

La protección del comitente como consumidor

FRANCISCO PERTÍÑEZ VÍLCHEZ

Profesor Titular Derecho Civil
Universidad de Granada

RESUMEN

El objeto de este artículo es el análisis de la aplicación a los contratos de obra de ciertos aspectos de la normativa de protección de consumidores, como los relativos a la fijación del precio, el régimen de garantías en caso de defecto de conformidad o la exclusión de responsabilidad del contratista mediante cláusulas abusivas.

PALABRAS CLAVE

Contrato de obra; protección de consumidores.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the application of certain aspects of consumer protection regulations for contracts to produce a work, including pricing, the system of rights in the event of defects or exclusion of liability of the contractor using unfair terms.

KEYWORDS

Contract to produce a work; consumer protection.

SUMARIO: *Introducción.*–1. La fijación del precio en el contrato de obra con consumidores: 1.1 La fijación del precio en el contrato de obra: aspectos generales. 1.2 La ausencia de pacto sobre el precio. 1.3 La repercusión al consumidor de conceptos no incluidos en el precio. 1.4 El incremento del precio por aumento de obra consentido por el consumidor.

1.5 Valoración de las cláusulas que permiten al contratista fijar el precio en el momento de la entrega. 1.6 Valoración de las cláusulas de revisión de precios. 1.7 El momento del pago del precio.—2. Las garantías y acciones del comitente consumidor frente al contratista: 2.1 La insuficiencia de los remedios generales del derecho de contratos. 2.2 El régimen de garantías en el contrato de obra consistente en la producción o fabricación de bienes muebles. 2.3 Las garantías en el ámbito concreto de la reparación de automóviles.—3. La exclusión de responsabilidad del contratista mediante condiciones generales. 3.1 Vía exclusión de los derechos legales del consumidor por incumplimiento del contratista. 3.2 Vía cláusulas de modificación unilateral de la obligación del contratista. 3.3 Vía calificación de la obligación como de medios.

INTRODUCCIÓN

El derecho de consumo no ha prestado atención al contrato de obra. En el ordenamiento español apenas sí existen unas cuantas normas que regulan algún tipo concreto de actividad de resultado entre empresarios y consumidores, como el *Real Decreto 1457/1986 regulador de la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos*, el *Real Decreto 58/1988 sobre servicios de reparación de aparatos de uso doméstico* o el *Real Decreto 1453/1987 regulador de los servicios de tintorería*. Por su parte, la Ley 38/1999 de Ordenación de la Edificación sólo regula aspectos concretos del contrato de edificación, como la entrega y el régimen de responsabilidad por defectos y además la norma no contiene previsiones específicas de tutela del autopromotor que por actuar con un propósito ajeno a una actividad empresarial o profesional pueda ser considerado como consumidor.

Junto al desinterés del legislador —no sólo nacional, sino también comunitario— por el contrato de obra con consumidores llama la atención que la jurisprudencia apenas resuelva las controversias que puedan surgir entre un comitente consumidor y un contratista empresario atendiendo a criterios propios del derecho de consumo, a pesar de que en no pocas ocasiones el comitente sea un particular que actúa con un propósito ajeno a una actividad empresarial o profesional. En definitiva, parece como si el contrato de obra se mantuviera ajeno a la dinámica del derecho de consumo. La razón pudiera ser la convicción de que el comitente tiene un poder de dirección sobre la obra que alcanza su máxima expresión en la facultad de desistir unilateralmente de la relación contractual reconocida en el artículo 1594 CC, lo que puede llevar a la conclusión de que por muy consumidor que sea, está lejos de ser la parte débil

