

LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA GARANTÍA LEGAL¹

Pascual Martínez Espín

Catedrático acreditado de Derecho Civil

Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Este artículo analiza la carga de la prueba en la garantía legal pasados 6 meses desde la adquisición del producto.

Palabras clave: garantía legal, carga de la prueba, plazo de garantía.

Title: The burden of proof in the legal warranty

Abstract: This article analyzes the burden of proof in legal warranty 6 months after purchasing the product.

Keywords: Legal guarantee, load of proof, warranty period.

SUMARIO: 1. Planteamiento. 2. Normativa aplicable. 3. Posibles interpretaciones. 4. El plazo de conformidad. 5. El plazo de ejercicio de la acción. 6. La carga de la prueba. 6.1. Presunción semestral. 6.2. La carga de la prueba tras los seis primeros meses. 7. Infracción por competencia desleal. 8. Conclusiones.

1. Planteamiento

Es habitual la duda sobre la viabilidad de incoar un expediente sancionador a una empresa que le plantea a un consumidor la exigencia de un informe pericial realizado por un técnico homologado oficial que acredite que la falta de conformidad sea originaria por estar el bien cuya reparación o sustitución se

¹ Trabajo realizado con la ayuda del proyecto "Grupo de investigación y centro de investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de consumo" concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad (Resolución de 23 de diciembre de 2011)

pretende fuera de los primeros seis meses de garantía, aun estando dentro del plazo legal de dos años.

2. Normativa aplicable

Es de aplicación el RD Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre y, en particular los arts. 114 y sig. El art. 114 señala: "El vendedor está obligado a entregar al consumidor y usuario productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto". El art. 119 dispone: "1. Si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada. Desde el momento en que el consumidor y usuario comunique al vendedor la opción elegida, ambas partes habrán de atenerse a ella. Esta decisión del consumidor y usuario se entiende sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente para los supuestos en que la reparación o la sustitución no logren poner el producto en conformidad con el contrato". Y el precepto clave para resolver esta consulta que es el **art. 123**, según el cual: "1. El vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega. En los productos de segunda mano, el vendedor y el consumidor y usuario podrán pactar un plazo menor, que no podrá ser inferior a un año desde la entrega. **Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea éste nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad**" (la negrita es nuestra).

3. Posibles interpretaciones

La interpretación de este segundo párrafo es la que suscita dudas, pues se pueden realizar dos interpretaciones contrarias con fundamento en el mismo precepto:

1. El vendedor exige que el consumidor acredite la falta de conformidad del bien y que dicha falta de conformidad resulte originaria mediante informe pericial o cualquier otra prueba admitida en derecho. El vendedor entiende que, después de los seis primeros meses, la prueba del defecto se traslada al consumidor, por lo que ha de ser éste quien acredite la falta de conformidad y que la misma resulte originaria, señalando que si del resultado del informe aportado por el consumidor resulta tal extremo, procederá a realizar la reparación o sustitución del bien, a elección del cliente.
2. Otra interpretación discrepa de la anterior con base en los siguientes argumentos: El hecho de que la LGDCU establezca una presunción "iuris tantum" durante los seis primeros meses, no significa que a partir de ese momento surja la presunción contraria, sino que rigen las normas generales

sobre la prueba de la LEC (art. 217 y sig.). En reclamaciones de consumo rige una inversión de la carga de la prueba, de forma que advertido y denunciado el defecto, es el vendedor el que debe acreditar el funcionamiento correcto, sin que pueda exigir al consumidor que demuestre su falta de negligencia o la diligencia debida, ya que nunca se presume la negligencia y quien lo afirme ha de probarlo. Tampoco se puede exigir al consumidor probar que el defecto no fue provocado por un hecho externo pues supone acreditar un hecho negativo, de imposible prueba.

En conclusión, se duda sobre la posibilidad de incoar un expediente sancionador a la vendedora por no recoger el producto y por exigir al consumidor un informe pericial sobre el origen del defecto denunciado.

