contribuye por supuesto a fijar el valor de la muestra como referente más o menos exacto del bien que se entregará al consumidor y, por tanto, constituye un parámetro complementario para determinar el nivel de adecuación entre lo pactado y lo efectivamente realizado.

Así pues, las descripciones del vendedor pueden tener importancia de cara a excluir o, por el contrario, predicar del bien objeto de la venta alguna cualidad presente o, en el otro caso, ausente, de la muestra o modelo. De no ser así, el consumidor tiene pleno derecho a requerir que el bien que se le entregue presente idénticas características al que se le ofreció como referente⁶⁷, que se adecúe a lo que el adquirente pudo percibir y deducir de la muestra enseñada⁶⁸

⁶⁷ Es lo que Morales Moreno («Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, pág. 303) denomina «función atributiva» de la muestra, que obliga al vendedor a entregar unos bienes de consumo acordes con el tipo y calidad que aquella representa. De esta terminología se apropia Avilés García, «Las garantías...», *cit.*, pág. 2797; «Problemas...», *cit.*, pág. 1193 y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, págs. 105 y 106.

⁶⁸ No compartimos, pues, la opinión de Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2797; «Problemas...», *cit.*, pág. 1193 y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 108), según la cual «cuando se habla de *«las cualidades del bien»* no se está refiriendo el texto legal a todas las cualidades que pueda descubrir el consumidor en la muestra, sino tan sólo aquellas con las que éste pueda contar». A falta de especificaciones del vendedor que excluyan alguna cualidad presente en la muestra, el consumidor tiene, en nuestra opinión, derecho a exigir plena identidad entre la muestra que se le presenta y el objeto que se le ha de entregar. Es cierto que este autor parte de una perspectiva diversa, puesto que tiene *in mente* a la hora de plasmar la opinión transcrita un supuesto en que es el consumidor quien presenta una muestra al vendedor, pero es que éste no es el caso contemplado en la norma, puesto que literal y exclusivamente se refiere el art. 2.2.a) de la Directiva a las cualidades del bien «*que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo*» y no a la inversa (la negrita es nuestra). La hipótesis que se plantea el autor citado se relaciona más con un contrato de obra o suministro, también incluido en el ámbito objetivo de la Directiva, pero al cual los criterios de determinación de la conformidad habrán de aplicarse en la medida de lo posible y con las adaptaciones que sean necesarias. En cualquier caso, el planteamiento del citado autor, parece ser producto de una mala adaptación de la opinión que literalmente ofrece Morales Moreno («Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, pág. 304) y que tiene un sentido diferente: este civilista apunta que el vendedor no puede verse vinculado por las características que unilateralmente deduzca el comprador de la muestra que **aquel** le presente, pero que no hayan podido ser tenidas en cuenta por el propio vendedor. Con todo, no se proporciona un mayor desarrollo del problema que se plantea, remitiéndose el último autor citado a la S.T.S. de 21 febrero 1956. Por otra parte, Morales Moreno (ob. y loc. últ. cit.) considera, en un juicio extrapolable a la interpretación del art. 2.2.a) de la Directiva, que cuando es el comprador el que presenta una muestra al vendedor para que el bien que éste le transmite se adecue a ella –cosa que puede suceder en los contratos de suministro o de obra que la Directiva equipara a los de compraventa de cosa mueble–, no resulta aplicable el art. 35.2.c) de la C.V.

y, especialmente, que reúna todas aquellas cualidades que los bienes pertenecientes al tipo de la muestra presentan normalmente en el tráfico⁶⁹. Desde este punto de vista, el aspecto de este tipo de venta que mayor interés puede revestir para el consumidor, es la mayor facilidad que representa la existencia de la muestra tanto para la determinación de la falta de conformidad como para su prueba, puesto que será suficiente para ello con constatar la inidentidad entre la muestra y la cosa entregada⁷⁰.

Desde el punto de vista del vendedor, sin embargo, la venta sobre muestra también puede suponer ventajas en punto a la determinación de la conformidad del bien con el contrato, puesto que cuando el consumidor contrata por efecto de la contemplación del modelo que se le presenta y éste le permite percibirse de ciertas características del bien que él puede considerar como «defectos» o bien de la carencia de cualidades de su interés, puede estimarse que es como si los estuviera viendo en el bien sobre el que concretamente recaerá el contrato, por lo que, una vez examinada a su contento la muestra, y siempre que exista identidad entre ella y el bien específicamente entregado al consumidor, éste no podría alegar la falta de conformidad con el contrato, puesto que es como si lo adquirido hubiera estado desde el primer momento a la vista⁷¹.

Por otra parte, en nuestra opinión, el art. 2.2.a) de la Directiva establece un criterio de determinación de la conformidad del bien con el contrato que resulta aplicable cuando la función de la muestra o modelo es representar ante el consumidor –con el alcance que las partes le otorguen y completada esta misión representativa en su caso por las declaraciones del vendedor– el bien del que se le hará entrega, pero no cuando se trata de verificar los bienes servidos, extrayendo el vendedor de los entregados uno para que el consumidor acepte el lote completo⁷². En este caso, nos encontramos con una aceptación de los bienes por el consumidor sin que éste haya procedido a examinar su conformidad con lo pactado y no, estricta y necesariamente, con un caso de falta de conformidad

⁶⁹ En el mismo sentido, cfr. Morales Moreno («Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, pág. 304) y Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2797; «Problemas...», *cit.*, pág. 1193 y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 108).

⁷⁰ En el mismo sentido, cfr. Orti Vallejo, *ob. cit.*, págs. 72 y 73.

⁷¹ Es lo que Morales Moreno («Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, pág. 304), seguido por Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2797; «Problemas...», *cit.*, pág. 1193 y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 108), denomina «función excluyente» de la muestra o modelo. Éste debe servir para que el comprador conozca la mercancía sobre la que contrata, como si estuviera «a la vista» en el momento de comprar, de modo que no podrá invocar posteriormente la falta de conformidad del bien con el contrato basándose en características del bien que pudo conocer a través del examen de la muestra, ya sea por carencia de cualidades concretas o por la presencia en ellos (en el bien y su modelo) de ciertos vicios.

⁷² En contra, cfr. Morales Moreno («Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, pág. 303) y Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2797; «Problemas...», *cit.*, pág. 1193 y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 109).

generatriz de responsabilidad para el vendedor. En una situación como ésta habría que decidir hasta qué punto debe tutelarse a un adquirente que no verifica lo que se le entrega⁷³, y hasta qué momento puede entenderse que existe un plazo de aceptación o rechazo del bien objeto del contrato sin que pueda estimarse realizada su entrega, es decir, dónde situamos la línea entre incumplimiento previo a la obligación de entrega y falta de conformidad percibida con posterioridad a la misma.

Para terminar, deben mencionarse dos problemas de prueba, independientes de la determinación de la conformidad o no del bien con el contrato, que plantea la venta sobre muestras: el primero de ellos se refiere a la propia calificación del contrato celebrado como «venta sobre muestras»; el segundo es el atinente a la identidad de la muestra presentada⁷⁴.

- a) Por lo que se refiere a la calificación del contrato como «venta sobre muestra», en una nota anterior hemos defendido que la mera presentación de una muestra por el vendedor al consumidor es suficiente para considerar que estamos ante este tipo de contrato. Ahora bien, el problema estriba entonces en demostrar que dicha presentación se ha producido, circunstancia que puede interesar tanto al comprador –si pretende exigir las cualidades presentes en la muestra–, como al vendedor –si pretende enervar pretensiones del adquirente relativas a cualidades ausentes de ella–. De ahí que, a pesar de que normalmente se sostenga que es el comprador quien carga con la prueba de acreditar el tipo de contrato celebrado, parezca imponerse la regla de que la prueba incumbe al actor y, por tanto, al consumidor o al vendedor según quién esté interesado en hacer valer la existencia de una venta sobre muestra⁷⁵.
- b) Por lo que respecta a la demostración de la identidad de la muestra, no parece un criterio seguro propugnar que corresponda a la parte que la aporte en su interés⁷⁶, por más que ello pueda parecer coherente con el criterio defendido en el apartado anterior. Y es que el consumidor puede encontrarse en una imposibilidad absoluta de aportar la muestra, pues, normalmente, el vendedor se la presenta, se la enseña, pero no necesariamente se la entrega. De ahí que el único modo fiable de acreditar cuál fue el modelo que sirvió de base al contrato sea su sellado o consignación. En otro caso, nos encontraremos con un problema de difícil solución.

⁷³ Y es que, como apunta Orti Vallejo (ob. cit., pág. 74), «en toda compraventa y, sobre todo si es de cosa genérica, el comprador tendrá que realizar una comprobación de la cosa que se le entregue para ver si se ajusta o no a la pactada».

⁷⁴ Tales dificultades probatorias son puestas de relieve por Morales Moreno, «Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, pág. 311.

⁷⁵ En el mismo sentido, cfr. Morales Moreno, «Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, pág. 311.

⁷⁶ Como propone Morales Moreno, «Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, pág. 311.

V. EL CRITERIO DE CONFORMIDAD DEL ART. 2.2.B) DE LA DIRECTIVA: LA ADECUACIÓN DEL BIEN AL USO REQUERIDO POR EL CONSUMIDOR Y ADMITIDO POR EL VENDEDOR

Introduciendo ciertas innovaciones con respecto a su antecedente en la Convención de Viena⁷⁷, el art. 2.2.b) de la Directiva, dispone que:

«Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si:

- b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y éste haya admitido que el bien es apto para dicho uso»⁷⁸.

Como hemos adelantado con anterioridad, en el apartado transcrito se contiene un criterio que no puede ser utilizado por sí solo, sino que necesariamente ha de ponerse en relación con una previsión contractual expresa de las par-

⁷⁷ En efecto, el apartado presenta algunas diferencias con respecto al art. 35.2.b) de la C.V., cuyo tenor literal es el siguiente: «*Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: b) Que sean aptas para cualquier uso especial que expresa o tácitamente se haya hecho saber al vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias resulte que el comprador no confió, o no sea razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor*». El precepto correspondiente en la Directiva es más exigente, puesto que no basta con que el comprador haga saber expresa o tácitamente que desea aplicar la cosa a un uso especial, sino que es preciso un requerimiento en tal sentido y además la aceptación por el vendedor de la habilidad del bien para este destino que se pretende darle. Según Orti Vallejo (ob. cit., pág. 65) este mayor rigor de la norma comunitaria encuentra su justificación en lo infrecuente de estos pactos en las compraventas de consumo. Precisamente de la comparación entre el art. 2.2.b) de la Directiva y el que acabamos de transcribir, deduce Avilés García («Las garantías...», cit., pág. 2797 y 2798; «Problemas...», cit., págs. 1193 y 1194 y «Nuevas perspectivas...», cit., pág. 109) que la función del primero es «la protección de los consumidores», en razón a la cual se ha eliminado la referencia a la confianza en la competencia y el juicio del vendedor, que sólo tiene sentido en una relación en la que ambas partes actúan en iguales condiciones y sometidos a las reglas del mercado internacional. Sin embargo, tras poner de relieve el distinto ámbito –internacional e interno– de las dos normas que compara, el citado autor realiza una observación que no se entiende bien desde el concepto de consumidor que define la propia norma comunitaria en su art. 1.2.a): «Por contrapartida, este criterio de interpretación del 2.2.b) de la Directiva 1999/44/C.E., se aplicará en el ámbito interno de las ventas de bienes muebles corpóreos en el que, por ejemplo, el consumidor haga saber al vendedor el destino o lugar donde se revenderán esas mercaderías o bienes, o también en el caso en que el comprador indique las reglas y criterios exigibles del lugar donde se piensan revender esos bienes por el consumidor». No se entiende qué influencia pueda tener en la aplicación de este criterio un posible ánimo de revender, si no es, precisamente, que el uso especial del bien a que se refiere la norma sea su posible reventa. Sin embargo, como decíamos antes, este planteamiento no parece demasiado coherente con el concepto de consumidor que emplea la Directiva y según el cual, para ser considerado como tal, el adquirente debe actuar «con fines que no entran en el marco de su actividad profesional». Por otra parte, es bien sabido que la «comerciability» (*merchantability*) es una aptitud que deben presentar las mercancías en el seno de la Convención de Viena, pero que no puede defenderse en el ámbito de la Directiva que nos ocupa. Las observaciones de Avilés García tienen su base en las correlativas que para el art. 35.2.b) C.V. hace Morales Moreno («Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», cit., pág. 301), pero no son trasplantables aquí, como también intuye Tamayo Carmona (ob. cit., pág. 122).

⁷⁸ La transposición de este apartado del art. 2.2 de la Directiva al Derecho italiano, materializada en el nuevo art. 1.519 *ter*, párrafo segundo, letra d) del *Codice Civile*, arroja el siguiente resul-

tes que ha de existir⁷⁹ y cuya realidad y contenido puedan demostrarse de otro modo por alguno de los contratantes⁸⁰. Y es que, en este punto, la función de la norma no es ni declarar la voluntad de los contratantes, ni tampoco suplirla, sino dar relevancia capital a un aspecto del contrato que podría quedar oscurecido o incluso neutralizado por otra presunción. Con ello quiere decirse que, de no existir la letra b) del art. 2.2 de la Directiva, seguramente el consumidor podría alegar la falta de conformidad con el contrato basándose sin más en la previsión contractual referida a este uso especial, pero se plantearía entonces el problema de si prevalecería este extremo o bien la presunción de conformidad contenida en la letra c) del mismo precepto, en cuya virtud el bien es conforme con el contrato si es apto para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo. Y es que es perfectamente posible que el bien, pese a no responder a los especiales requerimientos del adquirente, sí resulte útil para un uso normal⁸¹.

Precisamente la presunción de la letra c) se impondrá en el caso en que, pese a haber existido en realidad el requerimiento de que el bien sirviera para ese uso especial a que se refiere el art. 2.2.b), no pueda demostrarse tal petición o no pueda probarse la admisión del vendedor de la utilidad del bien para esa función específica.

Con todo, un pacto de la naturaleza del que se contempla en el art. 2.2.b) no se integra con frecuencia en las típicas ventas de consumo, sino que tendrá

tado: «Se presume que los bienes de consumo son conformes al contrato si, cuando sea pertinente, coexisten las siguientes circunstancias: d) son además idóneos para el uso particular pretendido por el consumidor y que haya sido puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la conclusión del contrato y que el vendedor haya aceptado incluso mediante actos concluyentes». Como puede comprobarse, el legislador italiano ha contemplado expresamente la posibilidad de que la aceptación por el vendedor de la posibilidad de utilizar el bien para el uso especialmente requerido por el consumidor se realice de manera tácita, a través de actos concluyentes, como podrían ser, por ejemplo, el silencio del vendedor respecto de la inhabilidad del objeto seguido de su entrega al consumidor, cuando consta el requerimiento de uso especial por parte de este último, conducta que sólo puede generar la confianza del adquirente en la utilidad requerida para el bien.

⁷⁹ Aunque no se plantea que necesariamente este precepto haya de ponerse en relación con él, señala Orti Vallejo (ob. cit., págs. 64 y 65) que «en definitiva, lo que requiere la Directiva para la relevancia de esta falta de conformidad, es que exista pacto al respecto entre vendedor y comprador», a lo cual añadimos nosotros la necesidad de que además ese pacto sea expreso y demostrable pues, de lo contrario, difícilmente podrá entrar en juego la presunción de conformidad contenida en este apartado del art. 2.2 de la Directiva.

⁸⁰ Téngase en cuenta que el contratante que alegue la existencia de este uso especial –normalmente el consumidor– tendrá que demostrar no sólo el requerimiento realizado al vendedor en tal sentido, sino también la admisión por parte de éste de que el bien de consumo es apto para el mismo.

⁸¹ Repárese en que la propia referencia a un uso especial cobra únicamente sentido en relación con los usos habituales o normales de la cosa en cuestión. Como dice Orti Vallejo (ob. cit., pág. 64), por uso especial habrá que entender, precisamente, «aquel que se aparta del que es normal o habitual en el objeto de que se trate». En cualquier caso, acudiendo a la supletoriedad del art. 2.2, la aplicación del art. 2.1 de la Directiva permitiría apreciar una falta de conformidad con base en la violación de una especificación contractual, de modo que ésta prevalecería sobre el criterio de la conformidad del art. 2.2.c).

su cabida normalmente más en los contratos de obra mueble que el art. 1.4 de la Directiva equipara a las compraventas de consumo y en los cuáles las especificaciones del comprador acerca de las características y destino extraordinario que pretende dar al bien se hacen prácticamente imprescindibles para que la cosa se fabrique y provea a su contento⁸².