del contrato. Sea como fuere, nos parece que la regulación en el Código Civil español del contrato de obra se encuentra muy alejada de los problemas característicos que pueden surgir cuando el comitente es un consumidor. En primer lugar, la regulación contenida en los arts 1588 a 1600 gira en torno a un determinado tipo de contrato de obra, el contrato de edificación, siendo así que no es comprensiva de la extensa tipología de supuestos en los que un empresario se compromete con un consumidor a realizar una prestación de resultado, como por ejemplo, la reparación de automóviles o de electrodomésticos, la fabricación de mobiliario, servicios de tintorería, reportajes fotográficos, servicios de «catering», intervenciones médicas de naturaleza satisfactiva, etc. Por otra parte, no hay en el Código Civil un verdadero régimen del incumplimiento de la obligación del contratista: no se establecen plazos de garantía –salvo en el caso de la edificación– ni un catálogo ordenado de las acciones que puede ejercitar el comitente. En este último sentido, es cierto que el artículo 115.1 del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (en adelante TRLGDCU) prevé la aplicación del régimen de garantías propio de la compraventa de bienes de consumo a los contratos de suministro de bienes que hayan de fabricarse o producirse, lo que comprende a los contratos de obra que tengan por objeto la fabricación de un bien mueble, pero quedan al margen de este régimen especial de garantía los contratos de obra que consistan en la realización de una prestación de hacer (p. ej., reparaciones de electrodomésticos o automóviles o intervenciones de medicina satisfactiva), la construcción de bienes inmuebles o la realización de prestaciones inmateriales.

No es nuestra pretensión elaborar un sistema o una propuesta de régimen del contrato de obra con consumidores, lo que seguramente sería contraproducente por la heterogeneidad de prestaciones que pueden constituir su objeto, que van desde encargar un traje a medida a un proyecto de edificación o su construcción. De manera mucho más modesta, simplemente trataremos de analizar la influencia que en la disciplina del contrato de obra pueden tener algunas normas del derecho de consumo cuando el comitente tenga la condición de consumidor; en particular, en el ámbito de la determinación del precio o de sus alteraciones, en el de las garantías o acciones frente al incumplimiento del contratista y en el de la pretendida exclusión de su responsabilidad mediante condiciones generales.

1. LA FIJACIÓN DEL PRECIO EN EL CONTRATO DE OBRA CON CONSUMIDORES

1.1 La fijación del precio en el contrato de obra: aspectos generales

Uno de los aspectos que provoca más litigiosidad en relación con el contrato de obra es el de la fijación del precio que como contraprestación a la obra ejecutada debe satisfacer el comitente. La razón de esta problemática entronca con la propia naturaleza del contrato de obra, caracterizado por la obligación del contratista de realizar una prestación futura, cuyo coste será tanto más difícil de calcular *a priori* cuanto más complejo sea el resultado al que se compromete. El comitente tendrá un interés en que el precio de la obra quede determinado en el contrato con la mayor precisión posible, sustrayéndose así al riesgo del posible aumento que en el coste de ejecución de la obra pueda provocar el advenimiento de distintas circunstancias más o menos imprevisibles. Por el contrario, el interés del contratista será el de blindarse frente al riesgo que pueda suponer un aumento de los costes de ejecución de la obra, mediante la posibilidad de fijar el precio *a posteriori* en el momento de la entrega o de modificar el precio inicialmente convenido en caso de aumento de los costes de ejecución previstos.

El Código Civil dispone en su artículo 1593 que en caso de que la obra se encargue por precio alzado a la vista de un plano o proyecto convenido con el comitente, no puede pedir el contratista un aumento de precio aunque haya aumentado el de los jornales o materiales, salvo que se haya hecho algún cambio en el plano que hubiera producido un aumento de obra, siempre que hubiese dado su autorización el propietario. El precepto imputa el riesgo de un aumento en los costes de ejecución de la obra al contratista que, por su condición de empresario o profesional y conforme a su experiencia, tiene el deber de calcular los costes de la obra, previendo el acaecimiento de cualquier tipo de circunstancia que pueda suponer un encarecimiento de los mismos. El principio de invariabilidad del precio es predicable también de los supuestos en los que el precio se haya fijado conforme al artículo 1592 CC por piezas o por unidad de medida, si no en lo que respecta a su cuantía total que puede ser variable en función de las unidades que haya que ejecutar, sí en cuanto al precio de cada pieza o unidad.