4. El plazo de conformidad

El art. 123.1 TRLGDCU dispone que el defecto debe manifestarse durante los dos años siguientes a la entrega del bien. Se ha dicho que se trata de un plazo de caducidad. Sin embargo, con mejor criterio, la SAP Santa Cruz de Tenerife 5-7-2006 (AC 2006/2257), afirma que el plazo de dos años de garantía no es de prescripción ni de caducidad de la acción para reclamar en caso de falta de conformidad, sino que se trata del plazo durante el cual deben manifestarse los defectos de los bienes adquiridos susceptibles de generar falta de conformidad en el consumidor de la que debe responder el vendedor. Ciertamente no es un plazo de ejercicio de la acción y, por tanto, no es conveniente hablar de prescripción o caducidad. Es un plazo preclusivo, transcurrido el cual precluye el derecho del consumidor a reclamar por los defectos que surjan. En todo caso, no basta con que la falta de conformidad se manifieste dentro de los dos años, sino que es preciso que concurren el resto de requisitos: que la falta de conformidad exista en el momento de la entrega del bien (art. 114) y que sea desconocida por el consumidor (art. 116.3). El momento en que empieza a computarse el plazo de los dos años es el de la entrega del producto (para lo que será relevante el tique, factura, etc.) o desde la completa instalación.

5. El plazo de ejercicio de la acción

Si durante los dos años de garantía surge una falta de conformidad en el producto, el consumidor podrá reclamar los derechos que le asisten durante tres años contados desde la entrega del producto, no desde que tenga conocimiento de su existencia (art. 123.4), por lo que durante un año podrá reclamar por una falta de conformidad manifestada en los dos años siguientes a la entrega del producto, a pesar de haber transcurrido el plazo de garantía (SAP Barcelona 22-2-2008, AC 2008/660). Transcurridos tres años ya no podrán reclamarse los derechos por haber prescrito (SAP Teruel 7-7-2009, JUR 2009/375776). Se trata de un plazo de prescripción, por lo que es susceptible de interrupción, por ejemplo, en el caso de denuncia de la falta de conformidad (SAP Girona 15-2-2006, JUR 2006/250033). Por tanto, el plazo de prescripción no se suspende por la reparación o sustitución del producto, sino que se interrumpe.

6. La carga de la prueba

El art. 123 TRLGDCU establece una presunción de preexistencia de la falta de conformidad. Durante los seis primeros meses posteriores a la entrega del producto, en caso de falta de conformidad, se presume que la misma ya existía cuando la cosa se entregó, excepto que sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad (art. 123.1, segundo apartado). Así, se suaviza la dificultad que supondría para el consumidor demostrar la falta de conformidad.

Por tanto, hay que distinguir dos plazos: los seis primeros meses y los dieciocho restantes.

6.1 Presunción semestral

Uno, el de los primeros seis meses desde la entrega en que se presume que los defectos existían cuando el bien se entregó. El precepto establece una presunción de responsabilidad por la falta de conformidad en el plazo de seis meses desde la entrega (análoga a la previsión de vicios ocultos del art. 1490 CC) que afecta únicamente a la carga de la prueba: se presume que las faltas de conformidad manifestadas durante los seis meses siguientes a la entrega del bien ya existían cuando se entregó el bien. Se trata de una presunción legal favorable al comprador que admite prueba en contrario, correspondiendo al vendedor acreditar los hechos impeditivos o extintivos de los derechos del consumidor. En la SAP Zamora 13-11-2007 (JUR 2008/77303) el vendedor probó que la avería de una moto se debió a un uso excesivo e intensivo de la misma, por lo que se rompió la presunción de que el defecto existía en el momento de la venta. Durante los seis primeros meses el consumidor podrá solicitar los derechos que la ley le reconoce sin exigírsele nada más. Es el vendedor el que debe probar que la falta de conformidad es imputable al consumidor o que no existía en el momento de la entrega. Y no basta para desvirtuar dicha presunción legal la mera afirmación de que la causa del defecto fue el mal uso del consumidor, ni la firma de entrega del producto que realiza el consumidor al adquirir el bien, ya que ello no supone que con esa firma se exonere al vendedor de los defectos que el producto pueda presentar.