Aunque acabamos de aludir conjuntamente a especificaciones del comprador acerca de un uso y características concretas y extraordinarias, se ha criticado que el legislador comunitario, junto a la contemplación de un posible uso especial del bien adquirido, no haya introducido una referencia a un pacto relativo a determinadas cualidades que el mismo haya de reunir, lo cual constituye una laguna que debería colmarse en el momento de su transposición a nuestro Ordenamiento interno⁸³. Sin embargo, lo cierto es que es muy difícil pensar en un caso en el que la exigencia de un concreto uso distinto del habitual no venga jalonada por el detalle de las características específicas que el bien ha de poseer para poder desempeñarlo, si bien por supuesto en la práctica puede darse tal hipótesis. En ese caso, y hasta que la transposición no integre (si lo hace) esta carencia, sólo puede pensarse que el consumidor podrá alegar esta falta de conformidad con el contrato basada en la ausencia de alguna cualidad específicamente exigida por él y admitida por el vendedor, pero este último no contará con una presunción de conformidad a su favor en este sentido⁸⁴.

VI. LOS CRITERIOS DE CONFORMIDAD DE LOS ARTS. 2.2.C) Y 2.2.D) AB INITIO DE LA DIRECTIVA: LA ADECUACIÓN DEL BIEN AL USO A QUE ORDINARIAMENTE SE DESTINAN BIENES DEL MISMO TIPO Y A LA CALIDAD Y PRESTACIONES HABITUALES QUE EL CONSUMIDOR PUEDE ESPERAR EN UN BIEN DE TAL NATURALEZA

Pese a que la idoneidad del bien para servir al uso a que habitualmente se destinan bienes del mismo tipo y su adecuación a la calidad y prestaciones habituales de los de su misma clase constituyen dos criterios independientes, que el legislador europeo ha preferido incardinar en dos letras distintas del art. 2.2 de

⁸² Similares observaciones hace Orti Vallejo, ob. cit., pág. 65.

⁸³ En este sentido, cfr. Orti Vallejo, ob. cit., págs. 63 a 66. Señala este autor que no es excusa para ello que un pacto de tales características sea infrecuente en los contratos celebrados con consumidores, puesto que igualmente lo es el relativo al uso especial y sí lo ha tenido en cuenta el legislador.

⁸⁴ Pese a que Orti Vallejo (ob. cit., pág. 65) considera que un pacto sobre las cualidades específicas de la cosa está implícito en el art. 1.4 de la Directiva, ello no significa que la presunción de conformidad del art. 2.2.b extienda su eficacia a la concurrencia de las cualidades pactadas. Como el propio autor señala (ob. últ. cit., pág. 66), el uso especial de una cosa es, a su vez, una cualidad de la misma, y tal vez por esta vía pudiera integrarse el pacto sobre las cualidades en el apartado que ahora nos ocupa. Sin embargo, también es posible que la exigencia de alguna cualidad especial no redunde necesariamente en un uso concreto sino que derive, incluso, de un mero capricho del comprador, en cuyo caso tal inclusión es más discutible.

la Directiva⁸⁵, lo cierto es que entre ambos criterios existe tal interrelación que, a nuestro juicio, bien podrían haberse aunado en uno solo que viniera a expresar algo así como:

«Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si: presentan la calidad habitual que, atendida la naturaleza del bien, pueda el consumidor esperar de ellos y si son aptos para los usos y prestaciones que ordinariamente desempeñan bienes del mismo tipo».

Y es que, como se ha puesto de relieve, la calidad o prestaciones habituales de los bienes están en relación directa con el uso de que son susceptibles⁸⁶: en cuanto a las prestaciones no cabe duda de que la propia palabra evoca las distintas utilidades que pueda reportar un bien; en cuanto a la calidad habitual, normalmente está en función del uso a que la cosa se destina⁸⁷, aunque por hipótesis es posible pensar en una exigencia cualitativa que no redunde de manera determinante en el uso sino, por ejemplo, en la apariencia estética del objeto⁸⁸, en su relación psicológica con un *status* social o económico, etcétera⁸⁹.

⁸⁵ La sistemática ha sido respetada por el legislador italiano, que contempla ambos criterios también de manera independiente en las letras a) y c) del art. 1.519.ter.II del *Codice Civile*: «*Se presume que los bienes de consumo son conformes al contrato si, cuando sea pertinente, coexisten las siguientes circunstancias: a) son idóneos para el uso al cual sirven habitualmente bienes del mismo tipo; c) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo, que el consumidor puede razonablemente esperar, teniendo en cuenta la naturaleza del bien y, en su caso, las declaraciones públicas sobre las características específicas de los bienes hechas al respecto por el vendedor, por el productor o por su agente o representante, en particular en la publicidad o en el etiquetado.*».

⁸⁶ Estamos plenamente de acuerdo con la afirmación de Orti Vallejo, ob. cit., pág. 82: «...la falta de conformidad relativa al uso o utilidad es, a su vez, falta cualitativa y, además, la más importante y la de mayor frecuencia en la práctica».

⁸⁷ A este respecto, hace Orti Vallejo (ob. cit., pág. 81) una inteligente observación: «Que la utilidad es lo más importante, lo pone de manifiesto el hecho de que el legislador decimonónico sólo considerara relevantes los defectos funcionales (art. 1.484 C.c.)», aunque ello no significa, como apunta el citado autor y nosotros en el texto, que no pueda tener relevancia una falta de conformidad derivada de exigencias cualitativas que no redunden necesariamente en la utilidad del bien. No obstante, este civilista (cfr. ob. últ. cit., págs. 82 y 83), refiriéndose a la jurisprudencia del T.S. acerca de los casos en que se ha pretendido el saneamiento por defectos cualitativos puros, que no influían negativamente sobre la utilidad de la cosa, afirma que la pretensión del comprador ha venido siendo invariablemente desestimada, resultado que le parece justificable por la circunstancia de que el defecto que no influye en la utilidad suele ser insignificante, puesto que no impide al adquirente obtener la satisfacción pretendida y; en consecuencia, resulta irrelevante. Este planteamiento, si bien es cierto, es discutible que pueda mantenerse también en la futura aplicación de la Directiva, porque el mismo encaja a la perfección en las exigencias que el Código Civil impone para dar lugar al saneamiento —ya sabemos que en el ámbito codicial es imprescindible la afectación de la utilidad normativamente relevante por el vicio oculto—, pero no en los requisitos exigidos por la norma europea para que se genere la responsabilidad del vendedor.

⁸⁸ En este sentido, Orti Vallejo (ob. cit., pág. 83) confronta la posibilidad de apreciar una falta de conformidad meramente cualitativa, que no afecte al uso del bien, con la consideración que hace el art. 35.2.d) de la C.V. del modo de embalaje o envasado de las mercaderías, que ha de corresponderse con lo que es habitual para las de su clase y, en todo caso, permitir su conservación y protección. El citado autor, establece un paralelismo entre este criterio de conformidad y la apreciación de una falta de conformidad meramente cualitativa, pero finalmente llega a la conclusión de que ni siquiera los defectos de envasado podrían considerarse como irrelevantes para el uso, pues en el

Lo cierto es que la letra c) del art. 2.2 de la Directiva, suscita pocas cuestiones interpretativas⁹⁰. En defecto de previsiones contractuales específicas acerca del uso a que la cosa comprada vaya a destinarse, el bien se considera conforme con el contrato de compraventa si es susceptible de servir a los usos a que habitualmente se destinan bienes de su misma clase. Se trata de un criterio objetivo o abstracto de integración de la voluntad de los contratantes, puesto que no se centra en la indagación del contrato a que en particular se aplica la presunción, sino que toma como referencia la realidad del tráfico sobre los bienes de un tipo determinado como indicativo fiable de lo que un comprador razonable puede esperar en la práctica de los bienes de esa clase⁹¹.

Por lo que respecta al criterio contenido en la letra d) *ab initio* del art. 2.2 de la Directiva, constituye una novedad propia de la norma europea, puesto que en el art. 35.2 C.V. no se incluye un criterio inspirador de éste. A lo sumo puede considerarse como un desarrollo del art. 35.1 del instrumento internacional,

ámbito de la Convención de Viena la posibilidad de reventa de los bienes es esencial y los defectos de embalaje pueden redundar negativamente en la comerciabilidad de las mercancías o en el porcentaje de ganancias que de su reventa pueda obtener el comprador. No obstante, como el propio autor señala, la insatisfacción del consumidor en el ámbito de la Directiva, por los defectos de presentación de la cosa (en cuanto a su envase o embalaje) será prácticamente irrelevante. Por su parte, Tamayo Carmona (ob. cit., pág. 123) sostiene que la comerciabilidad no tiene que significar necesariamente que las mercaderías vayan a ser revendidas, sino que es más bien un punto de referencia objetivo del que partir a la hora de determinar la importancia o relevancia de los defectos de calidad, que estará en función del uso a que vayan a destinarse las mercancías, de entre los cuales uno, pero no el único, puede ser la reventa.

⁸⁹ Concluye Orti Vallejo (ob. cit., pág. 83) a este respecto que los únicos supuestos imaginables de defecto de calidad que no influya en la función de los bienes son los relativos a los niveles de concentración o pureza de ciertas sustancias de que se componen y que merman o acrecientan su valor, sin modificar sus posibilidades de uso. No obstante, como él mismo reconoce, incluso en estos casos la función a que se destinan los bienes está presente, puesto que la concentración de las sustancias suele determinar utilidades diversas.

⁹⁰ Este apartado es un trasunto casi literal del art. 35.2.a) de la Convención de Viena, a cuyo tenor: «*Salvo que las partes hayan pactado otra cosa, las mercaderías no serán conformes al contrato a menos: a) Que sean aptas para los usos a que ordinariamente se destinan mercaderías del mismo tipo*». Tampoco existen modificaciones con respecto al modelo en la norma italiana de transposición de la Directiva (el art. 1.519.ter.II, letra a).

⁹¹ En referencia a la Convención de Viena, señala Morales Moreno («Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», cit., pág. 300) que la aplicación de este criterio de conformidad —el del art. 35.2.a)— requiere que pueda establecerse «una correspondencia entre las mercaderías vendidas y un tipo de tráfico. Nada impide, sin embargo, que el contrato opere con un tipo singular de mercaderías, de cualidades sólo identificables a través de su descripción, o por medio de las «prácticas» previamente establecidas entre las partes contratantes (art. 9.1 C.V.)». Avilés García («Las garantías...», cit., pág. 2798; «Problemas...», cit., pág. 1194, y «Nuevas perspectivas...», cit., pág. 109), reproduce literalmente esta opinión, alegando que la similitud entre el ámbito de aplicación del art. 35 C.V. y el del art. 2 de la Directiva, permite trasladar esta consideración al análisis de la misma. Sin embargo, no estamos plenamente de acuerdo con esta opinión, pues es difícil imaginar el establecimiento de una práctica comercial identificable y reiterada entre un vendedor y un consumidor. Por otra parte, y como hemos apuntado en una nota anterior, la aptitud de los bienes para su reventa, su comerciabilidad, no puede ser un criterio determinante del uso habitual de los bienes de consumo, como sí puede considerársela en el ámbito de la Convención de Viena.

que conmina al vendedor a entregar al adquirente «mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato»⁹², pero no debe perderse de vista que esta última norma no se incluye entre los supuestos en que «se presume la conformidad» (art. 35.2), sino que constituye la plasmación de la fuerza obligatoria de las especificaciones contractuales, del principio de conformidad de la mercadería con el contrato.

De este criterio, cuya ubicación sistemática junto a la consideración de las declaraciones públicas de vendedores, productores y representantes acerca de las características concretas de los bienes, ha sido objeto de crítica por la heterogeneidad de los criterios establecidos⁹³, se ha dicho que constituye el cauce de introducción de un elemento eminentemente subjetivo como son «las razonables y legítimas esperanzas» que el consumidor puede albergar acerca de las características del bien adquirido, lo que contrasta con el absoluto objetivismo de las características del bien que el consumidor puede exigir por hallarse presentes en la muestra o modelo [letra a) del art. 2.2]⁹⁴. Sin embargo, la calidad y prestaciones que el consumidor puede esperar que concurren en el bien no se determinan de modo tan amplio como podría deducirse de lo anterior, sino que encuentran su frontera en las que habitualmente reúnen bienes de la misma naturaleza que el adquirido y, en su caso, en las descripciones del vendedor⁹⁵, lo que nos transporta desde el criterio de integración objetivo con base en el tráfico para sumergirnos en los criterios contenidos en la segunda parte del propio art. 2.2.d) y, en su caso, en la letra a) *ab initio*⁹⁶.

En otro orden de ideas, el problema que suscita el análisis de lo que con base en la naturaleza del bien puede esperarse, estriba, en primer lugar, en determinar hasta qué punto puede afirmarse la naturaleza coincidente del bien de referencia y del que concretamente constituye el objeto del contrato y, en segun-

⁹² En opinión de Morales Moreno («Comentario de los arts. 35 a 40 C.V.», *cit.*, pág. 299), las alusiones a la calidad y al tipo, «permiten abarcar todas las posibles condiciones o cualidades objetivas que las mercaderías deban reunir, según los modos ordinarios de clasificarlas en el tráfico. El tráfico, unas veces utiliza sólo tipos y otras, tipos con subespecies (calidades)». Como puede verse, este autor relaciona la calidad y tipo con el criterio de lo que es habitual en el tráfico –contemplado en el art. 35.2.a) en relación con el uso ordinario–, característica que, a nuestro juicio, comparten las letras c) y d) *ab initio* del art. 2.2 de la Directiva.

⁹³ Cfr. Orti Vallejo, *ob. cit.*, pág. 62.

⁹⁴ En este sentido, cfr. Avilés García, «Las garantías...», *cit.*, pág. 2798; «Problemas...», *cit.*, pág. 1194, y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 109. Por su parte, tanto Lete Achirica (*ob. cit.*, pág. 1373) como Corral García («La Directiva...», *cit.*, pág. 523), ponen este criterio en relación con las legítimas «expectativas» del consumidor.

⁹⁵ Considera Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2798 y 2799; «Problemas...», *cit.*, pág. 1194, y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 109) que la naturaleza del bien y las declaraciones públicas acerca de sus características constituyen los elementos necesarios para evaluar «la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo».

⁹⁶ Siempre y cuando se estime que la descripción del bien realizada por el vendedor constituye un criterio independiente de determinación de la conformidad, opinión que, como hemos expuesto con anterioridad, puede discutirse. Cfr. *supra*, el apartado dedicado al análisis del criterio de conformidad establecido en el art. 2.2.a) de la Directiva.

do lugar, dónde ha de situarse el nivel de lo exigible en cuanto a calidad y prestaciones, porque es muy posible que en el tráfico convivan bienes de naturaleza semejante que, por ejemplo, presenten distintos niveles de calidad. Las cuestiones planteadas nos remiten a un problema de delimitación del género a que el bien pertenece y de determinación de la calidad exigible, para lo cual no hay más solución que atender a otros criterios objetivos de integración del contrato como son las exigencias derivadas de la buena fe y de los usos (*ex* arts. 7 y 1.258 C.c.) y a la obligación del vendedor, contenida en el art. 1.167 C.c., de entregar un bien de calidad media cuando la exigible no se haya expresado en el contrato⁹⁷. Poco más puede decirse de la consideración de la naturaleza del bien como criterio rector de la calidad y prestaciones que el mismo ha de presentar.

En definitiva, puede aventurarse que la combinación entre los criterios de conformidad de las letras c) y d) *ab initio* del art. 2.2 de la Directiva, es la más susceptible de ser utilizada en la práctica, puesto que, como se ha puesto de relieve, lo más normal es que los compradores pretendan obtener de las cosas adquiridas las cualidades y los usos habituales y acordes con la naturaleza del bien adquirido⁹⁸. Y es que la realidad demuestra que en las frecuentes adquisiciones realizadas sin más documentación que un ticket de compra y a menudo sin otro contacto con el vendedor que el que implica pasar por caja para realizar el pago, no suele pretenderse de los bienes adquiridos más utilidades que las que habitualmente se espera de los mismos⁹⁹.

