

# Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)<sup>1</sup>

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO\*

Catedrático de Derecho civil  
Universidad Autónoma de Madrid

SUMARIO: I. *Delimitación del tema.*—II. *Finalidad de la Posición Común.*—III. *Los preceptos de la Posición Común relativos a la publicidad.*—IV. *Significado de la publicidad comercial en el marco jurídico del contrato.*—V. *Las declaraciones públicas como criterio de conformidad del objeto.*—VI. *Declaraciones públicas y libertad de contratar.*—VII. *Presupuestos de la vinculación del vendedor por las declaraciones públicas sobre las cualidades del objeto.*—VIII. *Los límites de la incorporación al contrato de las declaraciones públicas en nuestro Ordenamiento.*—IX. *Los límites de la incorporación al contrato de las declaraciones públicas en la Posición Común.*—X. *Efectos de la incorporación al contrato de las declaraciones públicas en la Posición Común.*—XI. *Articulación de la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad en la Posición Común.*—XII. *La garantía que resulta de declaraciones públicas.*—XIII. *Falta de conformidad del objeto y responsabilidad del «productor» por sus declaraciones públicas.*

## I. DELIMITACIÓN DEL TEMA

La *Propuesta de Directiva* del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y garantía de los bienes de consumo de 16 de octubre de 1996 (DOCE C 307/8), tras la tramitación correspondiente, ha dado lugar a la redacción de la *Posición Común número 51/98, aprobada por el Consejo el 24 de septiembre de 1998, con vistas a la adopción de la Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*<sup>2</sup>. Tanto la Propuesta de

---

\* Este trabajo ha sido escrito para el Libro Homenaje al profesor Antonio Hernández Gil.

<sup>1</sup> El autor desea dejar constancia de su agradecimiento a la AGES por haber contado con la ayuda del PB95-0195.

<sup>2</sup> «Diario Oficial de las Comunidades Europeas» (en adelante: DOCE) C 333/46 de 30 de octubre de 1998. La *Posición Común* tiene como punto de partida la *Propuesta de Directiva* del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y garantía de los bienes de consumo, de 16 de octubre de 1996 (DOCE C 307/8), a la que ya nos hemos referido en el texto y la *Propuesta Modificada de Directiva* del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, de 14 de mayo de 1998 (DOCE C 148/12).

Directiva, como la posterior Propuesta Modificada y hoy la Posición Común, contienen normas acerca de la publicidad comercial y su incidencia en el contrato. Sobre ellas voy a hacer algunas reflexiones en este trabajo<sup>3</sup>. Utilizaré el texto de la Posición Común, porque corresponde a la fase más avanzada en los trámites de redacción de la futura Directiva<sup>4</sup>.

## II. FINALIDAD DE LA POSICIÓN COMÚN

El preámbulo de la Posición Común nos indica la finalidad que la misma persigue. Voy a recordar algunas de las motivaciones que en él se recogen.

La acción normativa emprendida por la CE parte de una situación: la libre circulación de mercancías, que ofrece a los consumidores la posibilidad de abastecerse en el territorio de cualquier Estado miembro, y en esa situación pretende crear un conjunto común mínimo de normas en materia de derechos de los consumidores, cuya validez sea independiente del lugar de la compra en la Comunidad<sup>5</sup>. Su objetivo es, en definitiva, reforzar la confianza de los consumidores y permitirles aprovechar mejor las ventajas derivadas del mercado interior<sup>6</sup>.

En las compraventas de consumo, «las principales dificultades de los consumidores y la principal fuente de conflictos con los vendedores se refieren a la falta de conformidad del bien con el contrato»<sup>7</sup>. «El principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales»<sup>8</sup>. La conformidad implica una exigencia: «Los bienes deben ante todo corresponder a las especificaciones contractuales»<sup>9</sup>. Cuando la misma no se cumple, «el vendedor debe ser el responsable directo ante el consumidor de la conformidad de los bienes con el contrato». «Ésta es la solución tradicional establecida en los Derechos de los Estados miembros»<sup>10</sup>.

El preámbulo constata, por fin, la situación actual y adelanta algunas previsiones para el futuro: «La legislación y la jurisprudencia en este

<sup>3</sup> Sobre esta propuesta de Directiva puede verse: AMTENBRINK, Fabian; Claudia SCHNEIDER, «Die europaweite Vereinheitlichung von Verbrauchsgüterkauf und-garantien», en *Verbraucher u. Recht*, 1996, 1, 367-380; HONDIUS, «Kauf ohne Risiko: Der europäische Richtlinienentwurf zum Verbraucherkau und zur Verbrauchergarantie», en *Zs f. Europ. Privatrecht*, 1997, 1, 130-140; JUNKER, «Vom Bürgerlichen zum kleinbürgerlichen Gesetzbuch-Der Richtlinienentwurf über den Verbrauchsgüterkauf», en *Dt. Zs. F. Wirtschaftsgüterkauf*, 1997, 7, 271-281; KIRCHER, «Zum Vorschlag für eine Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf und-Garantien», en *Zs. F. Rechtspolitik*, 1997, 7, 290-294; MICKLITZ, «Ein einheitliches Kaufrecht für Verbraucher in EG?», en *Europ. Zs f. Wirtschaftrecht*, 1997, 8, 229-237; WELSER, «Der Vorschlag einer EU-Richtlinie über den Verbrauchsgüterkauf», en *Recht in Österreich und Europa*, 1997, 323-331.

<sup>4</sup> Nos situamos en el 31 de diciembre de 1998.

<sup>5</sup> Preámbulo § (1).

<sup>6</sup> Preámbulo § (4).

<sup>7</sup> Preámbulo § (5).

<sup>8</sup> Preámbulo § (6).

<sup>9</sup> Preámbulo § (6).

<sup>10</sup> Preámbulo § (8).

ámbito demuestran que, en los distintos Estados miembros, existe una preocupación creciente por asegurar a los consumidores un elevado nivel de protección; (...) a la luz de esta evolución y de la experiencia adquirida en la aplicación de la presente Directiva, podrá ser necesario prever una mayor armonización, en particular estableciendo una responsabilidad directa del productor respecto de los defectos de que sea responsable».<sup>11</sup>

### III. LOS PRECEPTOS DE LA POSICIÓN COMÚN RELATIVOS A LA PUBLICIDAD

La Posición Común tiene algunos preceptos que directamente se refieren a la publicidad comercial. Podemos clasificarlos en dos grupos: *a)* Por un lado regula la publicidad sobre las cualidades de la cosa vendida. Ahí encontramos dos tipos de reglas: las que prevén la incorporación de la publicidad al contrato y, consiguientemente, la vinculación del vendedor [art. 2.2,*d)* Posición Común], y las que establecen los límites o excepciones a esa vinculación (art. 2.4 Posición Común). *b)* También regula la oferta de una garantía comercial a través de la publicidad del producto, y considera que esa garantía vincula a quien la ofrece (art. 6.1 Posición Común).

A continuación voy a transcribir los preceptos a los que me acabo de referir.

A) En cuanto a la falta de conformidad, el artículo 2 de la Posición Común dispone:

«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 y que éste haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato, salvo que de las circunstancias se deduzca que el consumidor se atuvo a las explicaciones del vendedor;

*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*

---

<sup>11</sup> Preámbulo § (21).

*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.*

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.»