La SAP León 9-7-2007 (JUR 2007/308015) señala que el consumidor debe probar únicamente que el vehículo garantizado ha sufrido averías y que la reparación de las mismas dentro de los seis meses no ha resultado satisfactoria dejando al mismo en condiciones óptimas para servir al uso que le es propio. Es al vendedor a quien corresponde probar que los problemas detectados no suponen ningún defecto.

La SAP Valencia 23-4-2008 afirma que en las reclamaciones de los consumidores rige la inversión de la carga de la prueba: cuando el consumidor denuncia un vicio en un bien, es el vendedor y productor quien para eludir su responsabilidad, han de acreditar y probar la inexistencia del

defecto y que dicho bien se encuentra en perfecto estado de uso y funcionamiento, sin que el consumidor deba probar el origen del vicio. Pero esta inversión de la carga de la prueba requiere que la propia existencia del vicio quede evidenciada de alguna manera, no bastando la mera manifestación del consumidor. Esta sentencia aplica analógicamente el art. 139 TRLGDCU, pues este precepto “nos ilustra sobre el alcance de la carga probatoria en materia de consumo”. Por tanto, la especial protección que las leyes de consumo otorgan a los consumidores, más intensa que cuando se trata de bienes de garantía, no puede llegar hasta el punto de declarar la responsabilidad del fabricante o vendedor por la sola manifestación del consumidor de que el bien adquirido tenía un defecto, sino que se le requiere a éste una mínima prueba sobre su existencia. En el mismo sentido se manifiesta la SAP Tarragona 16-7-2009 (AC 2009/1881) al señalar que la inversión de la carga de la prueba requiere que la propia existencia del vicio quede evidenciada de alguna manera, no bastando la mera manifestación del consumidor. No hubo esta mínima prueba en el caso resuelto en la SAP A Coruña 7-4-2009 (JUR 2009/304716), donde el adquirente de un sofá alega como defectos una mancha en uno de los cojines, y la deformación de los respaldos, aportando como prueba fotos de baja calidad sin poderse apreciar los defectos.

La SAP Zamora 1-10-2009 (AC 2009/2255), sin mencionar esta necesidad mínima de prueba, alega que el consumidor debe denunciar y advertir del defecto del bien adquirido siendo el fabricante o vendedor al que corresponde acreditar y probar el perfecto estado del objeto, la inexistencia del defecto o problema alegado o bien la reparación plenamente satisfactoria del mismo que revele la condición óptima para el uso de su destino. Sin embargo, si el consumidor pone obstáculos al vendedor para comprobar la falta de conformidad no procederá la presunción reconocida en la norma a favor del consumidor. Así, en la SAP Murcia 6-11-2007 (JUR 2008/94408) no procede la sustitución de un reproductor MP3 al no poderse acreditar su mal funcionamiento, pues a pesar de alegar el consumidor que a los cuatro meses de su instalación presentó problemas, no entregó el aparato al vendedor para que lo examinara y aun admitiendo que el reproductor no funcionara correctamente, en modo alguno se prueba que ello se debiera a que el mismo era defectuoso. O la SAP Valencia 20-3-2007 (JUR 2007/272766), en la que se pedía la resolución del contrato de compraventa de un álbum digital pero sin aportar por el consumidor la factura ni el álbum para examinarlo, por lo que se desestimó la demanda.

La presunción de los seis meses puede desvirtuarse si resulta incompatible con la naturaleza del producto (vgr. productos perecederos) o la índole de la falta de conformidad (si puede acreditarse técnicamente que la falta de conformidad no podía existir en el momento de la entrega), circunstancia que deberá probar el vendedor. Por tanto, este precepto no permite imputar al vendedor cualquier defecto de la cosa vendida, pues ello depende de la naturaleza del objeto o de la índole de la disconformidad.