Sin embargo el artículo 1593 CC es como mucho un punto de partida en la resolución del problema de la extensión del precio en el contrato de obra que no agota por sí mismo la multiplicidad de pro-

blemas que en torno al precio pueden plantearse. En primer lugar, el artículo 1593 CC es una norma dispositiva, por lo que la configuración del elemento del precio en el contrato de obra queda sujeta a la voluntad de las partes que pueden trasladar el riesgo del encarecimiento en la ejecución de la obra del contratista al comitente. En segundo lugar, el propio artículo 1593 CC excepciona la regla de la no repercusión del aumento de los costes de ejecución al contratista cuando sea debido a un aumento de obra autorizado por el comitente, lo que en la práctica plantea el problema de si este consentimiento debe ser expreso o si basta un consentimiento tácito derivado de la mera consciencia de la novación del proyecto inicial sin formular oposición. En tercer lugar, la regla del artículo 1593 CC no puede excluir la aplicación en el contrato de obra de la regla general de la revisión del contrato por una alteración imprevisible de las circunstancias que sea causa de una excesiva onerosidad sobrevenida para el comitente. Por último, no se puede obviar que es frecuente en la práctica que incluso no exista un acuerdo formalizado respecto del precio, siendo así que la Jurisprudencia flexibiliza el rigor del artículo 1261 CC en relación con el contrato de obra, admitiendo su validez aun cuando no exista consentimiento sobre el precio, fijándose en este caso por los tribunales *a posteriori* con arreglo a la prueba pericial practicada sobre el valor de lo ejecutado.

Todas las cuestiones hasta ahora planteadas tienen una respuesta jurisprudencial más o menos consolidada. Lo que llama atención es que en los supuestos muy frecuentes en los que el comitente sea un consumidor, la respuesta a estas cuestiones se haga ignorando esta condición de consumidor, es decir, al margen de reglas propias del denominado derecho de consumo que podrían suponer criterios rectores distintos de los que hasta ahora se vienen empleando para resolver el problema de la extensión del precio en el contrato de obra. Por un lado, se podría tomar en consideración el deber de información previa respecto al precio total que el artículo 60 TRLGDCU impone a los empresarios en sus relaciones contractuales con consumidores y la obligación de confirmación documental de la contratación realizada del art 63 TRLGDCU. Por otra parte, el artículo 85.10 TRLGDCU considera abusivas las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega del bien y las que las que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido, si no existen razones objetivas y si no se reconoce al consumidor el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado.

1.2 La ausencia de pacto sobre el precio

1.2.1 LA SOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL

A pesar de la centralidad que ocupa en nuestro derecho de contratos el artículo 1261 CC, que exige consentimiento sobre el objeto y la causa para que haya contrato, y de que el artículo 1544 CC configure como requisito para los contratos de obra y de servicios la existencia de un precio cierto, nuestra jurisprudencia afirma que la ausencia de pacto sobre el precio en el contrato de obra no determina su inexistencia, cuando aquél pueda determinarse con arreglo a tarifas de honorarios oficiales o a los simples usos [*vid.* entre otras, STS de 5 de febrero de 1983 (RJA 1983/860), STS de 24 de junio de 2005 (RJA 2005/9685)]. Incluso se afirma que el contrato es válido cuando pueda inferirse el precio *a posteriori* por tasación pericial conforme al coste de los materiales y la de la mano de obra [STS de 12 de junio de 1984 (RJA 1984/3233), STS de 4 de septiembre de 1993 (RJA 1993/6636)]. Esta doctrina jurisprudencial permite salvar la eficacia del contrato de obra en los supuestos muy frecuentes en los que no habiéndose formalizado la voluntad contractual entre dueño de la obra y contratista ni tan siquiera sobre los elementos esenciales del contrato, o no pudiéndose probar su existencia, hay actos que manifiestan un acuerdo de voluntades tácito entre ambos: fundamentalmente el inicio de la ejecución de la prestación por parte del contratista con conocimiento y sin oposición del comitente. Con ello se pretende evitar un enriquecimiento injusto del comitente derivado de una acción de nulidad en los casos en los que la restitución al contratista de la obra o de parte de la obra ejecutada fuera imposible por su propia naturaleza ¹.

1.2.1 EL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES FORMALES EN RELACIÓN CON EL PRECIO EN CONTRATOS DE OBRA CON CONSUMIDORES

La jurisprudencia española que relativiza la esencialidad del pacto sobre el precio en el contrato de obra debe contrastarse con la normativa de protección del consumidor que impone al empresario específicos deberes de transparencia en la plasmación de los elementos esenciales del contrato. En este sentido, algunas normas específicas que regulan algún tipo concreto de actividad de resulta-

¹ En un sentido similar, el § 632.b) del BGB, dispone que en ausencia de pacto sobre el precio en el contrato de obra, el mismo se determina conforme a la tabla de tarifas oficiales existente o, de no haber tal tabla, conforme a los usos.