B) En lo que se refiere a la garantía comercial, el artículo 6.1 Posición Común dispone:

«La *garantía comercial* obligará a la persona que la ofrezca en las condiciones establecidas en el documento de garantía y *en la correspondiente publicidad.*»

#### IV. SIGNIFICADO DE LA PUBLICIDAD COMERCIAL EN EL MARCO JURÍDICO DEL CONTRATO

Los preceptos que acabamos de transcribir nos sitúan ante un efecto de la publicidad comercial: el efecto vinculante, en los contratos celebrados bajo su influencia. Este efecto, el único que ahora nos importa, no agota, sin embargo, toda su problemática jurídica. La «publicidad engañosa» es, en sí misma, objeto de control y sanción en las normas comunitarias e internas, por inducir a error a los consumidores, a quienes se dirige, y perjudicar a los competidores.

Pensando en la publicidad engañosa, la Directiva del Consejo 84/450/CEE, de 10 de septiembre de 1984, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros en materia de publicidad engañosa<sup>12</sup>, concibe a la publicidad, de modo flexible, como «toda forma de comunicación realizada en el marco de una actividad comercial, 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» (art. 2.1 Directiva 84/450/CEE). Son términos muy parecidos a los que en nuestro Ordenamiento utiliza la Ley 34/1988, de 11 de noviembre, General de Publici-

<sup>12</sup> DO núm. L 250, de 19 de septiembre.

dad, en su artículo 2<sup>13</sup>. Esa misma orientación es seguida por la Posición Común. La expresión que utiliza, «declaraciones públicas», permite incluir «toda forma de comunicación»; comprende tanto las manifestaciones contenidas en la publicidad difundida a través de los medios de comunicación como las que tienen otro soporte, como, por ejemplo, el etiquetado del producto [art. 2.2.d) Posición Común].

Una aproximación a la publicidad desde la perspectiva del contrato impone destacar la información que la misma ofrece al contratante consumidor. El conocimiento que éste 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. Cuando la publicidad incide en el contrato, la protección del consumidor puede desenvolverse a través del propio contrato, vinculando al otro contratante en los contenidos de sus declaraciones públicas. La cuestión entonces es ésta: ¿bajo qué presupuestos queda obligado el contratante profesional por la publicidad, u otras manifestaciones públicas, que incidan en la celebración del contrato?

La vinculación contractual sólo puede producirse si las declaraciones públicas tienen contenidos suficientemente concretos, susceptibles de generar esa vinculación; o, dicho de otro modo, si pueden suscitar expectativas concretas en el consumidor. Esto ocurre en la publicidad con contenido informativo; no, en la meramente persuasiva, que se orienta a incitar al consumo de un producto.

En este ámbito de la publicidad de contenido informativo y concreto, el problema puede tener dos manifestaciones. Puede consistir en que la publicidad sea falsa, porque atribuye al producto cualidades que no tiene, ni, razonablemente, se pueden llegar a conseguir en él. O bien puede ocurrir que, teniendo la publicidad contenidos posibles, el contratante profesional no se considera obligado por ella. En ambos casos la consecuencia contractual es la misma: el contratante profesional queda vinculado por el contenido de la publicidad; aunque los remedios de que pueda disponer el consumidor no sean, obviamente, los mismos. En el primer caso, si hay imposibilidad, va a carecer de la acción de cumplimiento, pero no del remedio resolutorio, del de reducción del precio o del indemnizatorio, conforme a las características del Ordenamiento aplicable. En el segundo caso, puede además exigir el cumplimiento.

Las reglas sobre la publicidad (declaraciones públicas) de la Posición Común [arts. 2.2 d); 6.1 Posición Común] permiten evitar las dificultades dogmáticas que presenta la incorporación de la publicidad al contrato;

---

<sup>13</sup> «A los efectos de esta Ley, se entenderá por : (...) – Publicidad: 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» (art. 2 Ley General de Publicidad). La coincidencia de esta Ley con la Directiva anteriormente indicada en el texto no es casual: esta Ley incorpora al Ordenamiento español esa Directiva.

dificultades que se presentan, tanto desde los postulados de la construcción voluntarista del contrato, como desde los de la declaracionista. Porque el voluntarismo, al basar el contrato en el presupuesto ineludible de la voluntad, se encuentra con el obstáculo de que el contratante que hace declaraciones públicas no tiene voluntad de vincularse por ellas<sup>14</sup>. Y el declaracionismo, al circunscribir la vinculación contractual a las declaraciones contractuales, no encuentra razón para que vinculen las manifestaciones previas de las partes, que no forman parte de la declaración contractual<sup>15</sup>. Estas dificultades, ciertamente, no son insuperables. En nuestro Ordenamiento se han superado. Primero integrando el contenido del contrato conforme a las exigencias de la buena fe, de acuerdo con el artículo 1258 CC<sup>16</sup>. Con esa finalidad utiliza este precepto la importante STS de 27 de enero de 1977. Posteriormente, a través de previsiones legales concretas. Es particularmente importante el artículo 8 de la LGDCU.

## V. LAS DECLARACIONES PÚBLICAS COMO CRITERIO DE CONFORMIDAD DEL OBJETO

La Posición Común utiliza el concepto de conformidad al contrato, que considera como una «base común a las diferentes tradiciones nacionales». Es un concepto tomado de la Convención de Viena<sup>17</sup>. Implica que la cosa tiene las cualidades que exige en ella el contrato. La falta de conformidad significa que no existe esa correspondencia; que existe incumplimiento del vendedor y son oportunos los remedios fundados en el mismo.

<sup>14</sup> Sobre este punto, MORALES MORENO, «Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el art. 8.º de la LGDCU)», *Homenaje a Juan Berchmans Vallet de Goytisolo*, vol. VIII, 1992 [cit.: *Homenaje Vallet*], pp. 674 a 676.

<sup>15</sup> Sobre esto, MORALES MORENO, *Homenaje Vallet*, pp. 673, 674.

<sup>16</sup> Sobre esta sentencia, por todos, LASARTE, «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación», en *RDP*, 1980, pp. 50 ss. Véase también, MORALES MORENO, *Homenaje Vallet*, pp. 676 a 680.

<sup>17</sup> Transcribimos a continuación el artículo 35 de la Convención de Viena [Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 11 de abril de 1980, ratificada por España (BOE de 30 de enero de 1991)], que regula la conformidad: «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 en 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 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 era razonable que confiara, en la competencia y el juicio del vendedor; c) que posean las cualidades de la muestra o el 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».

Las declaraciones públicas son en la Posición Común un criterio (entre otros) para establecer el modelo o tipo de objeto exigible conforme al contrato. La falta de adecuación del objeto entregado a las declaraciones públicas determina su falta conformidad. Las declaraciones públicas no son, ciertamente, el único criterio de conformidad utilizado. La Posición Común menciona otros: descripción del vendedor, muestra presentada por éste, uso especial requerido por el consumidor, uso ordinario de bienes del mismo tipo. No deja claro cómo han de articularse entre sí estos criterios, cuando concurren varios. No puede sostenerse, como pudiera parecer a primera vista tras la lectura del precepto, que existe conformidad si la cosa se adecúa a cualquiera de los criterios mencionados en el artículo 2. En algunos casos los criterios son complementarios, pero en otros no, y debe prevalecer uno de ellos sobre los otros (por ej., uso especial requerido por el comprador). Al legislador nacional le queda la tarea de regular la articulación entre los criterios de conformidad que, al incorporar la Directiva, establezca.

## VI. DECLARACIONES PÚBLICAS Y LIBERTAD DE CONTRATAR

En nuestra doctrina<sup>18</sup>, algún autor ha sostenido que, conforme al artículo. 8 LGDCU, «el consumidor destinatario de la “oferta publica” puede exigir al empresario celebrar el contrato con el contenido expresado en las declaraciones publicitarias»<sup>19</sup>.