Ante la reclamación de un consumidor por el accidente que sufrió recién salido del concesionario y con solo 16.000 Km debido al desprendimiento de una rueda, no puede alegarse que se produce una excepción de incompatibilidad de la presunción de los seis meses por la naturaleza del producto o por la índole de la falta de conformidad por el hecho de que no sea normal que un coche nuevo, recién comprado y con pocos kilómetros recorridos sufra el desprendimiento de una rueda, sin causa alguna ajena al propio vehículo (SAP Navarra 27-6-2008, JUR 2008/321475). Además, dicha presunción no es incompatible con la naturaleza del bien en caso de productos de segundo mano (SAP Barcelona 18-12-2007, AC 2008/334).

En conclusión, la presunción legal de los seis primeros meses sólo se refiere al momento de la existencia de la falta de conformidad. No afecta, pues, a la prueba de la falta de conformidad en sí, cuya acreditación sigue correspondiendo al consumidor.

6.2 *La carga de la prueba tras los seis primeros meses*

En el segundo plazo, el que va desde los seis meses hasta los dos años, no existe esa presunción iuris tantum y corresponde al consumidor acreditar que el producto es no conforme y que dicha falta de conformidad ya existía cuando se entregó dicho bien o se ha producido con posterioridad pero por defectos intrínsecos al bien. Esto es, pasado los seis primeros meses, es el consumidor quien deberá probar que existía una falta de conformidad en el momento de la entrega del producto. Pasados los seis meses no se presume la falta de conformidad y la prueba de este hecho corresponderá al consumidor que pretenda el ejercicio de dicha garantía; el comprador deberá acreditar que el producto no es conforme y que está dentro del plazo de garantía de los dos años (SAP Huelva 6-5-2008, JUR 2009/55893). Resultan pues aplicables las reglas generales de la prueba (art. 217 LEC).

Como señala la SAP Coruña 5-5-2008 (JUR 2008/295357) tras los seis meses no surge la presunción contraria, es decir, que se presuma que la falta de conformidad no existía cuando la cosa se entregó. Lo único que supone el precepto es que a partir de esa fecha se aplican las reglas generales sobre la carga de la prueba. El consumidor debe probar que el vehículo no funciona adecuadamente dentro del plazo de garantía e incumbe al vendedor la carga de probar los hechos que, conforme las normas que le sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos que debe probar el actor. En un sentido similar se expresa la SAP Madrid 15-1-2008 (JUR 2008/99721) ante la compraventa de un ordenador defectuoso, donde se afirma que así como juega una presunción iuris tantum a favor del adquirente en relación con las faltas de conformidad manifestadas en el plazo de dos años, sin embargo, en relación con el requisito legal de que las faltas de conformidad existieran desde la entrega, el consumidor sólo disfruta de una presunción iuris tantum sujeta a limitación temporal (seis meses). Transcurrido con exceso

ese plazo de seis meses, incumbe al consumidor la carga de demostrar que la falta de conformidad existía en la fecha de la entrega. Dado que el consumidor, habiendo pasado los seis meses, no probó que la falta de conformidad existía en el momento de la entrega, se desestimó su petición de resolver el contrato. De igual modo la SAP Madrid 31-7-2007 (JUR 2007/340740) añadiendo que el consumidor está obligado tras los seis meses desde la entrega a demostrar la naturaleza y origen específico de la avería y si no es posible, supone un perjuicio para él puesto que no verá reconocida su pretensión. O la SAP Valencia 23-1-2007 (JUR 2007/250787) en la que se exonera de responsabilidad al vendedor puesto que la avería en una motocicleta se manifiesta pasados los seis meses desde la entrega, y el vendedor prueba que el problema se originó por la falta de aceite al motor atribuible al consumidor.

La SAP Alicante 10-12-2008 (AC 2009/194) es contundente al decir que "aunque el vendedor responde de las faltas de conformidad que se manifiesten en un plazo de dos años desde la entrega (párrafo primero del artículo 9.1 de la Ley 23/2003), cuando ya han transcurrido más de seis meses desde la entrega de la motocicleta, es sobre la parte compradora sobre quien recae la carga de la prueba de la falta de conformidad en el momento de la entrega del bien". La SAP Zamora (Sección 1ª), núm. 35/2012 de 8 marzo (JUR 2012\137492) señala que: "**Pasados esos seis meses, en los 18 restantes hasta los dos años de garantía que contempla la ley, parece claro que la prueba de la falta de conformidad compete al consumidor, dentro de los principios hoy recogidos en el art. 217 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892). No obstante habrá que tener en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria que cada una de las partes tiene en relación con el concreto defecto, o falta de conformidad de que se trate, y la naturaleza del bien**".