VII. EL CRITERIO DE CONFORMIDAD DEL ART. 2.2.D) *IN FINE* DE LA DIRECTIVA: LA ADECUACIÓN DEL BIEN A LAS CARACTERÍSTICAS DECLARADAS PÚBLICAMENTE POR EL VENDEDOR, EL PRODUCTOR O SU REPRESENTANTE, ESPECIALMENTE EN LA PUBLICIDAD O EL ETIQUETADO

A tenor del art. 2.2.d) de la Directiva:

«Se presumirá que los bienes de consumo son conformes al contrato si:

- d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado».

Como ya sabemos, entremezclados en el apartado transcrito, pueden distinguirse dos criterios de conformidad del bien con el contrato que, a nuestro jui-

⁹⁷ Orti Vallejo (ob. cit., págs. 80 y 81) defiende la aplicación de estos criterios generales de integración contractual, junto a los cuales sitúa también a los arts. 1.287 C.c. y 2 C.Co., en cuanto contemplan los usos o costumbres del país como integradores de la voluntad de los contratantes.

⁹⁸ Cfr. Orti Vallejo, ob. cit., pág. 80.

⁹⁹ Observaciones en este sentido hace también Orti Vallejo, ob. cit., pág. 80.

cio, tienen diferente naturaleza: el primero de ellos es el que toma como referente la calidad y prestaciones habituales que el consumidor puede esperar encontrar en un bien del mismo tipo y de su análisis nos hemos ocupado en el epígrafe anterior; el segundo se refiere concretamente a las afirmaciones acerca de las características de la cosa –lo que incluye la calidad y prestaciones habituales a que se refiere la primera parte del precepto– que se desprendan de las declaraciones públicas vertidas por el vendedor, el productor o su representante, especialmente cuando tales declaraciones emplean como medio de expresión la publicidad o el etiquetado. No se trata de criterios que respondan a un mismo planteamiento pues, en tanto que el primero, como ya sabemos, es un parámetro que permite integrar el contenido contractual acudiendo a la realidad imperante en el tráfico y bien podría haberse situado junto a la letra c) –que es la que contiene el otro criterio objetivo–, el segundo encuentra su apoyo en el propio contrato, al que integra desde un punto de vista subjetivo o concreto, por lo que habría de haberse situado junto a los criterios subjetivos de conformidad contenidos en las letras a) y b) del propio art. 2.2. Y precisamente este cierto desorden interno, le ha valido, como sabemos, la crítica de algún autor¹⁰⁰.

Centrándonos ya en la parte final del art. 2.2.d), puede decirse que este parámetro de determinación de la conformidad del bien con el contrato es el que mayor interés ha suscitado en la doctrina, lo cual resulta lógico por varias razones: en primer lugar, por considerárselo, con cierta dosis de razón, como el más novedoso de los plasmados en la norma europea¹⁰¹; en segundo lugar, porque la relevancia de las declaraciones públicas acerca de las características del bien –especialmente cuando se recogen en la publicidad o el etiquetado– es de tal calibre que oscurece prácticamente por completo a la parte inicial del propio art. 2.2.d)¹⁰² y, finalmente, porque la labor de interpretación del período final de la norma plantea, sin duda, al jurista un mayor número de cuestiones interesantes, como por ejemplo: ¿qué debe entenderse por «declaraciones públicas»? ¿Qué opinión merece el hecho de que el vendedor sea el único responsable de

¹⁰⁰ Cfr. Orti Vallejo, ob. cit., pág. 62.

¹⁰¹ Con cierta dosis de razón porque la afirmación de la novedad de este apartado depende del instrumento normativo con que se compare la Directiva. Si se toman como referencia la Convención de Viena y nuestros Códigos Civil y de Comercio, el carácter vinculante del criterio establecido en el art. 2.2.d) resulta ser, efectivamente, una novedad, pero si se tiene en cuenta nuestro Ordenamiento Jurídico en su conjunto y, especialmente, la L.G.D.C.U., entonces encontramos precedentes claros de vinculatoriedad de la publicidad y el etiquetado, por ejemplo. Destacan el interés del art. 2.2.d) de la Directiva y su carácter relativamente novedoso Sanz Valentín (ob. cit., pág. 1081), Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2798; «Problemas...», *cit.*, pág. 1194, y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 109), Corral García («La Directiva...», *cit.*, pág. 532) y Evangelio Llorca («La garantía del art. 11 L.G.D.C.U. y la Directiva 99/44/C.E., 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», *R.C.D.I.-2002*, págs. 1301 y ss.; en concreto, pág. 1349).

¹⁰² Algún autor como Sanz Valentín (ob. cit., pág. 1081 y 1082), al ocuparse del comentario de este apartado, prescinde por completo de realizar observación alguna sobre las cualidades y prestaciones habituales en el tráfico para un bien de la misma naturaleza que el adquirido.

la adecuación del bien a lo declarado públicamente no sólo por él sino también por el productor o su representante? ¿Es acertado situar en pie de igualdad a la publicidad y al etiquetado? De éstas y otras consideraciones que suscita la letra del apartado transcrito nos ocupamos a continuación de manera más ordenada y detallada.

1. LA ATRIBUCIÓN DE CARACTERÍSTICAS CONCRETAS A LOS BIENES
EN LAS «DECLARACIONES PÚBLICAS» DE DIVERSOS SUJETOS Y SU INTEGRACIÓN
EN EL CONTENIDO CONTRACTUAL

En nuestra opinión, lo primero que hay que plantearse es a qué se refiere el legislador comunitario cuando habla de «*declaraciones públicas*» y si sólo pueden considerarse como tales las contenidas en la publicidad o el etiquetado o hay algún otro modo de realizarlas.

La literalidad de la norma induce enseguida a defender la posibilidad de que el vendedor, el productor o su representante puedan efectuar declaraciones públicas al margen de la publicidad o el etiquetado pues, en caso contrario, pierde sentido la locución «*en particular*» que precede a la mención de estos extremos. Sin embargo, resulta difícil entender a qué otro tipo de comunicación pueden referirse tales «*declaraciones públicas*», expresión que parece contraponerse a la descripción del vendedor que se observa en la letra a) –siempre y cuando pueda considerárselo como un criterio de conformidad independiente de la muestra o modelo, como hemos tenido ocasión de cuestionar–. El elemento distintivo entre ambas, podría tal vez situarse en que la declaración, para ser pública, debe llegar a una pluralidad de personas, en tanto que la descripción efectuada por el vendedor en el contexto del art. 2.2.a) de la Directiva se dirige a un único y concreto adquirente.

Es evidente que la accesibilidad de la declaración a una pluralidad de personas se consigue tanto a través de la publicidad como del etiquetado, aunque dada la amplitud y ambigüedad de la expresión empleada por el legislador comunitario, se ha podido establecer una equivalencia entre las *declaraciones públicas* a que éste se refiere y cualquier forma de comunicación, comprensiva por consiguiente –y en coherencia con la dicción literal del art. 2.2 de la Directiva– de la publicidad y el etiquetado, pero no excluyente de cualquier otro modo de comunicación, cualquiera que sea su soporte¹⁰³. Con todo, lo cierto es que en nuestros días es difícil pensar en un instrumento diferente de los mencionados para realizar este tipo de afirmaciones a un público más o menos numeroso. ¿Podrían quizá constituir una «*declaración pública*» las afirmaciones de viva voz de un vendedor ambulante acerca de las cualidades de los productos que ofre-

¹⁰³ En este sentido, cfr. Morales Moreno («*Declaraciones públicas...*», *cit.*, pág. 269), cuya opinión adopta Avilés García («*Las garantías...*», *cit.*, pág. 2799; «*Problemas...*», *cit.*, pág. 1195, y «*Nuevas perspectivas...*», *cit.*, pág. 110).

ce? Es posible, pero sin duda el legislador no estaba pensando en este supuesto cuando redactó el apartado en cuestión.

Aparte de las referencias expresas del texto legal, seguramente esta dificultad de aquilatar una hipótesis de declaración pública diferente del etiquetado y de la publicidad –en cualquiera de sus formas: folletos, cartel anunciador, cuña radiofónica, anuncio televisivo, etc.– es lo que justifica que la mayoría de la doctrina que ha estudiado el art. 2.2.d) lo ponga fundamentalmente en relación con tales instrumentos y muy especialmente con la publicidad, sin cuestionarse si existe algún otro ámbito propio de actuación para las «*declaraciones públicas*» ajeno a ella¹⁰⁴.

Sea como fuere y con independencia de que en algún caso haya de resolverse por vía de interpretación si alguna afirmación puede considerarse o no como declaración pública a los efectos del art. 2.2.d) de la Directiva, hay que tener en cuenta que su consideración legal tiene por finalidad integrarla como contenido del propio contrato celebrado con el consumidor, aunque sólo en lo que se refiera a «*características concretas de los bienes*», lo que impone una labor de discriminación dentro del propio contenido de la declaración pública, que permita desechar todo aquello que no constituya una atribución de características determinadas a los bienes de consumo. En consecuencia, sólo aquella declaración pública que se dirija a este fin y en la medida en que lo haga, generará la vinculación del vendedor¹⁰⁵.

Con respecto a qué debe entenderse por «*características concretas de los bienes*», la expresión es, a nuestro juicio, muy amplia, pero es susceptible de concreción si se la pone en relación con la primera parte del propio art. 2.2.d), en la que se alude a «*la calidad y prestaciones habituales*» de los mismos. Aplicando este criterio, no sería posible, por ejemplo, mantener la vinculación del vendedor respecto de las declaraciones públicas que se refieren a diferentes aspectos de la comercialización del bien, como puede ser su precio o incluso la forma de pago¹⁰⁶.

¹⁰⁴ En este sentido, cfr. Sanz Valentín (ob. cit., págs. 1081 y 1082), Corral García («La Directiva...», cit., págs. 532 y 533), Avilés García («Las garantías...», cit., págs. 2798 y 2799; «Problemas...», cit., pág. 1195, y «Nuevas perspectivas...», cit., pág. 110) y Orti Vallejo (ob. cit., pág. 67). Especialmente revelador de la identificación habitual entre declaraciones públicas y publicidad (dejando al margen al etiquetado por diversas razones) es el modo en que encabeza Morales Moreno («Declaraciones públicas...», cit., pág. 269) una frase: «Las reglas sobre la publicidad (declaraciones públicas)...» y cómo, muy similarmente, escribe en otra Avilés García («Las garantías...», cit., pág. 2803; «Problemas...», cit., pág. 1198, y «Nuevas perspectivas...», cit., págs. 111 y 112): «...para que se produzca la vinculación del vendedor por «*las declaraciones públicas*» (publicidad)...».

¹⁰⁵ Con distintos matices, aluden también a este límite objetivo Morales Moreno («Declaraciones públicas...», cit., págs. 269, 273 y 274) y Sanz Valentín (ob. cit., pág. 1082).

¹⁰⁶ Tal es la opinión, que suscribimos, de Morales Moreno, «Declaraciones públicas...», cit., págs. 273 y 274. Para entender esta limitación, no debe perderse de vista que estamos tratando de un criterio para determinar la conformidad o no del bien ya entregado con lo establecido en el contrato. Ciertamente, el criterio de lo que cabe esperar de un bien atendiendo únicamente a su natu-

Finalmente, merece también algún comentario la circunstancia de que el legislador se refiera a las características que «*el consumidor puede fundadamente esperar*». Esta referencia a lo que, con otra formulación, podría denominarse como las legítimas expectativas del comprador –generadas en el supuesto que ahora nos ocupa por las declaraciones públicas–, ha servido de fundamento a la opinión de que tales declaraciones públicas –y, señaladamente la publicidad– sólo vinculan en el caso de que hayan propiciado en el consumidor el surgimiento de una confianza justificada en que el bien reuniría ciertas características¹⁰⁷, puesto que es dicha confianza lo que el legislador considera digno de protección como, por otra parte, exige el principio de buena fe¹⁰⁸. El problema consiste en determinar cuándo una declaración pública es susceptible de generar tal confianza y, a su vez, cuándo esta última es justificada, en definitiva, cuándo puede el consumidor esperar fundadamente que el bien adquirido reúna las características que del mismo se han declarado públicamente. Dada la indeterminación de este concepto de la confianza fundada, es prácticamente imposible proponer un criterio general de actuación que prescinda de la apreciación de las circunstancias de cada caso en concreto. Por otra parte, el prisma de la confianza del consumidor digna de protección cambia cuando ésta se basa en las características enunciadas en el etiquetado del bien o en las pregonadas a través de la publicidad, por el distinto alcance y configuración de cada uno de estos soportes. Precisamente por que publicidad y etiquetado merecen, respectivamente, consideraciones específicas, nos centraremos a continuación en cada uno de ellos, no sin antes advertir que, pese a que no es la primera vez que en un instrumento normativo se contemplan conjuntamente a algún efecto publicidad y

raleza –parámetro al cual se anuda la alusión a la calidad y prestaciones habituales de un bien del mismo tipo– no es necesariamente coincidente con lo que cabe esperar de él en función de lo que del mismo predica la publicidad o el etiquetado. Precisamente, por ejemplo, los niveles de calidad que originan diferencias de precios entre productos del mismo tipo suelen derivarse sólo de las especificaciones contractuales o de las declaraciones públicas (en el más amplio sentido) acerca de los bienes, sin que sea en muchas ocasiones posible establecerlos por remisión a la simple naturaleza del bien que, a lo sumo, nos puede indicar la calidad media. Pero esto es una cosa y otra diferente es que, en virtud del art. 2.2.d) de la Directiva, el consumidor pueda exigir «conformidad» del bien entregado con las condiciones de comercialización ofrecidas en la declaración pública. La observancia de estas últimas –que, por otra parte, pueden resultar auténticamente determinantes de la adquisición del producto por parte del consumidor, como señaladamente puede ocurrir con el precio de venta del producto o las condiciones de pago (por ejemplo, la oferta de compra a plazos y sin intereses)– puede exigirse por otra vía, como es la integración del contrato de acuerdo con el art. 8 L.G.D.C.U. o con el art. 1.258 C.c. y su no acatamiento implicará un incumplimiento del contrato en su más amplio sentido. Sin embargo, es difícil que estos aspectos sean desconocidos por el comprador en el momento de celebrarse el contrato y descubiertos por él *a posteriori* y, consiguientemente, que constituyan una falta de conformidad tal como la configura la Directiva.

¹⁰⁷ Lo que excluye los casos en que el comprador, sin que las declaraciones públicas le proporcionen base para ello, espera encontrar en el bien características que no tiene, ni se han sugerido o prometido.

¹⁰⁸ En este sentido, cfr. Morales Moreno («Declaraciones públicas...», *cit.*, pág. 274 y, con otros matices, pág. 275), a quien sigue Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2803; «Problemas...», *cit.*, pág. 1198, y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 112).

etiquetado¹⁰⁹, esta última circunstancia ha sido objeto de crítica pues el carácter obligatorio que, entre otros aspectos, distingue al etiquetado de la publicidad –que, evidentemente, puede o no emplearse–, justificaría suficientemente un tratamiento separado de ambos instrumentos¹¹⁰.

A) La publicidad como vehículo de las declaraciones públicas. Su eficacia vinculante

Siguiendo un orden lógico, parece oportuno cuestionarse, en primer lugar, qué debe entenderse por «publicidad» a los efectos del art. 2.2.d) de la Directiva. Partiendo de la base de que, como hemos tenido ocasión de comprobar en las páginas precedentes, existe una práctica identificación entre publicidad y declaraciones públicas –pese a que entre éstas se incluya también al etiquetado–, cabe aplicarle a aquélla el concepto de declaración pública que ha venido empleándose y que la configura como cualquier forma de comunicación a una pluralidad de personas, con independencia del soporte empleado¹¹¹. Sin embargo, existiendo en nuestro Derecho definiciones jurídico-legales de lo que ha de entenderse por publicidad y no estando éstas en contradicción con la finalidad de la Directiva, parece más correcto además de exacto, extenderlas a esta sede¹¹² y así, en palabras de la Ley General de Publicidad¹¹³, puede definirse a esta última como:

¹⁰⁹ De hecho, en nuestro propio Ordenamiento Jurídico, el art. 13.2 L.C.U. se remite a los «Reglamentos de etiquetado, presentación y publicidad de los productos o servicios» para establecer las exigencias concretas de cada bien en materia de información al consumidor.