---

<sup>18</sup> Sobre la incidencia de la publicidad en el contrato puede verse en nuestra doctrina: BERCOVITZ, Alberto/BERCOVITZ, Rodrigo, *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores*, 1987, pp. 62, 63, 180 a 186; CABALLERO LOZANO, «Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia», en *Actualidad Civil*, núm. 13, 1996, pp. 293 ss.; FONT GALÁN, «El tratamiento jurídico de la publicidad en la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios», en *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, cap. 3, pp. 57 ss.; FONT GALÁN, «La integración publicitaria del contrato: un instrumento de derecho privado contra la publicidad engañosa», en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 4, diciembre de 1988, pp. 7 a 47; GÓMEZ CALLE, *Los deberes precontractuales de información*, 1994; LASARTE, «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación», en *RDP*, 1980, pp. 50 ss.; MORALES MORENO, «Información publicitaria y protección del consumidor (Reflexiones sobre el art. 8.º de la LGCU)», en *Homenaje Váñez*; PASQUAU LIAÑO, *Comentarios a la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios*: Art. 8.1 y 2, Editorial Civitas, 1992, pp. 139 ss.; REYES LÓPEZ, «El carácter vinculante de la oferta y de la publicidad en el artículo 8 de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios», en *Estudios sobre Consumo*, núm. 43, 1997, pp. 63 ss.; REYES LÓPEZ, *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante*, pp. 142 ss.

<sup>19</sup> FONT GALAN, *Curso sobre el nuevo derecho del consumidor*, 1990, pp. 76 y 77. Anteriormente este mismo autor se refiere a esta cuestión en «La integración publicitaria del contrato: Un instrumento de Derecho privado contra la publicidad engañosa», *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 4 (diciembre), 1988, pp. 31 a 34. En este lugar afirma: «El fundamento lógico jurídico de la exigibilidad o vinculatoriedad obligacional del contenido de la publicidad no está en el contrato promovido o celebrado, sino en la confianza (...) generada en el ánimo económico y negocial del consumidor por medio de las declaraciones publicitarias. La tutela de esa confianza no sólo se proyecta sobre la fase de ejecu-

Tal punto de vista, que no compartimos, es minoritario en nuestra doctrina. Además, resulta indefendible sobre el texto de la Posición Común. Contradice el significado de la publicidad y la función del contrato. Parte de una idea inexacta: considerar que es la publicidad la que por sí misma vincula al que la emite, frente a cualquiera de sus posibles destinatarios, y no, como ha de ser, el contrato, integrado conforme a la publicidad que le precede. La publicidad sólo sería vinculante si constituyera una verdadera oferta pública. Pero, además, esta opinión concibe al contrato como un instrumento sancionador del anunciante, en vez de como un instrumento al servicio de la autonomía de la voluntad. La publicidad engañosa merece corrección a través de cauces jurídicos diferentes del de imponer la obligación de celebrar un contrato.

La Posición Común no contiene ningún precepto que obligue a la parte profesional a contratar, cuando median declaraciones públicas, según el contenido de éstas; y hasta permite, por el contrario, que el contenido de tales declaraciones sea corregido en el contrato que se celebra (art. 2.4 Posición Común). En la Posición Común, la exigencia de conformidad del objeto con las declaraciones públicas sólo se produce si se ha celebrado el contrato de compraventa (art. 2 Posición Común). De modo parecido, la vinculación por la garantía anunciada sólo cobra relevancia si se celebra el contrato (art. 6, 1 Posición Común). Esta regulación no es consecuencia de que se haya preferido mantener en niveles mínimos la protección de los consumidores, sino de la propia naturaleza de las cosas; pues, como ya hemos dicho, ni la publicidad debe ser tratada como oferta de contrato, ni la función del contrato es sancionar.

## VII. PRESUPUESTOS DE LA VINCULACIÓN DEL VENDEDOR POR LAS DECLARACIONES PÚBLICAS SOBRE LAS CUALIDADES DEL OBJETO

Conforme al artículo 2.2.d) Posición Común, son necesarios los siguientes presupuestos para que se produzca la vinculación del vendedor por las declaraciones públicas sobre las cualidades del objeto:

1. El primer presupuesto es el subjetivo. Al vendedor le vinculan no sólo sus propias declaraciones (entendiendo por propias las de sus auxiliares), sino también las del «productor o su representante» [art. 2.2.d)

ción del contrato, sino también sobre las anteriores fases (...)]. Y agrega: «Es lógico, pues, postular la exigibilidad o cumplimiento de la “oferta publicitaria por parte del consumidor ofertualmente engañado”, y ello aun cuando el contrato no se haya celebrado todavía». Concluye así: «El artículo 8.º LDDCU sólo se ha referido a la frustración y al daño a la confianza del consumidor producidos en el momento contractual. Pero ello no debe juzgarse que esta solución se excluya en los supuestos en que esa confianza se frustre y dañe en el momento precontractual, frustración y daño que debe repararse atribuyéndosele al consumidor la acción para exigir la celebración del contrato integrado con el contenido publicitario». [*Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 4 (diciembre), 1988, pp. 32 y 33].



Posición Común]. Tanto el concepto de «vendedor», como los de «productor» y «representante» están definidos en la Posición Común y conviene recordarlos:

a) Vendedor es: «cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo<sup>20</sup> en el marco de su actividad profesional» [art. 1.2.c) Posición Común]<sup>21</sup>.

b) Productor es: «el fabricante del 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 comercial u otra marca de identidad».

El concepto de «productor» es amplio y flexible. Comprende tanto al verdadero fabricante e importador en el territorio de la Comunidad, como a quien se presenta como productor, con indicaciones en el bien de consumo; o, aunque no se diga directamente, en la publicidad específica del mismo. En la Posición Común ha desaparecido la definición de representante del productor, que recogía la Propuesta Modificada<sup>22</sup>; a pesar de lo cual el artículo 2.2.d) de la Posición Común sigue refiriéndose a él, como sujeto que vincula al vendedor con sus declaraciones.

Tratándose de una regla que intenta la protección de la confianza del comprador, a través del contrato, se explica que esa protección no se limite al caso en que las declaraciones públicas provienen del vendedor y a él le sea imputable la responsabilidad por la confianza, sino que también comprenda aquellos otros casos en los que las declaraciones provienen de terceros: sólo de determinados terceros («*declaraciones públicas... hechas por el vendedor, el productor o su representante*») [art. 2.2.d) Posición Común]. Más adelante veremos cuáles son los límites de la vinculación del vendedor por las declaraciones públicas ajenas.

2. Las declaraciones públicas a las que se refiere el artículo 2.2.d) de la Posición Común no abarcan cualquier contenido del contrato, sino sólo los correspondientes a las cualidades del objeto («*calidad*» y «*prestaciones habituales*» del bien) que inciden en la conformidad del mismo. Fuera de éstas y las referentes a la garantía, también reguladas, no se con-

<sup>20</sup> Por bien de consumo se entiende «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 un volumen delimitado o en cantidades determinadas, – la electricidad» [artículo 1.2.b) Posición Común]. «Los Estados miembros podrán establecer que los “bienes de consumo” no incluyan los bienes de segunda mano vendidos en una subasta en la que los consumidores puedan asistir personalmente a la venta» [art. 1.1.3 Posición Común].

<sup>21</sup> El consumidor es definido en estos términos: «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» [art. 1.2.b) Posición Común].