Por último, la SAP de Vizcaya (Sección 5ª) núm. 1/2009 de 7 enero (JUR 2009\324027) concluye que "han transcurrido en exceso los seis meses en que la norma presume que la deficiencia existía al momento de dicha entrega y se carece de prueba, que en esta caso ya era a cargo del demandante, de que esta deficiencia ya existiera en tal momento".

El hecho de que el artículo 9.1 párrafo segundo de la precitada Ley establezca que, "salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega ya existían cuando la cosa se entregó", no significa que a partir de ese momento, surja la presunción contraria, es decir que se presuma que la "falta de conformidad" no existía cuando la cosa se entregó, sino que a partir de esa fecha rigen las normas generales sobre la carga de la prueba contenidas en el art. 217 de la L.E.C. (RCL 2000, 34, 962 y RCL 2001, 1892) debiendo por ello el actor acreditar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la

demanda, y la demandada probar los hechos que conforme a las normas que le sean aplicables, impidan, extingan o enerven, la eficacia jurídica de los hechos que debe probar el actor, debiendo en todo caso el tribunal tener presente la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponde a cada una de las partes (SAP de León (Sección 2ª) núm. 328/2009 de 15 octubre (JUR 2009\468486)).

Lo anterior no es doctrina unánime. Así, la SAP Huelva 23-6-2006 (JUR 2007/48378) considera que tras los seis meses de presunción, que no se establezca presunción alguna no significa que sea el comprador quien deba probar los defectos de conformidad aparecidos en los dos años de garantía desde la entrega o su naturaleza. Debe demostrarse si se debe a un defecto de fábrica o al mal uso, y la carga de la prueba no debe recaer necesariamente en el comprador/consumidor. No obstante, es una tesis minoritaria, que rechazamos, por las razones expuestas.

En conclusión, a las faltas de conformidad que se manifiesten más allá de los seis meses posteriores a la entrega no se aplica el art. 123.1.II TRLGDCU y hay que acudir a las reglas generales de distribución de la carga de prueba. Conforme al art. 217.1 y 2 LEC es el consumidor quien tiene que probar tanto la existencia de la falta de conformidad, como el hecho de que ya existía en el momento de la entrega. Ambas circunstancias son hechos constitutivos de su pretensión derivada del incumplimiento y, por lo tanto, a él corresponde su prueba (art. 217.2 LEC: "hechos de los que ordinariamente se desprenda...el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda"). Para ello puede recurrir a dictámenes periciales que confirmen el carácter originario del defecto. Dictámenes que deberá abonar el consumidor, salvo que se aporten en el proceso civil (arts. 335 y sig. LEC) y el juez al imponer las costas establezca otra distribución. En todo caso, a veces la prueba plena del carácter originario de la falta de conformidad será prácticamente imposible, y el consumidor tendrá que recurrir a indicios que lleven al juez a la convicción de que el defecto era originario. Que la carga de la prueba de la preexistencia del defecto recaiga sobre el consumidor significa que, en caso de que el tribunal considere dudosa la existencia de falta de conformidad, desestimaré la demanda presentada por el consumidor. Pero es posible que el tribunal adquiera certeza sobre el defecto por otras circunstancias distintas a su acreditación por el consumidor; si tiene certeza sobre la preexistencia del defecto es indiferente quién tenga la carga de probar esa circunstancia. Siguiendo este razonamiento, y dada la dificultad de una prueba directa sobre la preexistencia del defecto, cabe sostener que la falta de conformidad existía ya en el momento de la entrega cuando quede suficientemente acreditado que el defecto no es consecuencia del uso normal del mismo o que el bien no sufre el vicio como consecuencia de alguna circunstancia imputable al consumidor por virtud de la cual deba estimarse que el defecto se produjo con posterioridad al momento en que fue entregado al consumidor.