¹¹⁰ Tal es la opinión que mantiene Orti Vallejo, ob. cit., págs. 66 a 70, especialmente, pág. 69. Este autor, tras enumerar una serie de diferencias entre la publicidad y el etiquetado, se cuestiona hasta qué punto resultan aplicables a este último las causas de exoneración de responsabilidad por las declaraciones públicas que el vendedor puede alegar en virtud de lo dispuesto en el art. 2.4 de la Directiva y llega a la conclusión de que, concretamente en este aspecto, la norma comunitaria «acusa la deficiencia del unitario tratamiento del etiquetado y de la publicidad» que, como él defiende, son cosas distintas.

¹¹¹ Cfr. *supra*, las consideraciones antes hechas acerca de lo que debe entenderse por «declaraciones públicas». Obviamente, esta equiparación de las mismas con la publicidad, ha de hacerse dejando fuera, en este caso y lógicamente, a la declaración pública que emplea como soporte el etiquetado.

¹¹² De la misma opinión participan Morales Moreno («Declaraciones públicas...», *cit.*, págs. 268 y 269) y Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2799; «Problemas...», *cit.*, pág. 1195, y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 110).

¹¹³ Esta definición de publicidad se contiene en el art. 2 de la Ley 34/1998, de 11 de noviembre, General de Publicidad, que sustituyó en nuestro Ordenamiento Jurídico a la preconstitucional Ley 61/1964, de 11 de junio, por la se aprobó el Estatuto de la Publicidad. La definición transcrita en el texto presenta ligeras variaciones con respecto a la que se contiene en el art. 2.º.1) de la Directiva 84/450/C.E.E. del Consejo, de 10 de septiembre de 1984, sobre publicidad engañosa y publicidad comparativa, cuya transposición a nuestro Ordenamiento interno efectúa, como es sabido, la Ley General de Publicidad. El texto de la norma comunitaria es el siguiente: «A los fines de la presente Directiva, se entenderá por: 1) *publicidad*: toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, industrial, artesanal o liberal con el fin de promover el suministro de bienes o la prestación de servicios, incluidos los bienes inmuebles, los derechos y las obligaciones».

«Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones».

Una vez determinado el concepto de publicidad, es preciso cuestionarse qué alcance tiene su inclusión en el seno del art. 2.2.d) de la Directiva. Que, a tenor de este precepto, las diferencias entre las cualidades que efectivamente reúne el bien y las que cabía esperar en el mismo teniendo en cuenta la publicidad puedan constituir un caso de falta de conformidad del bien con el contrato supone, indudablemente, reconocer la fuerza vinculante de la publicidad a través de la integración de su contenido entre las prestaciones contractualmente exigibles¹¹⁴. Ello, al igual que otros aspectos de la norma que nos ocupa, no constituye una novedad en sentido absoluto, ni por lo que se refiere al Derecho de la Unión Europea, ni por lo relativo al Derecho ya vigente en nuestro propio Ordenamiento Jurídico: simplemente es una manifestación más de la tendencia ya iniciada por el legislador comunitario en otras Directivas anteriores¹¹⁵ y por el legislador patrio en el art. 8 L.G.D.C.U.¹¹⁶.

Es sabido que la integración de la publicidad en el contenido contractual suscita polémica en lo concerniente al modo y alcance de su incorporación; por tanto, lo que se discute no es su fuerza vinculante una vez se ha establecido su integración en el contrato, sino cuál es el fundamento de esa incorporación y en qué casos se produce¹¹⁷. Lógicamente, este interesante debate que en general plantea la publicidad en tanto que contenido exigible por vía contractual puede trasplantarse a esta sede, pero no parece oportuno adentrarse aquí en los aspectos generales que no afectan a la concreta decisión que incorpora el art. 2.2.d) de la Directiva. En consecuencia, nos referiremos únicamente a aquellos aspectos que tienen influencia en la interpretación y aplicación del precepto citado.

¹¹⁴ La aceptación de esta conclusión, ya sea en concreto para la Directiva, ya sea con un alcance más general en nuestro Derecho, es unánime en la doctrina, aunque evidentemente es preciso delimitar tanto la eficacia como los límites o excepciones a este carácter vinculante de la publicidad. Cfr., por todos, Morales Moreno («Declaraciones públicas...», *cit.*, págs. 268 a 270 y 274 a 276), Sanz Valentín (*ob. cit.*, págs. 1081 y 1082), Avilés García («Las garantías...», *cit.*, págs. 2799 a 2805; «Problemas...», *cit.*, págs. 1195 a 1199, y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, págs. 110 a 112), Corral García («La Directiva...», *cit.*, pág. 532) y Orti Vallejo (*ob. cit.*, págs. 62 y 67).

¹¹⁵ Una norma similar se encuentra en el art. 3 de la Directiva 90/314/C.E.E., de 13 de junio relativa a los viajes combinados y en el art. 3.2 de la Directiva 94/47/C.E., relativa a determinados aspectos de los contratos de un derecho de utilización de inmuebles en régimen de tiempo compartido.

¹¹⁶ El texto de este importante precepto es el siguiente: «*La oferta, promoción y publicidad de los productos, actividades o servicios, se ajustarán a su naturaleza, características, condiciones, utilidad o finalidad, sin perjuicio de lo establecido en las disposiciones sobre publicidad. Su contenido, las prestaciones propias de cada producto o servicio, y las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido.*».

¹¹⁷ Y es que, como apunta Morales Moreno, «Declaraciones públicas...», *cit.*, pág. 274: «En el Derecho español no se discute hoy que la publicidad se incorpora al contrato; sí, en cambio, el modo en que se produce la incorporación».

- a) En cuanto al **fundamento de la integración de la publicidad en el contrato de compraventa de bienes de consumo**, a nuestro juicio, y desde el momento en que es el legislador quien la impone en la norma legal –tanto en el ámbito general del art. 8.1 de la L.G.D.C.U., como en el específico que nos interesa ahora del art. 2.2.d) de la Directiva–, carece de consecuencias prácticas plantearse si dicha integración se produce en atención al criterio de la buena fe (art. 1.258 C.c.), o en atención a la consideración de que la publicidad pueda formar parte de la oferta contractual en sentido estricto¹¹⁸ –apreciación esta última necesariamente tributaria de las circunstancias de cada caso en concreto–¹¹⁹. Y es que, sin duda, la decisión de reconocer a nivel normativo la exigibilidad de las características publicitadas de un bien objeto de contrato propende, en último extremo, a evitar la inseguridad y heterogeneidad de soluciones a que puede llevar la necesidad de decidir en cada caso concreto qué ha de formar parte del contrato en atención a la buena fe y/o qué ha de formar parte del contrato en consideración a la oferta pública¹²⁰. Otra cosa distinta es cuestionarse qué razones de fondo han inducido al legislador a adoptar esta decisión de reconocer a nivel normativo la fuerza

¹¹⁸ Corral García («La Directiva...», *cit.*, pág. 532, y *La oferta de contrato al público*, Valencia, 2002, págs. 216 y 217, entre otras) entiende que el art. 8.1 L.G.D.C.U. tiene su fundamento en el principio de buena fe y confianza contenido en el art. 1.258 C.c. Una postura vacilante sostiene Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2801 y 2802; «Problemas...», *cit.*, págs. 1196 y 1197, y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, págs. 110 y 111). Por su parte, Menéndez Mato (*La oferta contractual*, Pamplona, 1998, pág. 96) apunta que la integración que propugna el art. 8 L.G.D.C.U. va más allá de la prevista por el art. 1.258 C.c., porque, al menos teóricamente, no necesita de la existencia de una laguna contractual para ser llevada a cabo sino que, por el contrario, es susceptible de imponerse incluso en contra de las especificaciones contractuales siempre y cuando éstas no resulten más favorables para el consumidor.

¹¹⁹ Esta dependencia de la calificación de la publicidad como oferta contractual respecto de las circunstancias de cada caso concreto, es destacada unánimemente por la doctrina. Cfr., entre otros, De la Cuesta Rute (*Régimen jurídico de la publicidad*, Madrid, 1974, pág. 148), Menéndez Mato (ob. cit., pág. 92), Santos Morón (ob. cit., pág. 139), Orti Vallejo (ob. cit., pág. 67) y Corral García (*La oferta...*, *cit.*, pág. 184).

¹²⁰ Tiene razón Morales Moreno («Declaraciones públicas...», *cit.*, págs. 269 y 270) cuando afirma que el reconocimiento legal de la exigibilidad de la publicidad como contenido del propio contrato evita las dificultades dogmáticas que, en general, presenta la incorporación de la publicidad al mismo. En sentido similar se pronuncian Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2800; «Problemas...», *cit.*, pág. 1196, y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 110) y Corral García (*La oferta...*, *cit.*, pág. 215). Sin embargo, no deja de resultar llamativo que, como indica Menéndez Mato (ob. cit., pág. 94), el Tribunal Supremo haya seguido su inercia inicial a la hora de justificar la integración de la publicidad en el contrato, recurriendo a su fundamentación en la buena fe o en su consideración como auténtica oferta contractual, según los casos. Así pues, el art. 8 L.G.D.C.U. constituye un apoyo más invocado en las resoluciones judiciales, pero no el único argumento esgrimido. Este último autor (ob. y loc. últ. cit.) realiza un compendio de los argumentos a que, a menudo entremezclados, recurre el Tribunal Supremo para hacer exigible y jurídicamente relevante el contenido de la publicidad: «1). El mensaje publicitario es una «oferta contractual» (art. 1.262 C.c.). 2) El contenido de la publicidad previa al contrato se «integra» en el contenido propio de éste (art. 1.258 C.c.). 3) La publicidad operada con antelación al contrato es un elemento importante, y a menudo decisivo, para «interpretar» la auténtica voluntad de las partes contratantes (art. 1.281 y ss. C.c.).»

vinculante de la publicidad –razones entre las cuáles pueden también incluirse las de orden jurídico relativas a la buena fe y a la consideración de la publicidad como vehículo de una auténtica oferta de contrato–, entre las cuáles seguramente debe haber tenido gran peso el hecho de que en las actuales sociedades de consumo el conocimiento que los consumidores tienen de los bienes que adquieren viene dado en gran medida por la publicidad, a través de la cual se canaliza la información que se les suministra y que constituye, en muchos casos, el principal estímulo para la contratación¹²¹. Obviamente, las percepciones que se obtienen a través de la publicidad son susceptibles de generar en el consumidor una confianza que, cuando es justificada, debe protegerse¹²², dado que es esa misma confianza la que proporciona un beneficio económico para su contraparte, cuya debida obtención también protege el Ordenamiento.

- b) En cuanto a la determinación de los casos en que debe entenderse producida la incorporación de la publicidad al contrato, en otras palabras, si toda publicidad o todo su contenido tiene el mismo alcance de cara a su integración en el acuerdo, es una cuestión relevante a la vista de la Directiva. Se trata, en definitiva, de **establecer los presupuestos de la fuerza vinculante de la publicidad**¹²³, **así como las limitaciones**¹²⁴ o excepciones a la misma, pese a verificarse tales presupuestos.

La publicidad debe atribuir a los bienes de consumo *características concretas*, de forma que tal atribución contraste con las características que realmente presentan los bienes de consumo entregados al consumidor. Por consiguiente, toda

4) El contenido del anuncio publicitario, realizado con antelación a la perfección de un contrato y en el ámbito de los «consumidores», es obligatorio si es más beneficioso para el consumidor que las específicas cláusulas de dicho contrato y exigible a tenor de su normativa específica (art. 8 L.C.U.).

¹²¹ Como señala Morales Moreno («Declaraciones públicas...», *cit.*, pág. 269), acercarse a la publicidad desde la perspectiva del contrato supone destacar su papel como vehículo de información al consumidor acerca de las características de los bienes a que se refiere. Y es que, como bien dice este civilista, el conocimiento que el consumidor tiene del producto «no es hoy, como en épocas anteriores, un conocimiento directo, sino en buena medida conseguido a través de la información que del mismo se le ofrece, obtenida, a menudo, a través de la publicidad».

¹²² Se aprecia aquí la influencia del criterio de lo que «*el consumidor puede fundadamente esperar*», aspecto del que ya nos hemos ocupado con anterioridad.

¹²³ Para Morales Moreno («Declaraciones públicas...», *cit.*, págs. 272 a 274) estos presupuestos son los siguientes: a) Que la afirmación publicitaria provenga del vendedor, del productor o de su representante; b) Que la afirmación publicitaria se refiera a cualidades del objeto que incidan en la conformidad del mismo; c) Que la declaración pública genere una confianza justificada en el consumidor acerca de las cualidades del bien; d) Que la atribución de características al bien sea concreta.

¹²⁴ Morales Moreno («Declaraciones públicas...», *cit.*, págs. 275 a 278) califica como tales al conocimiento por parte del consumidor de la falta de conformidad del bien con la publicidad, porque ello excluye que pueda generarse su confianza y a las excepciones a la responsabilidad del vendedor consignadas en el art. 2.4 de la Directiva. Por nuestra parte, entendemos que la norma contenida en el art. 2.3 –ignorancia por el consumidor de la existencia del defecto–, no es exactamente una limitación a la fuerza vinculante de la publicidad, aunque desde la perspectiva adoptada por el autor en

aquella publicidad que no afirme nada acerca de las cualidades específicas del bien, o toda aquella parte de una concreta publicidad que no tenga que ver con la afirmación de cualidades, no será relevante a efectos de la aplicación del art. 2.2.d) de la Directiva¹²⁵, aunque ello debe completarse con las condiciones que acerca de la garantía comercial¹²⁶ –la convencional o voluntariamente ofrecida por el vendedor a tenor del art. 6 de la Directiva– haya proclamado la publicidad, porque según el art. 6.1, también éstas serán exigibles por el consumidor¹²⁷, pese a que dicha garantía no tenga, en el diseño de la Directiva, carácter obligatorio. En definitiva, cabe reproducir aquí las consideraciones que anteriormente efectuábamos acerca del contenido que había de tener la declaración pública para generar la vinculación del vendedor. Y es que si la publicidad se dirige a estimular el consumo, pero no atribuye, no promete o sugiere ninguna característica a los bienes promocionados, mal puede establecerse un contraste entre lo que debía ser y lo que es, entre lo prometido y lo cumplido, entre la conformidad y la disconformidad del bien con el contrato que es, a fin de cuentas, de lo que se trata.

Esta consideración es la que sirve de base a la distinción entre publicidad informativa y publicidad meramente persuasiva¹²⁸, en cuya virtud sólo la primera vincula al vendedor, porque sólo ella es susceptible de generar expectativas concretas en el consumidor, en tanto que la segunda se limita a incitarle a contratar. Sin embargo, ciertamente, esta función estimulante del consumo no es un atributo exclusivo de la llamada publicidad persuasiva, pues a nadie se le oculta que cualquier tipo de publicidad –parezca más o menos objetiva, más o menos seria– tiene por finalidad última promover la contratación sobre los productos o servicios que promociona¹²⁹ y que, si proporciona una cierta informa-

el trabajo citado, pueda entenderse esta calificación, sino que se trata de un presupuesto para que pueda hablarse en general de falta de conformidad relevante a efectos de la propia Directiva.

¹²⁵ En el mismo sentido, apunta Sanz Valentín (ob. cit., pág. 1082) que la falta de conformidad no podrá estimarse cuando el bien se aparte del contenido de cualquier afirmación publicitaria, sino sólo de las relativas a cualidades concretas del mismo.

¹²⁶ Según la definición que de ésta ofrece el art. 1.2.e) de la Directiva, la garantía comercial también cubre lo declarado por la publicidad: «A efectos de la presente Directiva se entenderá por «garantía»: e) todo compromiso asumido por un vendedor o un productor respecto del consumidor, sin coste suplementario, de reembolsar el precio pagado por un bien de consumo, de sustituirlo, de repararlo o de ocuparse del modo que fuere del bien en caso de que no corresponda a las condiciones enunciadas en la declaración de garantía o en la publicidad correspondiente».