<sup>22</sup> En la versión de la Propuesta de Directiva anterior a la Posición Común, se definía así: Representante del productor es «la persona física o jurídica que actúe como el distribuidor oficial o prestador oficial de servicios del productor, con exclusión de los vendedores independientes que actúen exclusivamente como detallistas» [artículo 1.f) Propuesta Modificada].

templan otras declaraciones públicas sobre cualquier otro elemento; por ejemplo: acerca del precio del producto o las condiciones de pago del mismo.

La Posición Común se ha limitado a incidir en el punto más vivo de las compraventas de consumo, que para ella es la falta de conformidad. Así lo reconoce expresamente: «las principales dificultades de los consumidores y la principal fuente de conflicto con los vendedores se refieren a la falta de conformidad del bien con el contrato»<sup>23</sup>. En nuestro Ordenamiento, el artículo 8 LGDCU no restringe a las cualidades del objeto el contenido vinculante de la publicidad; y menos ha de restringirlo la aplicación del principio de buena fe (art. 1258 CC).

3. Los términos en que se expresa la Posición Común [*«prestaciones... de un bien... que el consumidor puede fundadamente esperar»* art. 2.d) Posición Común] ponen de manifiesto que lo que 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»*). La Posición Común, de acuerdo con el principio de buena fe, conecta a la confianza del consumidor la exigencia de su protección; con ello, al mismo tiempo está ofreciendo el criterio para delimitar esa protección. El consumidor no requiere 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.

4. En el texto de la Posición Común también se apunta una exigencia de concreción en las características atribuidas a los bienes por las declaraciones públicas (*«declaraciones públicas sobre características concretas de los bienes»* [art. 2.2.d) Posición Común]). La publicidad sólo puede generar vinculación contractual si tiene contenidos concretos sobre las cualidades del producto.

## VIII. LOS LÍMITES DE LA INCORPORACIÓN AL CONTRATO DE LAS DECLARACIONES PÚBLICAS EN NUESTRO ORDENAMIENTO

Antes de explicar en la Posición Común, cuáles son los límites a la incorporación de las declaraciones públicas al contrato, vamos recordar el estado de la cuestión en nuestro Ordenamiento, y las abiertas exageraciones a las que se ha entregado nuestra doctrina. La Posición Común creo que puede contribuir a entender las normas de nuestro Ordenamiento de un modo equilibrado sin caer en el exceso.

En el Derecho español no se discute hoy que la publicidad se incorpore al contrato; sí, en cambio, el modo en que se produce la incorporación. La doctrina se cuestiona si la autonomía de la voluntad puede

<sup>23</sup> Preámbulo § (5).

excluir del contrato elementos presentes en las declaraciones públicas, y en este punto nuestra doctrina se halla dividida.

Un grupo de autores ha sostenido que los contenidos de la publicidad no pueden ser excluidos del contrato por el consumidor, salvo cuando la cláusula pactada le resulte más favorable. Fundan su criterio en el tenor literal del artículo 8 LGDCU<sup>24</sup>; unido al carácter irrenunciable de los derechos de los consumidores<sup>25</sup>.

En contra de esta opinión mayoritaria, Luis Díez-Picazo ha dicho, con buen criterio: «La publicidad de carácter informativo (...) es una fuente de integración del contrato celebrado por los consumidores. (...) La Ley de 1984 llega sin embargo más lejos, pues sólo permite que prevalezca sobre el contenido de las comunicaciones de promoción o de publicidad las cláusulas expresas del contrato, cuando éstas sean más beneficiosas. Lo que, a nuestro juicio, no debe considerarse de aplicación a aquellos casos en que el clausulado contractual ha podido ser debatido y libremente aceptado y debe, por tanto, considerarse sólo aplicable esta regla de prevalencia respecto del contenido predispuesto en condiciones generales de contratación»<sup>26</sup>.

Tampoco la jurisprudencia ha seguido el criterio mayoritario<sup>27</sup>. No ha tenido inconveniente en admitir que el conocimiento de las características del objeto por el comprador, al tiempo de contratar, excluye la incorporación al contrato del contenido de la publicidad (STS de 2 de diciembre de 1986).

En mi opinión, la incorporación de la publicidad al contrato debe tener como función, la protección de la confianza del consumidor (lo que éste puede esperar del producto como consecuencia de las declaraciones públicas), y no sancionar al anunciante por sus declaraciones. De ahí que esa incorporación tenga límites. Los derivados de la autonomía de la voluntad, en la medida en que la misma pueda actuar; y los provenientes de la exigencia de protección de la confianza.

El juego de la autonomía de la voluntad se ha pretendido restringir en nuestro Ordenamiento, invocando la disposición del artículo 2.3 LGDCU,

---

<sup>24</sup> La puesta en relación del párrafo segundo del artículo 8 LGDCU con el párrafo primero puede hacer creer que el contenido de la publicidad sólo puede modificarse en el contrato, cuando éste contiene una cláusula más favorable. Recordemos lo que dispone el párrafo segundo: «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».

<sup>25</sup> Un extracto de las opiniones doctrinales que se orientan en esta dirección lo encontramos en CABALLERO LOZANO, «Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia», en *Actualidad Civil*, núm. 13, 1996, p. 300. Ahí recoge las opiniones de Rodrigo Bercovitz, López Sánchez, Martínez de Aguirre y Pasquau Liaño.

<sup>26</sup> Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, 1996, p. 328.

<sup>27</sup> Un estudio de la jurisprudencia en CABALLERO LOZANO, «Eficacia contractual de la publicidad comercial en la jurisprudencia», en *Actualidad Civil*, núm. 13, 1996, pp. 293 a 305. También REYES LÓPEZ, *Seguridad de productos y responsabilidad del fabricante*, pp. 142 a 147. En relación con los viajes turísticos, CARLOS LASARTE, «Protección al consumidor y carácter vinculante del folleto informativo en los "viajes combinados" (en torno a la Ley 21/1995 de 6 de julio, y la jurisprudencia precedente)», en *RCDI*, núm. 643, 1997, pp. 2197 ss.

que considera nula «la renuncia previa de los derechos que esta Ley reconoce a los consumidores y usuarios en la adquisición y utilización de bienes o servicios». Mas creo que la verdadera función de este precepto no ha de ser limitar el poder de la autonomía de la voluntad para establecer las cualidades del objeto, sino impedir que se pacte la exclusión de los medios de protección que ofrece la ley al consumidor.

## IX. LOS LÍMITES DE LA INCORPORACIÓN AL CONTRATO DE LAS DECLARACIONES PÚBLICAS EN LA POSICIÓN COMÚN

Como sucede en el Derecho español, la Posición Común impide al comprador renunciar anticipadamente a los derechos que ella le atribuye en caso de falta de conformidad<sup>28</sup>, pero esto no implica que no admita la existencia de límites en la vinculación por declaraciones públicas. Tales límites se perfilan en el artículo 2.3 y 2.4 de la Posición Común.

1. El primero de estos preceptos se aplica a cualquier manifestación de falta de conformidad. Dispone: «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»<sup>29</sup>.

Si el comprador conoce la falta de conformidad del objeto a las declaraciones públicas no se da el presupuesto exigido por la Posición Común en esta manifestación de la falta de conformidad: la confianza del consumidor. Éste no puede fundadamente esperar que el bien presente la calidad y prestaciones indicadas en la publicidad [art. 2.2.d) Posición Común]. No obstante el consumidor puede merecer protección, si existe una garantía de que la falta de conformidad va a ser corregida.