do entre empresarios y consumidores contienen normas específicas de información sobre el precio al consumidor, como el artículo 14 del *Real Decreto 1457/1986 regulador de la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos* que impone al empresario el deber de proporcionar al consumidor un presupuesto escrito del coste del servicio, sin que pueda procederse a la prestación del servicio sin la conformidad del cliente con el mismo expresada con su firma, salvo que renuncie fehacientemente a su elaboración, y de manera análoga para los contratos de reparación de electrodomésticos el artículo 3 del *Real Decreto 58/1988 sobre servicios de reparación de aparatos de uso doméstico*. Con carácter general, para todos los contratos celebrados entre empresarios y consumidores, el artículo 60 del texto refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios (Real Decreto Legislativo 1/2007) dispone que antes de contratar, el empresario deberá poner a disposición del consumidor de forma clara y comprensible, la información veraz y suficiente, sobre los elementos esenciales del contrato y en particular –apartado 2.b)– sobre el «precio completo, incluidos los impuestos, o presupuesto en su caso» y el artículo 63 del mismo cuerpo legal exige la entrega al consumidor de una justificación documental de la contratación efectuada, ya sea mediante justificante, copia u otro documento justificativo, que contenga las condiciones esenciales de la operación.

Consecuentemente, cuando el contratista sea un empresario y el comitente un consumidor, la ausencia de pacto sobre el precio no es imputable por igual a los dos, sino que es un incumplimiento de un deber de información y de plasmación documental del precio, que surge en cabeza del empresario².

La cuestión que cabe plantearse entonces es cuál es la consecuencia jurídica que en el plano contractual se deriva del incumplimiento por parte del empresario contratista de sus deberes formales en relación con la plasmación del precio del contrato. No es razonable que la consecuencia de este incumplimiento sea la ineficacia del contrato puesto que en este caso se produciría un enriquecimiento injusto del comitente siempre que la prestación ya efectuada fuera por su propia naturaleza material o funcionalmente irrestituible al contratista. En este sentido, ni el artículo 60, ni el artículo 63 TRLGDCU, ni tampoco los preceptos que imponen especiales deberes de transparencia en la normativa que regula actividades de resultado concretas, disponen que la consecuencia de su contraven-

² En este sentido es clara la SAP Asturias de 22 de octubre de 2002 (AC 2002/1175) que en relación al presupuesto previo en los servicios de reparación de vehículos entiende que «no es un derecho del cliente sino una obligación del taller».

ción sea la ineficacia del contrato. La doctrina en relación con el deber del artículo 63.1 TRLGDCU ha puesto de manifiesto que la finalidad de la confirmación documental no es establecer un requisito de validez, sino un cauce para probar el contrato celebrado y poner a disposición del consumidor las condiciones esenciales del mismo³. Con carácter más general, se ha señalado en relación con los deberes de información impuestos en la normativa de protección al consumidor que pese a que los mismos se satisfagan mediante determinados requisitos formales, la consecuencia de su inobservancia no tiene que ser necesariamente la nulidad como sanción típica asociada al incumplimiento de las formalidades *ad solemnitatem*⁴. Incluso en aquellos casos en los que una norma expresamente impone para determinadas actividades de resultado formalidades expresas en cuanto al precio, como es el caso ya mencionado de la reparación de vehículos, la solución adoptada en sede jurisdiccional en caso de incumplimiento de dichas formalidades no es la nulidad del contrato, siempre que quede acreditada la autorización del cliente a la realización de los trabajos de reparación del vehículo aunque sea de manera tácita o por actos propios del cliente [SAP de Zaragoza de 3 de marzo de 2003 (PROV 2004/1119), SAP de Málaga de 7 de febrero de 2008 (JUR 2010/126288), SAP de Vizcaya de 4 de diciembre de 2009 (JUR 2010/139368), SAP de Murcia de 28 de diciembre de 2009 (JUR 2010/75266)].