El principio de disponibilidad y facilidad probatoria (art. 217.6 LEC) puede conducir a resultados semejantes. Obviamente, es posible utilizar las presunciones judiciales, actualmente reguladas en el art. 386 LEC. Por tanto, si el consumidor prueba que hay falta de conformidad, no se presume que el defecto fuera de origen, y puede provenir de otra causa, como un caso fortuito (vgr. caída, humedad, etc.). Ahora bien, se presumirá defecto de origen, y no caso fortuito, si se prueba por el consumidor que no incurrió en mal uso. Ahora bien, el empresario no puede condicionar su obligación de responder, conforme a la Ley, a la aportación de un dictamen pericial salvo que se comprometa a abonar los costes de esta pericial si se acredita que el defecto era de origen. Es una cláusula abusiva remitir al consumidor a un proceso negándose a cumplir. En efecto, a tenor del art. 89 TRLGDCU tiene consideración de cláusula abusiva "6. La negativa expresa al cumplimiento de las obligaciones o prestaciones propias del empresario, con reenvío automático a procedimientos administrativos o judiciales de reclamación". Este precepto, más que una cláusula predispuesta en el contrato, parece recoger una conducta del profesional; es decir, lo que ahora recoge el art. 82.1 como práctica abusiva.

7. Infracción por competencia desleal

Como se ha dicho, no cabe incoar expediente sancionador, pues no existe la infracción presuntamente cometida (en particular, el incumplimiento de la normativa vigente en materia de garantía). No obstante, sería posible sancionar por conducta comercial desleal al empresario que se niega a atender ninguna reclamación no soportada en un dictamen técnico, salvo que se ofrezca a compensar al consumidor por el precio del mismo, si hubiera lugar a la reclamación.

El fundamento de dicha sanción se encuentra en la Ley 29/2009, de 30 de diciembre, por la que se modifica el régimen legal de la competencia desleal y de la publicidad para la mejora de la protección de los consumidores y usuarios. El artículo 1 procede a la modificación de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal. Se modifican los artículos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 10, 11 y se da nueva redacción a los capítulos III y IV, pasando, además, el artículo 18 al capítulo II de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, a la que se adiciona un nuevo capítulo V. Asimismo, se introduce una disposición adicional única. La Ley será de aplicación a cualesquiera actos de competencia desleal, realizados antes, durante o después de una operación comercial o contrato, independientemente de que éste llegue a celebrarse o no (art. 2.3). La Ley será de aplicación a los empresarios, profesionales y a cualesquiera otras personas físicas o jurídicas que participen en el mercado (art. 3.1).

El precepto clave se contiene en **el artículo 4**, que prevé una cláusula general, según la cual: "1. Se reputa desleal todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. **En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la**

buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores. A los efectos de esta Ley se entiende por comportamiento económico del consumidor o usuario toda decisión por la que éste opta por actuar o por abstenerse de hacerlo en relación con:

- a) La selección de una oferta u oferente.
- b) La contratación de un bien o servicio, así como, en su caso, de qué manera y en qué condiciones contratarlo.
- c) El pago del precio, total o parcial, o cualquier otra forma de pago.
- d) La conservación del bien o servicio.
- e) El ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios.**

Igualmente, a los efectos de esta Ley **se entiende por distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio, utilizar una práctica comercial para mermar de manera apreciable su capacidad de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, haciendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado.**

2. Para la valoración de las conductas cuyos destinatarios sean consumidores, se tendrá en cuenta al consumidor medio” (la negrita es nuestra).

En aplicación de dicho precepto, puede sostenerse que es contrario a la buena fe el comportamiento de un empresario que distorsione el comportamiento económico de un consumidor medio. Se entiende que se distorsiona tal comportamiento la práctica comercial que merma de manera sustancial la capacidad del consumidor de adoptar una decisión con pleno conocimiento de causa, habiendo así que tome una decisión sobre su comportamiento económico que de otro modo no hubiera tomado. Esto es, incurre en competencia desleal el empresario **que, tras los seis primeros meses, se niega a atender una reclamación no soportada en un dictamen técnico, pues ello distorsiona el comportamiento económico del consumidor medio, en la medida en que tal conducta condiciona el comportamiento económico del consumidor en relación al ejercicio de los derechos contractuales en relación con los bienes y servicios y, en particular, los derechos reconocidos en el TRLCU sobre el régimen de garantías de los bienes de consumo. En cambio, no existe práctica desleal en los casos en que el empresario se ofrezca a compensar al consumidor por el precio del**

informe técnico, si éste fuera favorable al consumidor y, por tanto, hubiera lugar a la reclamación.