2. El otro artículo que anteriormente indicábamos es el 2.4 de la Posición Común. Comienza diciendo: «El vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas contempladas en la letra d) del apartado 2 si demuestra (...)». A continuación enumera tres casos en los que el vendedor no queda obligado.

Los tres casos se refieren a la falta de conformidad del objeto con las declaraciones públicas; sin indicar si las declaraciones provienen de un tercero o del propio vendedor. Conviene recordar que inicialmente, en la

---

<sup>28</sup> «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» (art. 7.1 Posición Común).

<sup>29</sup> En la versión anterior el precepto decía: «Los bienes de consumo se considerarán conformes al contrato en el sentido de este artículo si, en el momento de la venta, el consumidor da su consentimiento a la celebración del contrato, a pesar de conocer la falta de conformidad» (art. 2.3, Propuesta Modificada de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo, DOCE C, 148/12).

Propuesta de Directiva, este precepto se aplicaba exclusivamente a las declaraciones públicas de tercero<sup>30</sup>. La Posición Común ha modificado su redacción, de modo que no limita su aplicación a las declaraciones de tercero. A pesar de los términos en los que hoy está redactado, el precepto conserva los rastros de su origen, y consecuentemente alguno de los supuestos que recoge sólo es aplicable a la publicidad que proviene de tercero, no pudiendo extenderse a la del vendedor.

La exclusión de responsabilidad se produce si el vendedor 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.»

a) La primera causa de exclusión tiene sentido si se aplica a la publicidad ajena al vendedor, que proviene del productor o su representante, pero no en la que emana del mismo vendedor. Ante un acto que proviene de él mismo, no podrá alegar que desconoce su existencia.

En relación con la publicidad ajena, el vendedor puede exonerarse de la vinculación si prueba que la desconoce y que no es razonable esperar ese conocimiento. Nótese que la prueba se refiere a la existencia de la publicidad y no a su posible inexactitud, o a las dificultades que presente el cumplimiento conforme a ella. La prueba del desconocimiento de la existencia de la publicidad, como prueba de un hecho negativo, sería difícil de articular si hubiera de acreditarse el efectivo desconocimiento del vendedor (o sus auxiliares). Por ello quizá baste probar que no es razonable esperar ese conocimiento.

No produciéndose la prueba exoneratoria, el vendedor queda obligado por las declaraciones públicas ajenas, aunque actúe de buena fe e ignore que tales declaraciones son inexactas<sup>31</sup>.

b) También se exonera el vendedor si demuestra que la declaración había sido corregida en el momento de la celebración del contrato. Corregir la declaración (pública) implica realizar otra declaración orientada a excluir o modificar el contenido de la primera. Por ejemplo: si la etiqueta del producto indica un peso neto que no tiene, la declaración correctora podrá consistir en advertir al consumidor de esta circunstancia; si las declaraciones públicas asignan al modelo del automóvil una determinada potencia, advertir al comprador que no tiene esa potencia. La declaración

---

<sup>30</sup> Su redacción era ésta: «El vendedor no será responsable de la falta de conformidad que resulte de las declaraciones públicas realizadas por el productor o por su representante si: (...)» (art. 3.2 Propuesta de Directiva).

<sup>31</sup> La Posición Común sigue un criterio diferente del que en nuestro Ordenamiento ha seguido la Ley 22/1994, De responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos. Conforme a esta Ley el vendedor responde: «cuando haya suministrado el producto a sabiendas de la existencia del defecto».

correctora puede hacerla el mismo sujeto que hizo las declaraciones públicas corregidas o el propio vendedor. Lo que importa en la corrección es que destruya la confianza del comprador.

c) Una última vía para la exoneración del vendedor se abre si éste demuestra que las declaraciones públicas no pudieron influir en la decisión del comprador de comprar el bien de consumo. Lo que en este caso habrá de acreditar el vendedor 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 [art. 2.2.c) Posición Común].

## **X. EFECTOS DE LA INCORPORACIÓN AL CONTRATO DE LAS DECLARACIONES PÚBLICAS EN LA POSICIÓN COMÚN**

Como ya hemos indicado, la Posición Común regula los efectos contractuales de la publicidad en dos ámbitos diferentes: el de la responsabilidad del vendedor por falta de conformidad del objeto, y el de la garantía comercial. En el primero, que es el que ahora nos interesa, el vendedor queda contractualmente vinculado por el contenido de las declaraciones públicas referentes a las cualidades del objeto (provengan de él, del productor o de su representante) y esa vinculación genera una exigencia de conformidad del mismo.

La Posición Común regula los remedios en caso de falta de conformidad, bajo el epígrafe «derechos del consumidor» (art. 3 Posición Común). No contempla remedios especiales para el comprador en caso de falta de conformidad con las declaraciones públicas, sino que aplica en este caso los mismos remedios que ofrece en general para cualquier manifestación de falta de conformidad.

No me corresponde ahora estudiar con detalle estos remedios, ya que no es ése el fin de este trabajo; pero sí me parece oportuno hacer algunas observaciones sobre el significado y función de los mismos, relacionadas con el tema que nos ocupa.

Creo que delimitar las manifestaciones de falta de conformidad (art. 2 Posición Común), establecer la responsabilidad del vendedor «ante el consumidor» por «cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien» (art. 3 Posición Común), y articular, en sus aspectos básicos, un sistema coherente de remedios, aunque éstos sean los mínimos, tal como hace la Posición Común, cubre una importante función armonizadora en los derechos nacionales europeos; pues, sin

duda alguna, se trata de una materia no bien articulada en muchos de ellos, que ha adquirido una enorme complejidad, y en la que las soluciones no siempre son previsibles.

La Posición Común ha seguido en este punto, en sus rasgos básicos, el modelo de sistema articulado de remedios que aporta la Convención de Viena. Puede resultar chocante, a primera vista, que una norma de protección de consumidores se inspire en un modelo de responsabilidad contractual (en sentido amplio) diseñado para comerciantes; pero se explica por las ventajas técnicas de la adopción de ese modelo, ya que el mismo ofrece una estructura articulada de la responsabilidad contractual, y da un tratamiento inicialmente unitario al incumplimiento. Se explica, además, porque el modelo de responsabilidad contractual de la CV, bastante duro para cada una de las partes contratantes, vendedor y comprador, se utiliza en la Posición Común sólo en una dirección, para la responsabilidad del vendedor. La Posición Común no regula las obligaciones del comprado ni su responsabilidad por incumplimiento.

Que en el Derecho comparado europeo el problema de la falta de conformidad (utilicemos esta expresión para aludir al problema, aunque el concepto no sea utilizado por los viejos Códigos) es un problema de tratamiento complejo, lo pone de manifiesto nuestro propio Ordenamiento<sup>32</sup>. El comprador que ha adquirido un producto que no es conforme a la publicidad, rigurosamente no podría pedir la reparación del mismo, aun siendo ésta posible, porque su adquisición proviene de una compraventa y no de un contrato de obra. Sólo podría pedir la sustitución, si la compraventa celebrada es una compraventa genérica, pero no si es específica. Podría disponer en este caso del remedio del saneamiento por vicios ocultos, con los contenidos que ofrecen la acción redhibitoria (resolución) o la estimatoria (reducción del precio), pero sólo dentro de un breve plazo, seis meses a partir de la entrega. Seguramente podría acudir, también, a la acción de nulidad por error, y en algunos casos a la fundada en el dolo. Importando categorías que no están presentes en nuestro Código, podría pensarse que éste es un caso de *culpa in contrahendo*, lo que abriría la discusión de qué tipo de responsabilidad debe aplicarse, si la contractual o la extracontractual, ya que no todos los autores están plenamente de acuerdo en ello. Y, por fin, podría haber quien pensara que en este caso el vendedor no ha cumplido la obligación que le impone la compraventa, porque ha dado un objeto distinto del que debía (*aliud pro alio*), inhábil o no idóneo para el comprador, etc. Quien así piense, cuenta con el apoyo de una copiosa jurisprudencia, que permite al comprador utilizar los remedios generales basados en el incumplimiento.