¹²⁷ En efecto, el art. 6.1 de la Directiva dispone 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». Con todo, hay que tener en cuenta que ya el art. 8.1 L.G.D.C.U. establecía que «...las condiciones y garantías ofrecidas, serán exigibles por los consumidores o usuarios, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado o en el documento o comprobante recibido».

¹²⁸ La terminología es la empleada por Morales Moreno («Declaraciones públicas...», cit., pág. 269). Por su parte, De la Cuesta Rute (ob. cit., pág. 143) se refiere a la publicidad informativa y a la promocional.

¹²⁹ Igual opinión sostiene, en referencia a la Directiva, Avilés García («Las garantías...», cit., pág. 2800; «Problemas...», cit., pág. 1195, y «Nuevas perspectivas...», cit., pág. 110). Para De la Cuesta Rute (ob. cit., pág. 142) es elemento característico de la publicidad su «finalidad instrumental res-

ción, con más visos de verosimilitud en unos casos que en otros es porque ello se considere en un momento dado como una buena táctica comercial¹³⁰. Seguramente por esto se ha objetado a la distinción entre publicidad informativa y persuasiva, de cara a establecer o excluir su fuerza vinculante con respecto al vendedor, que resulta de muy difícil delimitación y trascendencia, a pesar de que desde un punto de vista teórico fuera posible distinguir los datos informativos y comprobables técnicamente de los ajenos a esta comprobación¹³¹.

A nuestro entender y dado que la letra del precepto no propicia la distinción, ni limita sus efectos a un tipo concreto de publicidad, no puede excluirse *a priori* la fuerza vinculante de ninguna afirmación publicitaria. La apreciación de una falta de conformidad derivada del contraste entre las características reales del bien entregado y las que de él afirmaba la publicidad, exigirá un análisis caso por caso que permita decidir si en el supuesto concreto existía o no una publicidad vinculante¹³² y esta decisión no deberá tomarse sobre la base de considerar, en general, a una declaración publicitaria como informativa o como meramente incitativa, sino en atención a un criterio concreto que no puede prescindir del resto de la letra del art. 2.2.d): si la publicidad se refiere a características concretas de los bienes y esto genera en el consumidor expectativas fundadas, entonces vincula al vendedor. Esto nos sitúa nuevamente ante la consideración de la confianza protegible, que se vislumbra esta vez desde un prisma diverso: ¿es preciso que la publicidad incida de modo determinante en el contrato para que vincule? Es decir, ¿tiene que haber decidido al consumidor a contratar? La respuesta exige fijarse en dos aspectos:

- Hacia la respuesta afirmativa inclina, en primer lugar, la alusión del art. 2.2.d) a lo que el consumidor «*puede fundadamente esperar*», y que apunta a la exigencia de que la publicidad genere efectivamente en él la creencia **verosímil**, no la mera fantasía, de que lo publicitado responde a la realidad¹³³, cosa que no cabe, por ejemplo, cuando en el anuncio televisivo de

pecto de la conclusión de un contrato», hasta el punto de que, según la acertada opinión de este autor, la intención perseguida por el anunciante es la de «determinar a los destinatarios de sus mensajes a que efectúen una declaración contractual de voluntad». Esta finalidad de promover la contratación es destacada prácticamente por toda la doctrina. Cfr. por todos, Menéndez Mato (ob. cit., pág. 92) y Corral García (*La oferta...*, cit., pág. 180).

¹³⁰ Una idea similar puede rastrearse en Santos Morón (ob. cit., págs. 139 y 140), quien pone de manifiesto que en ocasiones la publicidad limita su información a aquellas cualidades o características del producto que se consideran más apropiadas para incitar al público a contratar, que funcionan como mejor reclamo.

¹³¹ En este sentido, cfr. Avilés García, «Las garantías...», cit., pág. 2800; «Problemas...», cit., pág. 1195, y «Nuevas perspectivas...», cit., pág. 110.

¹³² Como dice Orti Vallejo, ob. cit., pág. 67: «...la fuerza obligatoria de la información publicitaria depende en gran parte de su valoración en el caso concreto para alcanzar su integración en el contrato...».

¹³³ En esta dirección se encaminan los principales argumentos de Morales Moreno («Declaraciones públicas...», cit., pág. 274) quien, al plantearse cuáles son los presupuestos de la vinculación del vendedor por las declaraciones publicitarias acerca de los bienes vendidos, afirma que: «...lo que

un automóvil, junto a su imagen en pantalla, se ve al coche temblando y rugiendo, mientras una mujer grita al verlo y una voz en *off*, tras pronunciar el nombre de la marca y modelo anunciados, dice: «... muy agresivo». Por más que pueda decirse que estamos ante la afirmación de una característica concreta de un bien, es evidente que esto no puede generar la confianza de un comprador razonable y, por tanto, no tendrá fuerza vinculante.

- Por otra parte, también inclina hacia la respuesta afirmativa, la circunstancia de que el art. 2.4 de la Directiva enuncie como supuesto en que el vendedor no se ve obligado por las declaraciones públicas, en este caso, vertidas por medio de la publicidad, aquel en que demuestre que «... dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo», lo que parece un apoyo irrefutable a la idea de la necesidad de que la publicidad incida de modo determinante en el contrato para adquirir vinculatoriedad.

Sin embargo, en nuestra opinión, pesan más los argumentos que inclinan la respuesta en sentido negativo, por más que no sean habitualmente esgrimidos por la doctrina. En primer lugar, estimamos que los motivos que hayan inducido al consumidor a contratar, deberían ser absolutamente irrelevantes, del mismo modo que lo son, por ejemplo, a la hora de intentar resolver cualquier contrato. La redacción de la norma es, a nuestro juicio, desafortunada y nos inclinamos a pensar que lo que el legislador comunitario quería decir es que el vendedor puede verse libre de su responsabilidad en el caso de que demuestre que la característica anunciada y que genera la falta de conformidad no era determinante para el consumidor a la hora de adquirir el bien de consumo, lo cual no es exactamente lo mismo. Y es que, como se ha afirmado¹³⁴, la integración de la publicidad en el contrato es objetiva y se produce tanto si el consumidor la ha tenido en cuenta a la hora de contratar como si no, lo cual, por otra parte, debe resultar difícilmente demostrable por el vendedor¹³⁵. Por otra parte, afirmar que la publicidad tiene que haber sido el motor de la decisión del consumidor de contratar, no deja de resultar contradictorio con la tajante separación entre publicidad informativa y persuasiva o meramente inductiva que fundaba la

determina la vinculación del vendedor no es tanto la existencia de declaraciones públicas, cuanto la confianza justificada que las mismas puedan provocar en el comprador (lo que el «consumidor puede fundadamente esperar») (...). El consumidor no requiere su protección si las declaraciones no han generado en él confianza; o si su confianza no está justificada, teniendo en cuenta el contenido y significado de las mismas».

¹³⁴ Cfr. Corral García, «La Directiva...», *cit.*, pág. 533.

¹³⁵ Considera Morales Moreno («Declaraciones públicas...», *cit.*, pág. 278) que lo que el vendedor tendrá que acreditar «es que el comprador, aunque no hubiera conocido las declaraciones públicas, hubiera tomado la misma decisión de comprar el bien, en las mismas condiciones en que lo ha hecho. Así, por ejemplo, si prueba que las condiciones del contrato en cuanto al objeto estaban ya determinadas antes de que se produjeran las declaraciones públicas; o que lo que busca el comprador en la cosa es la posibilidad de un uso especial, puesto en conocimiento del vendedor al realizar la compra, que nada tiene que ver con las cualidades que la atribuye la publicidad».

conclusión de que sólo la primera era vinculante para el vendedor: ¿no se está reconociendo de este modo, siquiera indirectamente, la importancia del elemento inductivo de la publicidad?

Por lo que respecta a los límites que encuadran la fuerza de obligar de la publicidad, puede decirse que los mismos presupuestos que hemos venido comentando y cuya concurrencia es precisa para que la publicidad obligue al vendedor, podrían considerarse, invirtiendo el planteamiento, como límites intrínsecos más allá de los cuales la declaración pública publicitaria no puede constreñir al vendedor. Sin embargo, más allá de esto, existen otros casos en que la propia Directiva excluye la responsabilidad del vendedor por una falta de conformidad que tenga su origen en una declaración pública (*ex art. 2.4 de la norma europea*), pero no son privativos de la publicidad, sino que se han formulado como exenciones de responsabilidad aplicables a cualquier caso de declaración pública. De ahí que, siguiendo la sistemática del instrumento comunitario, nos ocupemos de ellos en el apartado siguiente, cuando analicemos la exención de responsabilidad del *tradens*. No obstante, sí hay una cuestión que no está específicamente contemplada en la Directiva y que adquiere especial relieve cuando la declaración pública se ha hecho empleando la publicidad y que es la siguiente: qué poder debe reconocerse a la autonomía privada para excluir las afirmaciones publicitarias y, en relación con ello, si debe extenderse a la norma comunitaria la previsión de que, en caso de una estipulación más favorable para el consumidor, debe ceder la publicidad. La reflexión surge a la vista de la norma contenida en el art. 8.2 de la L.G.D.C.U. que, como es sabido, exceptúa de la fuerza vinculante de la publicidad el caso en que existan estipulaciones contractuales más beneficiosas para el consumidor, que habrían entonces de prevalecer¹³⁶.

Respecto de la eficacia de un eventual acuerdo de las partes en cuya virtud se excluyesen en el bien alguna o algunas características que del mismo pregona la publicidad, al margen de que esta posibilidad sea discutida doctrinalmente a la hora de interpretar el art. 8 L.G.D.C.U.¹³⁷, es indudable que la norma europea no excluye en absoluto que ello pueda suceder, tanto si el acuerdo amonora, como si incrementa las expectativas del consumidor, esto es, tanto si el pacto prevé que el bien reúna menos o inferiores cualidades que las publicitadas, como si su finalidad es aumentarlas. Pero entonces, la consideración de la publicidad de cara a determinar o no la falta de conformidad del bien entre-

¹³⁶ Este precepto dispone que: «No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, si el contrato celebrado contuviese cláusulas más beneficiosas, éstas prevalecerán sobre el contenido de la oferta, promoción o publicidad». Como ha indicado Santos Morón (ob. cit., pág. 142), la norma se encamina a evitar que el empresario pueda zafarse de la fuerza vinculante de la publicidad a través del simple expediente de desmentir en el contrato lo anunciado en ella, posibilidad que haría ilusoria la protección que intenta dispensar al consumidor el art. 8 L.G.D.C.U.

¹³⁷ En tanto que Santos Morón (ob. cit., pág. 142) parece considerar esta cuestión como admitida pacíficamente por la doctrina, Morales Moreno («Declaraciones públicas...», *cit.*, págs. 274 a 276 y la nota 25) apunta a una división de opiniones al respecto entre los autores patrios: mientras un

gado con lo acordado en el contrato, deberá ceñirse sólo a aquellos aspectos que no se hayan visto alterados por el pacto y no a aquellas otras posibles discordancias que tomen como referente el acuerdo específico modificativo de la publicidad. Si la modificación es tal que la coincidencia entre lo publicitado y lo acordado y posteriormente entregado es meramente anecdótica, es evidente que no podrá aplicarse el art. 2.2.d) de la Directiva.

Estas conclusiones se basan en un hecho bien simple, pero en absoluto intrascendente: no debe olvidarse que los criterios de conformidad contenidos en el art. 2.2 de la norma europea y, por consiguiente, también el consignado en su letra d), resultan aplicables en defecto de previsiones contractuales específicas de las partes y que no otra cosa sería el pacto modificativo de las características anunciadas por medio de la publicidad. Por consiguiente, un pacto de este tipo, así como cualquier otro que produjera una determinación de las características del bien susceptibles de aquilatar el grado de conformidad del objeto vendido, excluye la aplicación de los criterios del art. 2.2 de la norma europea que, como se ha reiterado, son supletorios de cláusulas contractuales específicas.

Por otra parte, si bien indirectamente, la posibilidad de un pacto de tal naturaleza, está reconocida por el propio legislador cuando en el art. 2.4 exonera de responsabilidad al vendedor que demuestra que la declaración pública en cuestión «había sido corregida en el momento de la celebración del contrato» y no creemos que se encuentre vetada por imperio del art. 7.1.I de la Directiva¹³⁸, que más que a la exclusión de la viabilidad de un pacto de este tenor, estimamos que se diri-

sector considera que los contenidos de la publicidad sólo pueden ser excluidos del contrato por el consumidor cuando se estipule algo más favorable –postura que mantiene Corral García (*La oferta...*, cit., págs. 211 y 212), otros autores, entre los cuáles se encuentra el propio Morales Moreno, considera que la norma contenida en el art. 8.2 L.G.D.C.U. no debe aplicarse cuando el clausulado contractual ha podido debatirse y el consumidor ha aceptado las modificaciones efectuadas con respecto a la promoción o publicidad y ello, porque parece más fundado pensar que la regla de prevalencia tiene auténtico sentido respecto del contenido predispuesto en condiciones generales de la contratación. Desde este punto de vista, que compartimos, y como indica Santos Morón (ob. cit., págs. 142 y 143), el problema no es tanto reconocer la eficacia de la autonomía de la voluntad en cuanto a la exclusión de lo publicitado, sino determinar cuándo realmente «la alteración del contenido publicitario ha sido aceptada consciente y voluntariamente por el consumidor al celebrar el contrato», aceptación que no cabe deducir de la mera discordancia entre el contenido de este último y la publicidad. La citada profesora excluye que pueda aportarse una solución generalizable, pero indica algunas pautas que permiten deducir la anuencia del consumidor a la modificación operada, como sería el caso de que la alteración afectase a un elemento tan esencial que mal le podría haber pasado desapercibida, o el hecho de que a la alteración se aparejase una compensación (por ejemplo, una inferior calidad del bien que redunde en un menor precio de venta). «En los restantes casos –afirma– el empresario interesado en excluir la integración publicitaria del contrato deberá demostrar que el consumidor consintió la modificación».

¹³⁸ Este precepto dispone que: «Las cláusulas contractuales o los acuerdos celebrados con el vendedor, antes de que se indique a éste la falta de conformidad, que excluyan o limiten directa o indirectamente los derechos conferidos por la presente Directiva, no vincularán al consumidor, con arreglo a lo establecido en el Derecho nacional».

ge a impedir la restricción y renuncia anticipada de los derechos del consumidor, un poco en la línea del art. 2.3.I de la L.G.D.C.U.¹³⁹.

Dicho esto, el segundo aspecto de la cuestión que antes enunciábamos, resulta también esclarecido: si el contrato contiene estipulaciones acerca de las características del bien que resultan más favorables para el consumidor que las que se derivan de la publicidad, evidentemente éstas prevalecerán, pero no ya por aplicación del art. 8.2 L.G.D.C.U., sino en atención al mencionado carácter supletorio de los criterios del art. 2.2 de la Directiva. El único problema que podría entonces permanecer es de naturaleza probatoria y no privativo de la aplicación del art. 2.2.d): que la parte a quien favorezca la existencia de la estipulación consiga demostrar su existencia y su contenido y la consiguiente inaplicabilidad del citado criterio. Así, si el consumidor, en su caso, demuestra por cualquier medio la realidad de una estipulación que le interesa más que lo que se deriva de la publicidad, ella valdrá como prueba en contrario de la conformidad del bien con el contrato a través de su coincidencia con lo publicitado; pero si el consumidor no consigue dar esta prueba, entonces la publicidad podría constituir un mínimo o un parámetro de referencia al que podrá acogerse, fundamentalmente el vendedor.

Finalmente, y aunque la cuestión se sitúa en esta misma línea de razonamientos, cabe plantearse qué sucede cuando lo proclamado por la publicidad se opone a las características que se derivan de la aplicación de otros criterios, como por ejemplo, la venta sobre muestras del art. a) o la solicitud de un uso especial por parte del consumidor. En este punto hay que tener en cuenta que, como se ha explicado ya con anterioridad, la Directiva no contempla un sistema para aplicar sus propios criterios y que no es suficiente a este respecto sostener que existirá una falta de conformidad cuando el bien no se corresponda con alguno de ellos –o lo que es lo mismo, que son cumulativos–, porque en este caso bien podría ocurrir que, por ejemplo el comprador quisiera acogerse a las características de uso especialmente pedidas y el vendedor alegase en su favor la concordancia entre las cualidades del bien y las publicitadas¹⁴⁰. A nuestro juicio, en estos casos debe prevalecer el criterio que mayor concreción presente, que más se apoye en una voluntad manifestada (en el ejemplo propuesto, el pacto acerca de un uso especial). Al margen de esta propuesta, que no admite mayor gene-

¹³⁹ El art. 2.3.I L.G.D.C.U. establece lo siguiente: «La renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios es nula». Estamos, pues, sustancialmente de acuerdo con la opinión expresada por Morales Moreno («Declaraciones públicas...», *cit.*, pág. 276) y reproducida por Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2803; «Problemas...», *cit.*, pág. 1198 y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 112).