El artículo 19 de dicha Ley 29/2009, enumera las prácticas comerciales desleales con los consumidores, al señalar que: "1. Sin perjuicio de lo establecido en los artículos 19 y 20 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras Leyes complementarias, únicamente **tendrán la consideración de prácticas comerciales desleales con los consumidores y usuarios, las previstas en este capítulo y en los artículos 4, 5, 7 y 8 de esta Ley**" (la negrita es nuestra). El artículo 3 de esta Ley **modifica los artículos 8, 18, 19, 20, 47.3, 49.1, 60, 63 y 123 del texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios** y otras Leyes complementarias, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. En particular, se modifica el artículo 8, relativo a los derechos básicos de los consumidores, párrafo b, que reconoce como tal: "b. **La protección de sus legítimos intereses económicos y sociales; en particular frente a las prácticas comerciales desleales** y la inclusión de cláusulas abusivas en los contratos". El artículo 47.3 dispone: "3. **Las autoridades competentes en materia de consumo sancionarán**, asimismo, las conductas tipificadas como infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios de los empresarios de los sectores que cuenten con regulación específica y **las prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios**". Por último, el artículo 49.1, dando una nueva redacción a su apartado l y adicionándole dos apartados, m y n, quedando redactado en los siguientes términos: 1. Son infracciones en materia de defensa de los consumidores y usuarios: "l. **El uso de prácticas comerciales desleales con los consumidores o usuarios**" (la negrita es nuestra).

8. Conclusiones

1. Durante los seis primeros meses el consumidor solo debe probar que existe un defecto que hace que la prestación no sea conforme, y, en este caso, se presume que el defecto es de origen, que ha existido una falta de conformidad, y que no ha existido un mal uso.
2. Durante los 18 meses restantes, la prueba corresponde al consumidor, de conformidad con las reglas generales sobre la carga de la prueba (arts. 217 y sig. LEC). El empresario no puede supeditar su obligación de responder en términos legales a la aportación de un dictamen pericial salvo que se comprometa a abonar los costes de esta pericia si se acredita que el defecto era de origen. Es práctica abusiva remitir al consumidor a un proceso negándose a cumplir lo que por ley le corresponde (art. 89.6 TRLGDCU).
3. La prueba dependerá de las circunstancias. Habrá que tener en cuenta la disponibilidad y facilidad probatoria que cada una de las partes tiene en relación con el concreto defecto, o falta de conformidad de que se trate, y la naturaleza del bien. También es posible acudir a las presunciones judiciales. Tras los seis primeros meses, si el consumidor prueba que hay falta de conformidad, no se presume que el defecto fuera de origen, y puede

provenir de otra causa, como un caso fortuito (vgr. caída, mojadura, etc.). Ahora bien, se presumirá defecto de origen, y no caso fortuito, si se prueba por el consumidor que no incurrió en mal uso.

4. La prueba que ha de darse, por el consumidor o por ambas partes, una vez pasados los seis primeros meses, es una prueba que ha de ventilarse en juicio civil. Mientras tanto, y al no presumirse que la falta de conformidad proviniese de un defecto de origen, la Administración no puede sancionar por este concepto.
5. En consecuencia, no cabe incoar expediente sancionador, pues no existe la infracción presuntamente imputada (y, en particular, por el incumplimiento de la normativa vigente en materia de garantía). Pero cabe sancionar por conducta comercial desleal al empresario que se niega a atender ninguna reclamación no soportada en un dictamen técnico, salvo que se ofrezca a compensar al consumidor por el precio del mismo, si hubiera lugar a la reclamación.