Cada una de las anteriores soluciones, en principio no descartables, supone consecuencias diferentes para el vendedor, en cuanto a lo que

---

<sup>32</sup> Sobre la evolución jurisprudencial de nuestro Ordenamiento véase: NIEVES FENOY, *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid, 1996.

puede exigirle el comprador y al tiempo en que puede hacerlo. La complejidad se acentúa si, moviéndonos en un mercado único, comparamos el tratamiento del mismo problema en los diversos Ordenamientos nacionales de la Unión Europea.

La futura Directiva simplifica el sistema y esto reportará beneficios de diverso orden.

## XI. ARTICULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL VENDEDOR POR FALTA DE CONFORMIDAD EN LA POSICIÓN COMÚN

El artículo 3 de la Posición Común comienza así: «El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien»<sup>33</sup>. Y, a continuación, regula los remedios que puede utilizar el consumidor.

Los remedios previstos en la Posición Común son, como suele ocurrir en las Directivas, remedios de carácter mínimo, considerados necesarios para la protección del consumidor. Ella, en su propio texto, lo advierte: a) Los derechos que confiere «se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual» [art. 8.1 Posición Común]. b) «Los Estados miembros podrán adoptar o mantener, en el ámbito regulado por la presente directiva disposiciones más exigentes, compatibles con el Tratado, para garantizar al consumidor un nivel de protección más elevado» [art. 8.2 Posición Común]. Como se recordará, el preámbulo de la Posición Común señala que la Directiva pretende ofrecer «un conjunto mínimo uniforme de normas equitativas que regulen la compraventa de bienes de consumo»<sup>34</sup>.

Queda claro, pues, que la Posición Común permite que los Estados miembros mantengan o establezcan, en el régimen de la responsabilidad contractual o extracontractual, medidas de protección más estrictas que las que ella diseña, en favor de la efectiva protección de los consumidores. No está tan claro, teniendo en cuenta el propósito de «aproximar las legislaciones nacionales», también presente en la Posición Común<sup>35</sup>, si los consumidores pueden utilizar normas del Ordenamiento nacional que no sean de responsabilidad contractual o extracontractual (por ejemplo, las fundadas en el error, vicio de la voluntad) como remedio protector frente a la falta de conformidad del objeto<sup>36</sup>. Aceptarlo a estas alturas, cuando ya

---

<sup>33</sup> El riesgo de deterioro de la cosa, sea específica o genérica, es del vendedor hasta ese momento de la entrega.

<sup>34</sup> § (1) Preámbulo.

<sup>35</sup> § (5) Preámbulo.

<sup>36</sup> En relación con la falta de conformidad y el error, en la Convención de Viena, ROJO AJURIA, en *Compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena. Comentario artículo 4*, Editorial Civitas, Madrid, 1998, pp 78 y 79; y



se ha superado el problema de los plazos excesivamente cortos de las acciones de saneamiento por vicios ocultos, no aportaría seguramente demasiado en favor de la protección de los consumidores, y en cambio desarticularía el sistema de remedios de la responsabilidad contractual, profundizando al mismo tiempo en diferencias de los Ordenamientos nacionales <sup>37</sup>.

Los remedios, mínimos, previstos en la Posición Común son: la puesta en conformidad de los bienes «mediante la reparación o sustitución del bien, sin cargo alguno», y, subsidiariamente, «una reducción adecuada del precio» o la «resolución del contrato respecto de dicho bien» [art. 3.2 a 5 Posición Común]. La Posición Común no prevé la indemnización de daños y perjuicios; esta materia queda reservada a los Derechos nacionales.

Los remedios de la Posición Común se circunscriben al interés del comprador en el cumplimiento del contrato. Considera preferente que el consumidor obtenga una satisfacción *in natura*, mediante la «puesta en conformidad», a través de la reparación o sustitución del objeto <sup>38</sup>. Reparar, en caso de falta de conformidad, es «poner el bien de consumo en un estado que sea conforme al contrato de venta» [art. 1.2.f) Posición Común] <sup>39</sup>. Subsidiariamente se permite al comprador exigir la reducción del precio o la resolución <sup>40</sup>. Estas medidas coinciden, en sus efectos, con el contenido de denominadas acciones de saneamiento por vicios ocultos, aunque el plazo y las condiciones de ejercicio sean distintos (art. 5 Posición Común) <sup>41</sup>.

---

MORALES MORENO, *Comentario artículo 35*, p. 293. En ese lugar he mantenido que sería contrario al propósito unificador de la Convención de Viena utilizar el remedio del error en caso de falta de conformidad.

<sup>37</sup> Por lo que se refiere al error, recuérdese que en unos Ordenamientos rige el principio, ley especial (la propia del problema de falta de conformidad o vicios de la cosa) deroga ley general (la del error), mientras que en otros se aplica el principio de compatibilidad de acciones.

<sup>38</sup> «En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado. –Se considerará desproporcionada toda solución que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra solución, no sean razonables teniendo en cuenta: El valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad, y – si la solución alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor. Toda reparación o sustitución deberá llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor» (art. 3.3 Posición Común).

<sup>39</sup> La sustitución sólo es posible en la dogmática que inspira los Códigos de tradición romana en las ventas genéricas; la reparación, sólo en el contrato de obra.

<sup>40</sup> «En el caso de que el consumidor no pudiera exigir la reparación ni la sustitución, o el vendedor no hubiera dado satisfacción al requerimiento del comprador en un plazo razonable, y sin mayores inconvenientes para el consumidor, éste tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato» (art. 3.4 Posición Común).

<sup>41</sup> Los plazos de ejercicio de los remedios por falta de conformidad están regulados en el artículo 5 de la Posición Común, que parcialmente transcribimos: «1. El vendedor deberá responder de conformidad con el artículo 3 cuando la falta de conformidad se manifieste dentro de un plazo de dos años a partir de la entrega del bien. Si, con arreglo a la legislación nacional, los derechos previstos en el apartado 2 del artículo 3 está sujetos a un plazo de limitación, éste no podrá ser inferior a dos años desde la entrega del

## XII. LA GARANTÍA QUE RESULTA DE DECLARACIONES PÚBLICAS

Es objeto de especial atención en la Posición Común la denominada garantía comercial<sup>42</sup>. En la garantía se percibe, de nuevo, el efecto vinculante de la publicidad: «La garantía comercial obligará a la persona que la ofrezca en las condiciones establecidas en el documento de garantía y en la correspondiente publicidad» (art. 6.1 Posición Común).

La Posición Común considera garantía «todo compromiso asumido por un vendedor o un productor respecto del consumidor, sin un 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» [art. 1.1.f) Posición Común].

La obligación de prestar garantía puede surgir del hecho de ofrecerla en la publicidad del producto (en las declaraciones públicas). Y tal obligación, por su propia naturaleza, puede asumirla el vendedor u otro sujeto distinto de él, normalmente el productor, al que, de hecho, se refiere exclusivamente el artículo 1.1.e) de la Posición Común.