¹⁴⁰ Consideraciones semejantes se hace Morales Moreno («Declaraciones públicas...», *cit.*, pág. 271), cuyos planteamientos reproduce Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2802 y 2803; «Problemas...», *cit.*, págs. 1197 y 1198, y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 112). Por consiguiente, no creemos exacta la apreciación de Carrasco Perera, Cordero Lobato y Martínez Espín (ob. cit., pág. 128) de que es preciso que para que haya conformidad se den todos y cada uno de los elementos mencionados en el art. 2.2 de la Directiva.

realización y salvo que a la hora de la transposición la cuestión encuentre un mejor arreglo, el problema sólo puede salvarse acudiendo al principio *pro consumatore*, que es el que deberá presidir tanto la interpretación de toda norma en materia de consumo, como la labor de integración de las lagunas existentes.

**B) El etiquetado como vehículo de las declaraciones públicas.
Su eficacia vinculante**

Es bien cierto que, como se ha hecho notar, en la mayoría de los contratos de compraventa celebrados sobre bienes de consumo no existe una negociación específica entre vendedor y adquirente acerca de las características que estos han de reunir y, por tanto, no es frecuente que tales adquisiciones se documenten específicamente y por escrito, haciendo constar todo tipo de cláusulas, pactos e informaciones, sino que habitualmente se trata de contratos verbales¹⁴¹. Sin embargo, esto no significa que la información sobre el bien esté absolutamente ausente¹⁴², pues aunque no exista una específica obligación de formalización del contrato, sí que existe la obligación, legalmente impuesta, de proceder a un correcto etiquetado del bien. Además de esto, hay que tener en cuenta que, junto a la etiqueta propiamente dicha, también los embalajes en que se presentan, o los folletos o prospectos que a menudo acompañan a ciertos bienes, pueden ser el vehículo del contenido que la ley exige del etiquetado, en cuyo caso, estos instrumentos habrán de recibir igual tratamiento que este último¹⁴³.

La normativa actualmente vigente en materia de etiquetado es extensa, puesto que, junto a las normas generales, existen otras específicas para determinados tipos de productos. Con carácter general, el art. 13.1 L.C.U. establece el derecho de los consumidores a obtener una información adecuada y suficiente sobre los bienes, productos y servicios sobre los que contratan, información que la ley –en evitación de los problemas que podría suscitar la interpretación de un concepto tan amplio como es el derecho a una «*información cierta, eficaz, veraz y objetiva*»¹⁴⁴–, concreta en una serie de aspectos que, necesariamente, han de dar-

¹⁴¹ En sentido similar, cfr. Santos Morón (ob. cit., págs. 158 y 159) y Orti Vallejo (ob. cit., pág. 66).

¹⁴² Son muchos los supuestos en que la ley impone expresamente deberes de información, normalmente precontractuales, a una de las futuras partes de un contrato. Como señala Santos Morón (ob. cit., pág. 143), esta imposición se justifica por el hecho de que la parte sobre la que recae dicho deber posee mayor información que la otra y además le es menos costoso que a la otra parte obtenerla, en el caso de que no obrara ya en su poder. Junto a ello, destaca la citada autora que el carácter profesional de uno de los contratantes genera en el otro –normalmente profano– una confianza legítima en la información que el profesional, como experto, pueda facilitarle acerca del objeto y condiciones del contrato, confianza que es necesario proteger.

¹⁴³ Aunque no llega a expresar exactamente la misma idea que consta en el texto, también Orti Vallejo (ob. cit., págs. 66 a 69), sitúa a los embalajes, documentos, prospectos, instrucciones sobre el modo de empleo, recomendaciones y advertencias, junto al etiquetado, como instrumentos que canalizan la obligación de información. Como veremos, las instrucciones de uso adquieren una relevancia propia a través del art. 2.5 de la Directiva.

¹⁴⁴ La expresión está literalmente tomada del art. 13.2 L.C.U., aunque se califica con adjetivos semejantes a la información también en el número 1 del propio art. 13.

se a conocer al consumidor. Pero además, favoreciendo la estabilidad, perdurabilidad y accesibilidad de tal información y, en su caso, propiciando la existencia de un instrumento que una vez celebrado el contrato puede considerarse en cierto sentido como parte de su documentación, el art. 13.2 de la misma ley se remite a los Reglamentos de etiquetado, presentación y publicidad de los productos o servicios, para que en ellos se recojan las exigencias concretas en materia de información. La normativa reglamentaria al respecto es muy abundante y no es aquí oportuna su cita; lo esencial es saber que por esta vía se ha impuesto a los productores, envasadores y vendedores¹⁴⁵ la obligación de introducir en la etiqueta de ciertos productos –alimentos, cigarrillos de diverso tipo, aparatos de uso doméstico, productos industriales–, toda una serie de informaciones dirigidas al consumidor o adquirente atinentes a distintos aspectos de tales objetos.

Partiendo de esta realidad, lo que hace el art. 2.2.d) de la Directiva es integrar la información facilitada por el etiquetado en el contenido contractual¹⁴⁶, de forma que las características, calidad, cantidad, naturaleza y cualquier otra atribución de cualidades que se deduzcan de la etiqueta resulten exigibles por el consumidor y absolutamente vinculantes para el vendedor, puesto que, en definitiva, esta información conforma una auténtica descripción del bien sobre el que se contrata, que excluye la necesidad de que el comprador se plantee qué características reúne normalmente una cosa del mismo tipo –art. 2.2.d) *ab initio*– o qué usos es susceptible de satisfacer –art. 2.2.c)–¹⁴⁷.

La variedad de los aspectos sobre los que debe recaer la información ofrecida al consumidor ha llevado a distinguir en el etiquetado un componente precontractual, constituido por la enumeración de las características del producto, dirigido principalmente a inducir a la venta –en lo que existe similitud con la función inductora al consumo de la publicidad–, de otro estrictamente contractual, que cobra sentido únicamente una vez se adquiere el bien, puesto que se refiere a las instrucciones para obtener una satisfactoria utilización del mismo¹⁴⁸. Aunque este planteamiento no es inaceptable, realmente, a nuestro juicio, resulta más adecuado enjuiciar lo que se califica como contenido precontractual como oferta contractual que, una vez aceptada, constituye propiamente el contenido

¹⁴⁵ La obligación de información pesa sobre ellos en distinta medida y sobre aspectos diferentes; normalmente el sujeto obligado es el fabricante y, subsidiariamente el vendedor, pero hay una casuística muy diversa. Orti Vallejo (ob. cit., pág. 62) justifica la imposición de la obligación de información que se materializa en el etiquetado por el modo de desarrollarse el comercio moderno, donde los compradores a menudo no tienen contacto con el vendedor y, aunque sí lo haya, la tecnificación de los objetos impide que este último pueda informar adecuadamente al comprador de las características del producto.

¹⁴⁶ Categóricamente afirma Orti Vallejo (ob. cit., pág. 62) que el etiquetado se integra en el contrato.

¹⁴⁷ Como bien advierte Orti Vallejo (ob. cit., pág. 62), las discordancias entre las cualidades que realmente presenta el bien y las que proclama el etiquetado determinan defectos o falta de conformidad con el contrato, «no porque el comprador espere de la cosa lo que es habitual o normal en ella, sino porque son las cualidades que en concreto le han sido atribuidas».

¹⁴⁸ Esta diferenciación la hace Orti Vallejo, ob. cit., págs. 68 y 69.

del contrato, si se quiere, la descripción del bien, o la enumeración de las cualidades de la cosa sobre la que recae el consentimiento de las partes. Desde este punto de vista, el papel de inductor al consumo que se atribuye al etiquetado –y que constituye el objetivo básico de la publicidad–, aunque efectivamente existe, pasa a un segundo plano y, desde luego, carece de sentido cuestionarse qué consecuencias produce, como elemento precontractual, la información contenida en el etiquetado y documentos equiparables a él¹⁴⁹.

2. LOS AGENTES DE LAS «DECLARACIONES PÚBLICAS» Y EL SUJETO RESPONSABLE FRENTE AL CONSUMIDOR. EXCEPCIONES AL CARÁCTER VINCULANTE DE LAS DECLARACIONES PÚBLICAS

La vinculación del vendedor respecto del contenido de las declaraciones públicas –con independencia del cauce empleado para realizarlas, señaladamente, como hemos visto, publicidad y etiquetado–, no se produce únicamente cuando es él mismo quien las ha efectuado, sino que la vinculación se extiende a las que tengan por agente al productor del bien de consumo vendido o a «*su representante*».

Gracias a que la propia Directiva en su art. 1.2 confecciona el elenco de definiciones de los conceptos básicos que emplea, no ofrece dudas qué es lo que debe entenderse en cada caso por «vendedor» y por «productor»¹⁵⁰. En cambio, distinta suerte ha seguido el concepto de «representante» que no tiene reflejo en el citado precepto, pese a que en los trabajos preparatorios del instrumento europeo también se había incluido una definición del mismo que finalmente desapareció del texto definitivo¹⁵¹, lo que puede suscitar alguna duda respecto a la relación que ha de mediar entre el productor y su llamado «representante»

¹⁴⁹ El propio Ortí Vallejo (cfr. ob. y loc. últ. cit.), acaba, de modo indirecto, reconociendo nuestro planteamiento, cuando advierte que la discordancia entre las cualidades reales del producto y las que constan en el etiquetado podría constituir una falta de conformidad del bien con el contrato determinada no en aplicación de la letra d) del art. 2.2., sino en aplicación de la letra a), cuando se refiere a la descripción del bien por el vendedor. Junto a esto y tras cuestionarse qué efectos provoca esta falta de correspondencia entre las características reales y las afirmadas, llega a la conclusión de que el adquirente podría utilizar en su beneficio «los remedios propios del incumplimiento, entre ellos exigir la prestación del contenido informativo», lo cual sólo es viable si dicho contenido es parte del contrato y del contrato incumplido.

¹⁵⁰ El citado art. 1.2 de la Directiva define como «vendedor» a «*cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional*», en tanto que considera «productor» a «*el fabricante de un bien de consumo, el importador de un bien de consumo en el territorio de la Comunidad o cualquier persona que se presente como productor indicando en el bien de consumo su nombre, su marca u otro signo distintivo*». Como puede verse y como indica Morales Moreno («Declaraciones públicas...», *cit.*, pág. 273) el de productor es un concepto amplio y flexible. Este autor considera que, pese a que no se exprese directamente en el texto de la Directiva, también debe considerarse como productor a quien se presenta como tal en la publicidad específica del bien de consumo.

¹⁵¹ Según Morales Moreno («Declaraciones públicas...», *cit.*, pág. 273, nota 22), la definición de representante del productor aparecía en el art. 1.f) de la versión de la Propuesta Modificada de Directiva anterior a la Posición Común y consideraba como tal a: «*la persona física o jurídica que actúe*

para considerar que éste ha de equipararse a aquél a los efectos de vincular al vendedor con sus declaraciones públicas acerca del bien. Lo único que con respecto a ello puede decirse es que la interpretación de quién deba considerarse como representante del productor habrá de hacerla el órgano juzgador en cada caso, a cuyos efectos parece correcto propugnar un entendimiento amplio del término, en aras de no hacer ilusoria la protección del consumidor¹⁵².

El hecho de que la falta de conformidad contemplada en el art. 2.2.d) de la Directiva pueda determinarse por referencia a las declaraciones públicas efectuadas también por el productor o su representante, unido a que el art. 3.1 hace responsable de dicha falta exclusivamente al vendedor significa, en resumidas cuentas que, hoy por hoy, el único sujeto responsable ante el consumidor por cualquier falta de conformidad del bien –incluida la determinada en aplicación del art. 2.2.d) de la Directiva–, es este último, y ello pese a que la declaración provenga de alguno de los otros sujetos mencionados en el propio precepto¹⁵³.

Esta decisión del legislador europeo, que constituye una regla general frente a las excepciones que se enumeran en el art. 2.4 de la propia Directiva, hasta cierto punto resulta criticable desde la perspectiva de la justicia del resultado que propicia¹⁵⁴, sobre todo si se tiene en cuenta que en la actualidad el vendedor es prácticamente un mero intermediario que no suele participar en la producción o fabricación de los bienes con que comercia y que, por tanto, poco control ostenta y pocas posibilidades tiene de evitar la desconformidad de los bienes con lo pactado¹⁵⁵. Parece claro que la desconexión existente entre el productor y el consumidor, que estrictamente no establecen una relación contractual entre sí, es meramente técnica, pero no deja de sentirse como necesario el reconocimiento de la posibilidad de que el consumidor le exija responsabilidad a quien realmente controla el proceso productivo y no al vendedor que, en la mayoría de los casos es, a fin de cuentas, un simple eslabón más en la cadena

como el distribuidor oficial o prestador oficial de servicios del productor, con exclusión de los vendedores independientes que actúen exclusivamente como detallistas».

¹⁵² El legislador italiano, en el nuevo art. 1.519.ter.II, letra c) del *Codice Civile* menciona expresamente entre los sujetos cuya declaración vincula al vendedor, junto al representante del productor, a su agente, lo que da pie para pensar que en dicho Ordenamiento resulte exigible una vinculación de tipo contractual y no meramente fáctica entre ambos sujetos.

¹⁵³ Esta conclusión –que resulta evidente a la vista de la letra del precepto en cuestión, no contradicha en ninguna otra parte de la Directiva por el establecimiento de responsabilidad alguna de cualquier otro sujeto– es extraída casi unánimemente por la doctrina. Cfr. por todos, Lete Achirica (ob. cit., pág. 1369) y Evangelio Llorca (ob. cit., pág. 1354).

¹⁵⁴ Puede decirse que la norma europea se queda «a medio camino». Lete Achirica (ob. cit., págs. 1369 y 1370) ha difundido la fuerte crítica que la decisión de responsabilizar únicamente al vendedor generó en el *European Consumer Law Group*, que la consideraba incoherente con la realidad de las cosas, puesto que normalmente el fabricante es el verdadero responsable de los vicios o defectos de los bienes que produce y distribuye en el mercado. Por su parte y como constata Jordá Capitán (ob. cit., pág. 138), el Libro Verde también se inclinaba por considerar más oportuno el establecimiento de la responsabilidad del fabricante.

¹⁵⁵ Observaciones similares pueden encontrarse en Sanz Valentín (ob. cit., pág. 1082) y Lete Achirica (ob. cit., pág. 1369).

de distribución de los bienes¹⁵⁶. Con todo, también es posible que sobre la decisión de configurar la responsabilidad directa del vendedor planease el deseo de facilitar al consumidor la tarea de reclamar por la falta de conformidad¹⁵⁷, aunque, en nuestra opinión, esto no es en absoluto incompatible con el eventual establecimiento de una responsabilidad del productor¹⁵⁸, que bien podría haberse reconocido de manera solidaria con el vendedor¹⁵⁹, o incluso de modo similar a como se ha articulado la responsabilidad de los distintos agentes intervinientes en el proceso de construcción de un edificio a tenor de la Ley de Ordenación de la Edificación¹⁶⁰.

Ciertamente, el legislador comunitario no es ajeno a estas consideraciones. Sin embargo y a juzgar por la razón esgrimida en el Considerando 9 de la parte expositiva de la norma que venimos comentando, parece que han pesado más en su ánimo la tradicional responsabilidad directa del vendedor frente al adquirente, consagrada a nivel positivo en todos los Ordenamientos¹⁶¹, así como razo-

¹⁵⁶ Para Sanz Valentín (ob. cit., pág. 1082), esto constituye un hecho que «reclama cada vez más la existencia de medidas jurídicas en consonancia con el mismo». Por su parte, y como apuntan Lete Achirica (ob. cit., pág. 1370), seguido por Jordá Capitán (ob. cit., pág. 138, nota 27), ya el dictamen del Comité Económico y Social de 27 de noviembre de 1996 (DO n.º C66, 3 de marzo de 1997) reconocía que el establecimiento de la responsabilidad directa del productor, pese que a éste no le une relación contractual alguna con el consumidor, puede encontrar plena justificación en que «la confianza que el consumidor deposita en la marca del fabricante es a menudo el estímulo determinante para la adquisición».