La garantía exige determinación; es decir, cierta concreción en el contenido del compromiso asumido. Al mismo tiempo, para que exista verdadera garantía, ésta debe dar al consumidor una protección más amplia que la de la ley nacional aplicable (art. 6.2, final Posición Común): bien porque ofrece vías de protección que cuestiona el Ordenamiento aplicable (por ej., indemnización por la privación del uso del bien), bien porque, aunque coincida en sus contenidos con los remedios legales, se presta por terceros no obligados contractualmente. Cuando no se den los presupuestos anteriores no existe verdadera garantía; aunque la publicidad que la ofrece seguramente ha de merecer la calificación de publicidad engañosa, y sea perseguible como tal. La protección de los consumidores tiene en este caso un cauce distinto del de la vinculación contractual.

---

bien. 2. Los Estados miembros podrán disponer que el consumidor, para poder hacer valer sus derechos, deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde la fecha en que se percató de dicha falta de conformidad. (...) 3. Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en un período de seis meses a partir de la entrega del bien ya existían en esa fecha, salvo cuando esa presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad».

<sup>42</sup> A ella se refiere en estos términos el Preámbulo: «Considerando que en lo que respecta a determinadas categorías de bienes es práctica corriente que los vendedores o los productores ofrezcan a los consumidores garantías sobre sus bienes contra cualquier defecto que se manifieste en un plazo determinado; que esta práctica puede estimular la competencia; que, aunque tales garantías pueden ser un instrumento legítimo de mercadotecnia, no pueden inducir a error al consumidor; que para que éstos no se llamen a engaño, las garantías deben contener determinada información, incluida una declaración de que la garantía no afectará a los derechos del consumidor» [Preámbulo § (19)].

La Posición Común impone ciertos requisitos en la formulación de las garantías:

«La garantía deberá:

– declarar que el consumidor goza de derechos con arreglo a la legislación nacional aplicable que regula la venta de bienes de consumo y especificar que la garantía no afecta a los derechos que asisten al consumidor con arreglo a la misma;

– indicar con claridad el contenido de la garantía y los elementos básicos para presentar reclamaciones en virtud de la misma, en particular su duración y alcance territorial, así como el nombre y dirección del garante» [art. 6.2 Posición Común].

El incumplimiento de estos deberes del oferente de la garantía no priva al consumidor de su derecho a exigirla, fundándose en la oferta publicitaria. La falta de la claridad de la oferta publicitaria podrá ser superada a través de una interpretación de la misma conforme a la buena fe. Y hasta la indeterminación de ciertos elementos, como su duración o alcance territorial, podrá llegar a precisarse, de acuerdo con la buena fe, utilizando en favor del consumidor criterios aportados por los usos comerciales sobre garantías. Estos usos, obviamente, no se aplican bajo los presupuestos ordinarios de aplicación de los usos del tráfico, ya que el consumidor es ajeno a su creación, sino como elementos de valoración, conforme a la buena fe, de lo que el consumidor podía esperar de la garantía ofrecida. La Posición Común parece admitir que se practique esta integración, aunque no indica cómo ha de hacerse, puesto que atribuye al consumidor la facultad de exigir el cumplimiento de garantías que no cubren todos los requisitos de concreción impuestos en el apartado 2 del artículo 6, entre los que se encuentran la duración y el alcance territorial [art. 6.5 Posición Común]<sup>43</sup>.

Hemos dicho que sólo hay garantía si el contenido que ella ofrece sobrepasa la protección que da el Ordenamiento. Por ello, su existencia va a depender del contenido protector de las normas del Ordenamiento nacional aplicable y de las obligaciones que el mismo imponga en el sistema ordinario de protección del consumidor. Un mismo compromiso, por ejemplo, el de reparar el bien o sustituirlo, puede no constituir verdadera garantía si quien lo ofrece es el vendedor, al estar obligado a ello por ley, y ser garantía, en cambio, si quien lo ofrece es el fabricante o el importador, si el Derecho nacional aplicable no le impone esa obligación.

---

<sup>43</sup> «En el caso de que una garantía infringiera los requisitos de los apartados 2, 3 ó 4, [por ej.: el de expresar su duración, su alcance territorial, o el nombre y dirección del garante] ello no afectaría en ningún caso a su validez, pudiendo el consumidor en todo caso exigir su cumplimiento» [art. 6.5 Posición Común].

### XIII. FALTA DE CONFORMIDAD DEL OBJETO Y RESPONSABILIDAD DEL «PRODUCTOR» POR SUS DECLARACIONES PÚBLICAS

Lo que acabamos de decir sobre la garantía ofrecida por el productor en sus declaraciones públicas nos conduce a plantear una última cuestión. ¿Vinculan al productor (fabricante, importador) sus declaraciones públicas (publicidad, etiquetado) sobre cualidades del producto, aunque no ofrezca garantía, cuando tales declaraciones marcan en el contrato de compraventa el criterio de conformidad del objeto? En este caso, como sabemos, el vendedor, que no ha hecho las declaraciones, sí queda vinculado; pero, ¿y el productor?

La Posición Común no prevé, directamente, en un caso así, que el productor responda de algún modo frente al consumidor, por la falta de conformidad del objeto. El preámbulo señala, que «el vendedor debe ser el responsable directo ante el consumidor de la conformidad de los bienes con el contrato»; «ésta es la solución tradicional consagrada en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros»<sup>44</sup>. Pero al mismo tiempo constata que «la legislación y la jurisprudencia (...) demuestran que, en los distintos Estados miembros, existe una preocupación creciente por asegurar a los consumidores un elevado nivel de protección»<sup>45</sup>, por lo que, «a la luz de esta evolución y de la experiencia adquirida en la aplicación de la presente Directiva, podrá ser necesario prever una mayor armonización, en particular estableciendo una responsabilidad directa del productor respecto de los defectos de que sea responsable»<sup>46</sup>.

Por el momento, parece claro que la Posición Común no impone a los Estados alcanzar esa meta. Sin embargo, como considero que ésa es una meta deseable, voy a hacer a continuación algunas reflexiones sobre las dificultades que se presentan y la posible superación de las mismas.

1. El principio de relatividad del contrato, presente en los Ordenamientos nacionales, representa el primer obstáculo para establecer la responsabilidad del productor. ¿Cómo puede responder por insatisfacción de un contratante, quien no es parte en el contrato celebrado con el consumidor? Pero, de otro lado resulta también sorprendente que las declaraciones públicas de un sujeto, el productor, realizadas para promover la venta del producto, en la que tiene interés, puedan vincular al vendedor, pero no le vinculen a él.

Para superar la dificultad dogmática de la relatividad del contrato se ha destacado, de diversos modos, la conexión existente entre el fabricante o el importador (u otro eslabón de la cadena de distribución previo al vendedor final) y el consumidor. Y así, se ha podido afirmar que cuando

---

<sup>44</sup> § (8) Preámbulo.

<sup>45</sup> § (21) Preámbulo.

<sup>46</sup> § (21) Preámbulo.

el comprador (consumidor), respondiendo al estímulo de la publicidad, adquiere un producto, desde su punto de vista está entrando en relación con el sujeto que ha emitido ese estímulo<sup>47</sup>.

Incluso se ha pretendido aproximar al contrato la relación existente entre el sujeto que hace las declaraciones públicas y el consumidor. Y así, Köndgen ha sostenido en Alemania, que la obligación del fabricante de estar a sus declaraciones publicitarias es una responsabilidad, por una promesa de prestación dirigida al mercado que encauza una relación indirecta de intercambio entre las partes. Consecuencia de esta proximidad al contrato es que las manifestaciones publicitarias no sólo generan obligaciones de protección y de mantenimiento, sino también expectativas de prestación, que en caso de ruptura de la promesa análoga a la del § 463 BGB van acompañadas de la responsabilidad por el interés de la confianza<sup>48</sup>.

La aproximación al contrato permite que la responsabilidad del anunciante quede enraizada en nuestra tradición jurídica y aproveche los medios de protección que los Códigos conectan a la responsabilidad contractual. Pero, si responde el vendedor, ¿cómo articular esta relación contractual básica, entre el consumidor y su vendedor, con esa otra establecida con el productor, del que provienen las declaraciones públicas? Creo que un modo coherente, desde el punto de vista dogmático, de articular las posiciones del vendedor y del productor es considerar al vendedor como lo que es, parte en el contrato y obligado por él, y al productor, garante de la satisfacción del interés del consumidor en ese mismo contrato. Esta posición de garante permite canalizar la protección del consumidor dentro del marco del contrato, y articular las responsabilidades concurrentes del vendedor y del productor<sup>49</sup>.

El deber del productor de garantizar la conformidad del producto con sus declaraciones públicas puede justificarse, aunque no exista una previsión legal concreta, como exigencia de la buena fe, que constituye una manifestación de la responsabilidad por la confianza. Un marco jurídico adecuado para exigir esta responsabilidad es el de la garantía. Ser garante no es otra cosa que cubrir un determinado riesgo; en este caso el riesgo de insatisfacción del interés contractual del consumidor. La insatisfacción es imputable a la confianza provocada por el propio garante con sus declaraciones públicas.

Pero el desarrollo de esa responsabilidad exige alguna concreción. ¿Qué contenido debe tener la garantía del productor?

La Posición Común al no contemplar la responsabilidad que consideramos no nos da respuesta a la pregunta; sin embargo, pensando en un posible desarrollo futuro, voy a intentar esbozar algún criterio de *lege ferenda*. En términos razonables, ¿qué contenido debería tener la responsabilidad del productor?

<sup>47</sup> Cfr. LEHMANN, *Vetragsanbahnung durch Werbung*, 1981, p. 367.

<sup>48</sup> KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, 1981, p. 352.

<sup>49</sup> Ya lo indicábamos así en MORALES MORENO, *Estudios Vallet*, VIII, p. 689 ss.

Creo que la garantía del productor ha de circunscribirse al interés en el cumplimiento del contrato; como se circunscribe en la Posición Común la responsabilidad del propio vendedor. No debe, por tanto, garantizar los daños subsecuentes, que tengan su origen en el producto adquirido, defectuoso; sean personales (muerte o lesiones) o afecten a cosas. Estos daños se rigen por la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos. Debe excluirse también la indemnización de los daños puramente patrimoniales, de difícil cálculo, cuya indemnización podría conducir a una responsabilidad económicamente insoportable<sup>50</sup>.

Si la responsabilidad del garante se circunscribe al interés en el cumplimiento del contrato, podría canalizarse la prestación de la garantía a través de los mismos remedios que la Posición Común ofrece al comprador frente al vendedor; porque los mismos están orientados, precisamente, a satisfacer el interés en el cumplimiento. Pero ¿pueden ser todos ejercitable frente a un sujeto distinto del vendedor, para el que inicialmente están pensados?

Como sabemos esos remedios son cuatro: reparación o sustitución, y reducción del precio o resolución. Los dos primeros, dirigidos a la satisfacción *in natura* del interés contractual, pueden aplicarse al fabricante o

---

<sup>50</sup> En Derecho alemán es importante en este punto la doctrina mantenida por una Sentencia del BGH de 14 de mayo de 1974, en un conocido caso en el que se discutía la responsabilidad del fabricante que utiliza un sello de calidad de una determinada organización del ramo con la que tiene relación. *GRUR*, 1975, pp. 150 y 151. Sobre ella, KÖNDGEN, *Selbstbindung ohne Vertrag*, 1981, p. 350. El demandante había adquirido, no directamente del fabricante sino a través de un comerciante vendedor, unos tubos que emplea para hacer instalaciones. Los tubos no tienen la calidad correspondiente al signo que el fabricante utiliza, y el comprador se ve sometido a reclamaciones de responsabilidad de sus clientes, a consecuencia del fallo de las instalaciones en que emplea esos tubos. Por ello demanda directamente al fabricante para que le indemnice esos daños patrimoniales. Su demanda no prospera en ninguna de las instancias. No se admite que exista responsabilidad contractual ni extracontractual. No hay responsabilidad contractual porque el uso del signo de calidad de la mercancía por el fabricante no implica una promesa de garantía (*Garantieusage*) que permita al comprador ejercitar una acción contractual de responsabilidad. A la utilización del signo de calidad se le atribuye un valor persuasivo, por el control de calidad que implica, pero no un alcance vinculante. También rechaza la sentencia que el uso del distintivo de calidad pueda constituir fuente de responsabilidad extracontractual. No es aplicable al caso el § 823, apartado 1 BGB, porque no se han dañado los bienes jurídicos y derechos absolutos contemplados en ese precepto. Los daños causados son daños puramente patrimoniales, cuya indemnización, como es sabido, plantea especiales dificultades. Tampoco se trata de daños dolosos o contra la buenas costumbres. Para ello hubiera sido preciso que el fabricante demandado hubiera conocido los defectos de los tubos vendidos o, al menos, los hubiera tenido como posibles y no obstante los hubiera puesto en venta. Por fin, tampoco la responsabilidad se puede construir poniendo en relación el § 3 UWG con el § 823.2 BGB.

Tras la reforma de la *UWG*, que entró en vigor el 1 de enero de 1988, el § 13 a) no se ha llegado a conceder al comprador una acción de daños contra tercero, por declaraciones públicas que hayan podido ser tenidas en cuenta por él al contratar, aunque sí se ha tipificado un supuesto especial de resolución del contrato, como vía para evitar el daño que el contrato, en las condiciones celebradas le produce (MEDICUS, *JuS* 1988, 1, 6 ss., el mismo, *Allgemeiner Teil des BGB*, 1990, num 812 a; REINICKE/TIEDTKE, *Kaufrecht*, 1989, p. 241; BAUMBACH/HEFERMEHL, *Wettbewerbsrecht*, 18.ª ed, 1995, núm 912).

al importador. También la reducción del precio, sobre todo si la consideramos como una indemnización de alcance limitado, reducida al menor valor de la cosa. Pero la mayor dificultad está en la resolución.

La resolución, en rigor, ha de ejercitarse frente a la otra parte contratante; y como ya hemos advertido, el productor puede ser garante pero no es parte. Mas esto no excluye que el productor, en su posición de garante, no pueda quedar obligado a asegurar al consumidor el ejercicio de la facultad resolutoria, facilitándole la restitución del bien, y restituyéndole el precio pagado. Precisamente la Posición Común admite que la garantía pueda tener esta doble función: «reembolsar el precio pagado» y «ocuparse del modo que fuere del bien» [art. 2.1.e) Posición Común]; <sup>51</sup> esto es, precisamente, lo que facilitaría al consumidor el ejercicio de la facultad resolutoria.

---

<sup>51</sup> La Posición Común define la garantía así: «(T)odo compromiso asumido por un vendedor o 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 el caso de que no corresponda a las condiciones enunciadas en una declaración de garantía o en la publicidad correspondiente» [art. 1.2.e) Posición Común].