¹⁵⁷ En este sentido, cfr. Jordá Capitán, ob. cit., págs. 138 y 139.

¹⁵⁸ Y es que la razón de la fácil accesibilidad del vendedor por parte del consumidor sólo opera en las compras nacionales, pero en las transfronterizas es tan sencillo o complicado para el adquirente comunicarse con el productor, como con el vendedor, en el caso de que ambos radicuen en el territorio de un Estado distinto del de consumidor. De ahí que en el dictamen anteriormente citado del Comité Económico y Social se propusiera que el consumidor pudiera dirigirse directamente contra el representante regional del productor, para obviar las dificultades propias de la distancia geográfica. Con todo, no se solventa así el problema que se plantea en el caso de que el fabricante carezca de representación en el lugar de origen del consumidor. Por su parte, Jordá Capitán (ob. cit., pág. 139) estima que las dificultades que se presentan a la hora de reclamar en caso de compra transfronteriza no son tantas, pues «hay que pensar que en el contrato de compra del bien deberán figurar los datos necesarios de identificación y radicación del vendedor o comerciante y su establecimiento, con lo cual las eventuales dificultades podrían quedar salvadas». Sin embargo, en nuestra opinión, pensar que todas las operaciones de adquisición quedan bien documentadas, no concuerda con la realidad.

¹⁵⁹ Precisamente tal es la propuesta de Carrasco Perera, Cordero Lobato y Martínez Espín, ob. cit., págs. 130 y 131. En este sentido, resulta también oportuna la cita del art. 27.2 L.G.D.C.U.

¹⁶⁰ La Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación (en adelante, L.O.E.) establece, en principio, una responsabilidad personal e individualizada de determinados agentes por sus propios actos y omisiones, así como por los de las personas por quienes responden, aunque la responsabilidad es solidaria en el caso de que no pueda individualizarse. Por otra parte, el promotor es, en último caso, responsable solidario de cualquier vicio o defecto. Cfr. el art. 17 L.O.E., especialmente, su apartado 3.

¹⁶¹ En efecto, el Considerando 9 de la Directiva se manifiesta en este sentido: «Considerando que el vendedor debe ser el responsable directo ante el consumidor de la conformidad de los bienes con el contrato; que ésta es la solución tradicional consagrada en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros; que, no obstante, el vendedor debe poder, conforme a la legislación nacional, entablar acciones contra el productor; el ven-

nes de oportunidad legislativa¹⁶²: no en vano, la preocupación por que la relación vendedor-productor-consumidor tenga algún efecto a corto plazo en la sede concreta de la «garantía» legal por la disconformidad de los bienes vendidos –en la sede concreta del saneamiento, a fin de cuentas– se manifiesta en las previsiones contenidas en los arts. 4 y 12 de la Directiva que prevén, respectivamente, el reconocimiento por cada legislador nacional del derecho del vendedor a emprender acciones contra el sujeto auténticamente responsable de la existencia de la falta de conformidad que, normalmente, le habrá precedido en la cadena de producción y/o distribución de los bienes¹⁶³ y la elaboración de un informe por parte de la Comisión en el que se examine, entre otras cosas, si procede reconocer la responsabilidad directa del productor frente al consumidor¹⁶⁴. En Italia, la previsión del art. 4 se ha materializado en un derecho de regreso a favor del vendedor, ejercitable en el plazo de un año desde que haya atendido a las reclamaciones efectuadas por el consumidor en ejercicio de los mecanismos de reacción que le competen ante la falta de conformidad del bien¹⁶⁵, reconocido en los siguientes términos:

«[1] El vendedor final, cuando sea responsable frente al consumidor a causa de un defecto de conformidad imputable a una acción u omisión del productor, de un vendedor precedente de la misma cadena contractual distributiva o de cualquier otro intermediario, tiene un derecho de regreso, salvo pacto en contrario o

dedor anterior o contra cualquier otro intermediario de la cadena contractual salvo que hubiese renunciado a ese derecho; que la presente Directiva no afectará al principio de libertad contractual entre el vendedor, el productor, un vendedor anterior o cualquier otro intermediario; que la legislación nacional deberá determinar las normas que regulan contra quién podrá actuar el vendedor y las modalidades de dicha acción».

¹⁶² Parece que el legislador europeo considera necesaria una maduración de la posibilidad de establecer la responsabilidad directa del productor frente al consumidor. De ahí que, como indica Lete Achirica (ob. cit., pág. 1369), haya acogido «la solución menos «problemática» desde el punto de vista de la incorporación de esta regla a los ordenamientos de los Estados miembros...».

¹⁶³ El art. 4 de la Directiva dice, textualmente, lo siguiente: «Recursos.—Cuando el vendedor final deba responder ante el consumidor por falta de conformidad resultante de una acción u omisión del productor, de un vendedor anterior perteneciente a la misma cadena contractual o de cualquier otro intermediario, el vendedor final podrá emprender acciones contra la persona responsable en la cadena contractual. La legislación nacional determinará quién es el responsable, o los responsables, contra los que podrá emprender acciones el vendedor final, así como las acciones y las condiciones de ejercicio correspondientes».

¹⁶⁴ Ya en el Considerando 23 se refiere el legislador europeo a esta cuestión: «Considerando que la legislación y la jurisprudencia en este ámbito demuestran que, en los distintos Estados miembros, existe una preocupación creciente por asegurar a los consumidores un elevado nivel de protección; que, a la luz de esta evolución y de la experiencia adquirida en la aplicación de la presente Directiva, podría ser necesario prever una mayor armonización, en particular estableciendo una responsabilidad directa del productor respecto de los defectos de que sea responsable». Por su parte, el texto literal del art. 12 de la Directiva es éste: «Revisión.—A más tardar el 7 de julio de 2006, la Comisión procederá al examen de la aplicación de la presente Directiva y presentará un informe al respecto al Parlamento Europeo y al Consejo. Dicho informe examinará, entre otros elementos, si procede introducir la responsabilidad directa del productor y, si procede, irá acompañado de propuestas».

¹⁶⁵ El texto inserto pertenece al art. 1.519.quinquies del *Codice Civile*. Una propuesta y justificación del reconocimiento de una acción de regreso al vendedor frente al productor, con un plazo de ejercicio de dos años en este caso y con consideraciones muy interesantes, puede verse en Carrasco Perera, Cordero Lobato y Martínez Espín, ob. cit., págs. 131 a 134.

renuncia, frente al sujeto o sujetos responsables que formen parte de la citada cadena distributiva. [2] El vendedor final que haya atendido a los remedios ejercitados por el consumidor, puede proceder, en el plazo de un año desde la ejecución de la prestación, en regreso frente al sujeto o sujetos responsables para obtener el reintegro de cuanto ha prestado».

Por tanto, no parece que el principio de relatividad del contrato, que se viene esgrimiendo como obstáculo fundamental del reconocimiento de la responsabilidad directa del productor frente al consumidor¹⁶⁶, pueda contener durante mucho tiempo las exigencias de la realidad y la progresiva tendencia de los legisladores a idear un cauce para su establecimiento¹⁶⁷. En este sentido, y a la vista de la doctrina que ha generado el Tribunal Supremo en casos de reclamación por defectos de la construcción al promotor, en los que ha considerado a los subadquirentes de la vivienda como sucesores a título singular del primer adquirente y, por tanto, no terceros con respecto al primer contrato de compraventa, podría tal vez –salvando las distancias y en atención a la analogía existente entre ambos casos– defenderse el ejercicio directo frente al fabricante por parte del consumidor de las acciones que, con base en el contrato de compraventa celebrado entre fabricante y vendedor, competerían a este último¹⁶⁸. Ejemplo de la doctrina mencionada¹⁶⁹, en un supuesto en el que además la reclamación se basaba en la integración del contenido de cierta publicidad en el contrato, es la S.T.S. de 30 de junio de 1997, en que se contiene el pronunciamiento siguiente:

«(...) Los señores P. J. y G. M., al adquirir las viviendas de los anteriores propietarios, se subrogan en todas las acciones que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, ya que, tal y como ha venido establecien-

¹⁶⁶ En este sentido, apunta Lete Achirica (ob. cit., pág. 1370) que el reconocimiento de la responsabilidad directa del productor frente al consumidor constituye una excepción al principio de relatividad de los contratos (consagrado en nuestro Ordenamiento en el art. 1.257.I C.c.), «cuya introducción en el Derecho europeo conviene meditar».

¹⁶⁷ No puede ignorarse, en este contexto, la existencia de los arts. 26 y 27.1 de la L.G.D.C.U., en cuanto declaran la responsabilidad de los productores. A este último precepto recurre también Jordá Capitán, ob. cit., pág. 138. Por su parte, Carrasco Perera, Cordero Lobato y Martínez Espín (ob. cit., pág. 131) insisten en que la Jurisprudencia anterior a la Ley 22/1994, de 6 de julio, de Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos (en adelante, L.R.C.D.P.D.), ya había reconocido la posibilidad de hacer directamente responsable al productor frente al consumidor, primero, con base en el art. 1.902 C.c. y, más tarde, con base en los arts. 25 y ss. L.G.D.C.U. En opinión de los últimos autores citados, la Ley 22/1994 supuso un retroceso en el nivel de protección del consumidor que ya se había establecido, minoración que podría corregirse aprovechando la transposición de la Directiva.

¹⁶⁸ Con un alcance similar, apuntan Carrasco Perera, Cordero Lobato y Martínez Espín (ob. cit., pág. 131) que «en todo caso, el consumidor podría ejercitar de forma subrogatoria (art. 1.111 C.c.) las acciones de su vendedor frente al vendedor remoto».

¹⁶⁹ La doctrina mencionada en el texto cristalizó, finalmente, en la regulación contenida en el art. 17 L.O.E. respecto de la responsabilidad de los distintos agentes intervinientes en el proceso de edificación. A partir de la existencia de este precepto, que establece una responsabilidad claramente extracontractual, lo cierto es que no resulta preciso intentar justificar la inaplicabilidad o las excepciones a la operatividad del principio de la eficacia relativa de los contratos.

do la jurisprudencia, **pasan al segundo comprador las acciones que asisten a los directos adquirentes del inmueble contra la promotora. “No es tercero civil, a quien alcance la doctrina de la eficacia relativa del contrato del art. 1.257 del Código Civil, el causante de uno de los contratantes a título singular por acto ‘inter vivos’ (...) y, por tanto, el comprador de una vivienda que la adquiere de quien fue comprador de ella al promotor, está activamente legitimado para reclamar de éste lo debido según el primer contrato de compraventa, como es que se instale el ascensor de acceso a las plazas de garaje”** (Sentencia del Tribunal Supremo de 2 noviembre 1981 [R.J. 1981, 4412]). Es reiterada la jurisprudencia que, por tanto, se manifiesta en el sentido de que **“los derechos y obligaciones dimanantes del contrato trascienden, con excepción de los personalísimos, a los causahabientes a título particular que penetran en la situación jurídica creada mediante negocio celebrado con el primitivo contratante”** (...). “Por virtud de la regla ‘nemo plus juris ad alium transferre potest quam ipse habet’, el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta, siempre que influyan en el contenido del derecho transmitido” (...). En igual sentido y entre otras, la Sentencia de 5 de mayo 1961 (R.J. 1961, 2310), declaró que “el comprador o adquirente recibe todas las acciones transmisibles que garantizan su dominio y defienden los derechos inherentes a la propiedad, resultando, por tanto, evidente, que está revestido de la acción que le concede el art. 1.101 del Código Civil con carácter general, sin distinguir si la finca ha cambiado o no de propietario”. En conclusión, parece el motivo»¹⁷⁰.

Por otra parte, tal responsabilidad no ha de tener necesariamente una base contractual, sino que perfectamente puede justificarse del mismo modo que se justifica la responsabilidad del productor por los daños ocasionados por los productos defectuosos o, como antes apuntábamos, podría articularse de modo similar a como responde el promotor por los defectos constructivos ante el subadquirente de un inmueble, pese a no haber contratado con él¹⁷¹.

Centrándonos ahora en los efectos que se derivan estrictamente del art. 2.2.d) de la Directiva –puesto que las anteriores consideraciones son válidas para cualquier falta de conformidad que provenga de un defecto de fabricación y no sólo para la determinada con respecto al citado apartado–, y desde la perspectiva del

¹⁷⁰ El texto transcrito se encuentra en el F.J. Séptimo de la S.T.S. de 30 de junio de 1997 [R.J. 1997, 5406]. En el caso de autos, el promotor había incluido en la publicidad unos sistemas de calefacción central que no se habían instalado finalmente en las viviendas. Pronunciamientos similares se encuentran en otras sentencias: cfr. así entre otras, S.T.S. de 12 de noviembre de 1960 [R.J. 1960, 3473], 27 de junio de 1961 [R.J. 1961, 3016], 9 de febrero y 5 de octubre de 1965 [R.J. 1965, 533], 25 de abril de 1975 [R.J. 1975, 2095], 1 de abril de 1977 [R.J. 1977, 1510] y 3 de octubre de 1979 [R.J. 1979, 3236] y 20 de febrero de 1981 [R.J. 1981, 1007].

¹⁷¹ Cfr., respectivamente, la L.R.C.D.P.D. y la L.O.E. Lete Achirica (ob. cit., pág. 1370) apunta que, dado que en nuestro Derecho no existe más reconocimiento de una acción directa contra el productor que la establecida en la primera de estas leyes, «sólo cabría aludir a la figura del contrato a favor de tercero o «promesa de hecho ajeno» en cuya virtud una de las partes, en nombre propio, promete a la otra la prestación que debe cumplir una tercera persona extraña al contrato». Pero, como el propio autor reconoce, la responsabilidad del productor en este caso exigiría su propio consentimiento y, para esto –añadimos nosotros– más efectivo y sencillo es el ofrecimiento de la garantía comercial por parte del fabricante.

vendedor, también podría decirse que la vinculación de este último por las declaraciones públicas del productor o de su representante desbordan el ámbito estrictamente contractual, esta vez en beneficio del consumidor, que puede reclamar con base en ellas, pese a que no las ha efectuado su contraparte en el contrato¹⁷². Sin embargo, lo cierto es que en este aspecto, la Directiva no ha hecho más que incorporar lo que la doctrina venía propugnando a la hora de interpretar y dar pautas de aplicación del art. 8 L.G.D.C.U.¹⁷³: la publicidad ha de integrarse en el contrato tanto si el anunciante es posteriormente parte en él, como si es un tercero ajeno al contrato celebrado con el consumidor; en este último caso, podrá darse relevancia, no obstante, a las posibilidades reales de conocimiento del mensaje publicitario por parte del que contrata con el consumidor, para excluir su responsabilidad en el supuesto de una bastante improbable ignorancia de la publicidad difundida¹⁷⁴.

Esta última indicación también ha tenido su reflejo en la Directiva, concretamente en el apartado 4 del art. 2, en el que se da cabida a tres posibles causas de exoneración del vendedor por las declaraciones públicas a que se refiere la letra d) del art. 2.2:

«El vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas contempladas en la letra d) del apartado 2 si demuestra: que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión, que dicha declaración había sido

¹⁷² Así lo afirma Sanz Valentín, *ob. cit.*, págs. 1081 y 1082. Por su parte, es desde este punto de vista donde se sitúa Corral García («La Directiva...», *cit.*, pág. 533) para afirmar que en caso de haberse encargado la publicidad por persona distinta del vendedor, sin que éste la conozca, no podrá haber responsabilidad por su parte, «de acuerdo con el principio de relatividad contractual».

¹⁷³ Así lo estima también Avilés García, «Las garantías...», *cit.*, pág. 2801 y 2802; «Problemas...», *cit.*, págs. 1196 y 1197, y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 111.

¹⁷⁴ En este sentido, *cfr.* Santos Morón (*ob. cit.*, pág. 142), autora que apunta que el vendedor normalmente no sólo conocerá la publicidad del fabricante al igual que el consumidor, sino que incluso la utilizará conscientemente. Con todo, estima esta profesora, siguiendo a Morales Moreno y Gómez Calle, que también el anunciante no contratante puede responder frente al consumidor en virtud del art. 1.902 C.c., puesto que la insatisfacción sufrida por el consumidor al haber confiado en la publicidad puede considerarse como un daño indemnizable. No compartimos, sin embargo, los razonamientos, un tanto confusos a nuestro juicio, de Avilés García, «Las garantías...», *cit.*, pág. 2802; «Problemas...», *cit.*, pág. 1197, y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 111: «En el supuesto en que el anunciante no sea parte del contrato celebrado con el consumidor cabe la posibilidad de construir la responsabilidad de éste como contractual o extracontractual, con la importante diferencia que existe entre una y otra en lo que concierne al plazo de ejercicio de la acción correspondiente (quince años o un año de los arts. 1.964 y 1.968.2 del C.c., respectivamente). Con todo, compartimos con la doctrina más autorizada, la idea de que es más conveniente construir doctrinalmente hoy en día este supuesto como un caso de responsabilidad contractual, pues el plazo de quince años resulta un tanto excesivo e implica una atribución de riesgo desorbitada, con independencia de que, además, el plazo de un año del art. 1.968.2 del C.c. está pensado, en principio, para supuestos de responsabilidad basados en la culpa». Evangelio Llorca (*ob. cit.*, pág. 1350, nota 133) hace una interpretación propia de este mismo párrafo y tras referirlo a la responsabilidad del anunciante y no del no anunciante como expresamente dice el autor anteriormente citado, concluye que en opinión de éste «...conviene más elegir la segunda vía, porque considera que el plazo de quince años es excesivo e implica una atribución de riesgo desorbitada».

corregida en el momento de la celebración del contrato, o que dicha declaración no pudo influir en la decisión de comprar el bien de consumo».

Parece evidente que la primera causa de exoneración mencionada en el precepto cobra sentido exclusivamente en el caso de que el vendedor contratante con el consumidor no sea a su vez el declarante, sino que la declaración pública citada provenga de un tercero, señaladamente del productor, fabricante o importador¹⁷⁵. Sin embargo, pese a que el precepto no distingue, tampoco parece posible que el vendedor esgrima esta causa de exoneración cuando la declaración pública se contiene en el etiquetado del bien y no en un mensaje publicitario, porque entonces no es razonable que pueda desconocer el contenido de tal declaración. De ahí que se haya señalado, a nuestro juicio con acierto, que en este punto concreto «la Directiva acusa la deficiencia del unitario tratamiento del etiquetado y de la publicidad»¹⁷⁶ que, como hemos tenido ocasión de comprobar, son cauces distintos de expresión de las declaraciones públicas. Y es que, a la vista de las opiniones que el apartado transcrito suscita, centradas básicamente en la publicidad, resulta patente aquella equiparación que ya hemos puesto de relieve entre «declaraciones públicas» y publicidad, entre el todo y la parte. Por otro lado, no creemos que, como sostiene algún autor¹⁷⁷, en el caso de que el vendedor quede exonerado por la aplicación de esta causa, pueda el consumidor dirigirse aún contra el productor o el fabricante. Ello sólo será posible en el momento en que, por el cauce jurídico que se establezca, se reconozca tal posibilidad, pero desde luego no aplicando simplemente las previsiones actualmente contenidas en la Directiva.

Esta inadecuación al etiquetado no aparece, al menos de modo patente, en las otras dos causas de exoneración contenidas en el apartado transcrito. La corrección de las declaraciones públicas efectuadas puede no sólo obedecer a la circunstancia de que se ha reparado en que existía alguna incorrección en las mismas o al hecho de que el bien ha sufrido modificaciones que exigen la adaptación de aquéllas a su nueva realidad, sino que también es posible que se deba al juego de la autonomía de la voluntad de los contratantes que, como hemos

¹⁷⁵ Precisamente por evidente, es ésta una conclusión invariablemente puesta de relieve por la doctrina. Cfr. Morales Moreno («Declaraciones públicas...», *cit.*, pág. 277), Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2805; «Problemas...», *cit.*, pág. 1200, y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 110), Corral García («La Directiva...», *cit.*, pág. 533), Jordá Capitán (ob. cit., pág. 140), Ortí Vallejo (ob. cit., pág. 69) y Evangelio Llorca (ob. cit., pág. 1350).

¹⁷⁶ Estas palabras pertenecen a Ortí Vallejo (ob. cit., pág. 69) quien propugna la eliminación de esta causa de exclusión de responsabilidad con respecto al etiquetado, por considerar que la diligencia exigible al vendedor profesional impone el control por su parte del etiquetado de los productos que comercializa. Consideraciones similares hace Jordá Capitán, ob. cit., pág. 140. Sin embargo, tal vez dicha eliminación no sea necesaria estrictamente, si se parte de la base de que no concurrirán los presupuestos de la exoneración en el caso de que la declaración pública se haya hecho por este cauce, porque entonces no cabe que el vendedor la desconozca y no resulta razonable dicho desconocimiento.

¹⁷⁷ En este sentido, cfr. Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2805; «Problemas...», *cit.*, págs. 1199 y 1200, y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 113) y Jordá Capitán (ob. cit., pág. 140).

adelantado en un apartado anterior, puede limitar el alcance de las declaraciones en cuestión en pro de los intereses concretos de las partes. Por tanto, esta causa de exoneración sirve, en nuestra opinión, tanto para dar cabida a las actitudes unilaterales de vendedor, productor o fabricante, como a los pactos entre vendedor y consumidor en el sentido de excluir o añadir al bien alguna cualidad de las que no estaban descritas públicamente. Con todo, también este segundo supuesto nos parece más viable para la publicidad que para el etiquetado, debido precisamente a la desvinculación física entre la primera y el bien, que contrasta con el contacto necesario entre éste y su etiqueta. Así pues, es más factible que el consumidor desconozca la corrección de una publicidad a la que accedió con anterioridad, que suceda lo mismo con el etiquetado, pues las modificaciones necesarias deberían incorporarse a la etiqueta y, por consiguiente, estar al alcance del consumidor en el momento en que toma posesión del bien¹⁷⁸.

En cuanto a la tercera causa que el vendedor podría intentar alegar para exonerarse de su responsabilidad, es la más escurridiza y la de un éxito más improbable, además de instaurar un criterio bastante inseguro, porque otorga relevancia a las motivaciones internas del comprador que, en otros casos, son absolutamente indiferentes. Se ha dicho que esta causa tan sólo sería esgrimible en el supuesto de que la falta de conformidad alegada por el consumidor tenga su base en una discordancia entre las características reales del bien y alguna otra afirmada, pero ausente de la publicidad, lo cual hace a la exclusión de responsabilidad superflua, porque el consumidor no podría apoyarse en la declaración pública para probar dicha falta de conformidad¹⁷⁹. Sin embargo, esta interpretación convierte en inútil e inoperante la causa tercera del art. 2.4 de la Directiva, por lo que parece más adecuado intentar buscar otro entendimiento de la misma que proporcione alguna ocasión para su aplicabilidad, ya de por sí, como decimos, bastante dificultosa y problemática. Tal vez, como también se ha indicado, estuviera el legislador pensando en la posibilidad de que el vendedor pudiera escudarse en que, pese a que efectivamente alguna característica anunciada en el bien no se encuentra en él –lo que constituye una falta de conformidad de acuerdo con el art. 2.2.d)–, tal característica o cualidad no era determinante de la adquisición para el consumidor, que aun sin conocer las declaraciones públicas habría tomado la misma decisión¹⁸⁰. Pero esto supone

¹⁷⁸ Y es que, como han señalado Morales Moreno («Declaraciones públicas...», *cit.*, pág. 278), Corral García («La Directiva...», *cit.*, pág. 533) y Evangelio Llorca (ob. cit., pág. 1351), lo esencial es que la corrección destruya la confianza del consumidor, lo que significa que debe haber llegado a su conocimiento para que la causa de exoneración sea aplicable.

¹⁷⁹ Cfr. Corral García, «La Directiva...», *cit.*, pág. 533.

¹⁸⁰ En este sentido se manifiesta Morales Moreno, «Declaraciones públicas...», *cit.*, pág. 278. Este autor señala dos casos en que, a su juicio, podría el vendedor alegar la causa tercera de exoneración del art. 2.4 de la Directiva: «si prueba que las condiciones del contrato en cuanto al objeto estaban ya determinadas antes de que se produjeran las declaraciones públicas; o que lo que busca el comprador en la cosa es la posibilidad de un uso especial, puesto en conocimiento del vendedor al realizar la compra, que nada tiene que ver con las cualidades que le atribuye la publicidad». Sin embargo, creemos que este último supuesto es también reconducible a la segunda causa de exone-

adentrarse en el peligroso terreno de los motivos particulares del consumidor, de difícil demostración por parte del vendedor y de aún más difícil apreciación por los órganos judiciales¹⁸¹ y cuyo sentido, por otra parte, no obsta a que en efecto, el vendedor o el autor de la declaración pública en cuestión haya arrojado al bien una cualidad de la que carece¹⁸².

VIII. LA EQUIPARACIÓN LEGAL ENTRE LA INCORRECTA INSTALACIÓN DEL BIEN Y LA FALTA DE CONFORMIDAD: EL ART. 2.5 DE LA DIRECTIVA

Anteriormente, al detenernos en el papel del etiquetado como cauce para las declaraciones públicas acerca de las características de los bienes de consumo, hacíamos referencia a que pueden existir ciertos documentos equiparables a él, en el sentido de que ofrecen al consumidor información acerca de múltiples aspectos del bien que pueden ser de su interés y cuyo tratamiento, debería ser por consiguiente similar al que recibe el etiquetado por lo que respecta a la vinculación del vendedor. De entre estos documentos destacan las instrucciones de instalación del bien, a las que el legislador europeo ha hecho susceptibles de adquirir una relevancia autónoma, puesto que sirven para determinar una específica falta de conformidad del mismo con el contrato, cuando se dan las circunstancias expresadas en el art. 2.5 de la Directiva, a cuyo tenor:

«La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del bien de consumo se presumirá equiparable a la falta de conformidad del bien cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad. Esta disposición también será aplicable cuando se trate de un bien cuya instalación esté previsto que sea realizada por el consumidor, sea éste quien lo instale y la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones de instalación».

ración, ya que venimos sosteniendo que la corrección de la publicidad puede tener su origen en una iniciativa unilateral –que, ciertamente será lo más probable–, o también en un pacto al respecto entre los contratantes.

¹⁸¹ Y es que, como apunta Avilés García («Las garantías...», *cit.*, pág. 2805; «Problemas...», *cit.*, pág. 1200, y «Nuevas perspectivas...», *cit.*, pág. 113), la finalidad de toda publicidad e información es, precisamente, influir en el ánimo del comprador, «lo que dejará casi siempre al arbitrio del juzgador, en última instancia, la enojosa y muy difícil demostración de la existencia o no de tal influencia publicitaria».

¹⁸² Por ello no nos inclinamos por interpretar esta causa de exoneración de responsabilidad del modo en que lo hace Orti Vallejo, *ob. cit.*, págs. 69 y 70: «Si el vendedor consigue demostrar que una cualidad o función atribuida a la cosa fue para el comprador-consumidor irrelevante (lo cual no parece nada fácil), es evidente que no será responsable, porque, en realidad, no estaremos ante una falta de conformidad». A nuestro juicio, la falta de conformidad existe desde el momento en que una cualidad pactada, u ofrecida unilateralmente por el vendedor o sujeto por quien éste deba responder, no está presente en el bien de consumo. Otra cosa diferente es que el consumidor lo adquiriera pensando especialmente en dicha característica o en otra distinta que sí se encuentra en el bien, pero es perfectamente posible que con posterioridad a su adquisición la cualidad ausente le parezca útil o simplemente exigible y no nos parece muy razonable excluir su posibilidad de reclamar en tales casos.

Lo primero que llama la atención es que este supuesto se considere en un apartado distinto del prolijo art. 2.2, al tiempo que se alude a una «equiparación» a las faltas de conformidad determinadas en aplicación de este último, lo que apunta a que no son supuestos exactamente iguales. Ello tiene seguramente su justificación en que, al contrario de lo que sucede en los diversos supuestos del art. 2.2, en el caso de instalación defectuosa, el bien responde a lo contractualmente establecido por lo que no es una falta de conformidad en el sentido material que le otorga el ya analizado precepto. Además, en este supuesto se otorga relevancia a un servicio, lo que es excepcional en el ámbito de la Directiva pues, como se ha destacado¹⁸³ y resulta notorio, el legislador comunitario ha considerado conveniente excluir a los servicios de la regulación de las garantías.

Como puede verse, el precepto contempla en realidad dos posibles faltas de conformidad diferentes:

- La primera, es cometida directamente por el vendedor o por sus auxiliares, o por los encargados de la instalación (en muchos casos, servicios técnicos del productor o fabricante), cuando esta tarea se ha incluido en el contrato de compraventa. La inclusión de este extremo resulta, a nuestro juicio, acertada, si bien como normalmente la deficiente instalación redundaría negativamente en el uso de la cosa instalada, en muchos casos habrá concurrentemente una falta de conformidad encuadrable en la letra c) del art. 2.2.
- La segunda, en cambio, es cometida por el propio consumidor cuando emprende la instalación del bien siguiendo unas instrucciones que, pese a haber sido facilitadas junto con el objeto vendido y elaboradas normalmente por el fabricante, resultan ser erróneas. Nos encontramos, en realidad, con un problema que deriva de la errónea o deficiente información suministrada al consumidor¹⁸⁴. En este caso, realmente, más que una falta de conformidad del bien con el contrato, existe un mal uso por parte del consumidor que, al no serle imputable a él, sino claramente al redactor de las instrucciones, no sigue el principio de que el mal uso del bien por parte del adquirente no genera responsabilidad¹⁸⁵. La inclusión de esta previsión es muy acertada, aunque el problema estibarará en el caso de que el consumidor –como sucede mayoritariamente cuando se venden bienes de

¹⁸³ Cfr. Lete Achirica, ob. cit., pág. 1374.

¹⁸⁴ En este sentido, cfr. Lete Achirica, ob. cit., pág. 1375.

¹⁸⁵ Como bien apunta Lete Achirica (ob. cit., pág. 1375), el hecho de que la Directiva no haya establecido el mal uso del bien por parte del consumidor como causa general de exclusión de la responsabilidad del profesional, no es óbice para que opere como tal. No obstante, como advierte el propio autor, dicha causa de exclusión suele incorporarse como condición general en los textos de las garantías comerciales ofrecidas por vendedores y fabricantes, lo que propicia que su control deba hacerse a través de las normas nacionales referentes a cláusulas abusivas en la contratación con consumidores.

consumo con tecnología incorporada—, no tenga conocimientos técnicos suficientes que le permitan advertir lo erróneo de las instrucciones. Por otra parte, es muy frecuente en la práctica que las instrucciones sean prácticamente indescifrables para alguien no perito en la materia, en cuyo caso, si un perito no llega a descubrir su carácter erróneo, la inaccesibilidad de las instrucciones no determina una falta de conformidad del art. 2.5, al igual que no se contempla la posibilidad de que las instrucciones no sean exactamente erróneas, pero sí incompletas, lo que sucede en multitud de ocasiones, por ejemplo, en los juegos de ordenador, con el agravante de que, una vez desprecintados, por su fragilidad para proteger la propiedad intelectual, no pueden devolverse.

* * *

Una vez que, en aplicación de cualquiera o de varios de estos criterios, se obtiene la conclusión de que el bien no resulta conforme con lo pactado por ambas partes, se impone analizar si, además de existir la falta de conformidad en cuestión, ésta era ignorada por el consumidor, no proveniente de materiales por él suministrados y preexistente en el momento de la entrega del bien. Si es así y no concurre ninguna causa que conduzca a la exoneración de la responsabilidad del vendedor, se habrá consumado el supuesto de hecho que, a tenor de la Directiva, abre al consumidor la posibilidad de ejercitar contra el vendedor los distintos remedios (acciones) que tienden a proporcionarle la satisfacción pretendida. Pero, como indicábamos al inicio de estas páginas, el análisis de estos aspectos excede ya al objetivo que entonces nos habíamos marcado.