No obstante, no puede afirmarse que el incumplimiento de los deberes de información y plasmación documental del precio no produzca consecuencias más que en el ámbito administrativo sancionador. En las relaciones entre un comitente consumidor y un contratista empresario, el incumplimiento de estos deberes debe producir consecuencias también en el ámbito civil. En primer lugar, puesto que la controversia sobre el consentimiento del consumidor es creada por el incumplimiento de un deber formal que compete al empresario, es éste quien deberá probar el consentimiento del consumidor con el contrato, como presupuesto indispensable para cualquier reclamación sobre el precio. Así en relación con el contrato de reparación de vehículos, las SSAP de Asturias de 25 de noviembre de 2010 (JUR 2010/2353) y de 22 de octubre de 2002

³ CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al artículo 63 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. CÁMARA LAPUENTE, S.), Madrid, 2011, pp. 568 y 569.

⁴ Como advierte GARCÍA VICENTE, J. R., «Tema 10: La contratación con consumidores», en *Tratado de Contratos* (dir. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Coord. S. QUICIOS MOLINA, N. MORALEJO IMBERNÓN), tomo II, Valencia, 2009, p. 1385 «no siempre será oportuno asignar el régimen generalmente admitido para la infracción de los requisitos formales (que cuando son imperativos será la “nulidad” del contrato) al incumplimiento de los deberes de información».

(AC 2002/1175) hacen recaer sobre el empresario propietario del taller la carga de probar la autorización del propietario del vehículo para que se realicen los trabajos de reparación. Además, en ausencia de pacto constatable documentalmente sobre el precio, el empresario carecerá de la potestad de fijar *a posteriori* y de manera unilateral el mismo. Su determinación sólo podrá efectuarse de manera objetiva por un perito independiente, en consonancia con lo dispuesto por los artículos 1273 y 1447 CC, que debe ser costeado a costa del contratista, de donde se desprende que el consumidor comitente puede oponerse al pago mientras el precio de la prestación no haya sido tasado de manera objetiva por falta del requisito de liquidez de la deuda, ya que las declaraciones *a posteriori* del empresario sobre el precio, efectuadas por ejemplo en la factura, carecerán de valor por ser manifestaciones unilaterales que no disponen de un refrendo contractual⁵.

1.3 La repercusión al consumidor de conceptos no incluidos en el precio

Una consecuencia que puede derivarse claramente del deber de informar al consumidor sobre el precio completo del artículo 60.2.b) TRLGDCU es la imposibilidad de imputar al comitente ningún tributo o gasto adicional no incluido en el precio, que no se hubiera plasmado claramente junto al mismo en el presupuesto o en el propio contrato. En este sentido, si no hubiera mención expresa sobre la inclusión o no del IVA en el precio, debe entenderse que la repercusión del impuesto ya está incluida en el precio final [*vid.* STS de 4 de enero de 1990 (RJA 1990/7)]⁶. Incluso, si a través de una cláusula no negociada se repercutiera de manera subrepticia un gasto adicional o tributo al consumidor, con el que no tuviera que contar a la vista de la información previa aportada sobre el precio, dicha cláusula podría considerarse abusiva *ex artículo* 82 TRLGDCU por alterar sorpresivamente el acuerdo previamente alcanzado sobre el precio. Tras la STJCE de 3 de junio de 2010 (TJUE 2010/162; Asunto C 484-08; Caja Madrid contra Ausbanc), no hay duda de que en el ordenamiento español pueden ser controladas las

⁵ En el ámbito de las reparaciones de vehículos a motor ante la ausencia de la prueba del precio por el propietario del taller mediante una tasación objetiva, las SAP de Asturias de 15 de septiembre de 1999 (AC 1999/1970) y SAP de Vizcaya 19 de abril de 1999 (1999/957) han llegado a dar preponderancia a la declaración del usuario sobre el precio que dijo que se le había comunicado verbalmente al dejar el vehículo.

⁶ Claramente dispone la SAP de Navarra de 18 de diciembre de 1993 (RJA 1993/2472) «que lo habitual es ofrecer al cliente unos precios ya afectados por el IVA, o en su caso indicar claramente la necesidad de repercutir sobre el precio propuesto el repetido impuesto».

cláusulas relativas al precio, si bien entendemos que dicho control debe limitarse a los casos en los que una cláusula no negociada altera de manera sorpresiva el precio, tal y como pudo legítimamente haber sido conocido por el consumidor a partir de la información proporcionada por el empresario⁷.

1.4 El incremento del precio por aumento de obra consentido por el consumidor

De acuerdo con el artículo 1593 CC, el principio de invariabilidad del precio en el contrato de obra tiene como excepción el aumento de obra –entendido ya sea como incremento de volumen o de calidad– que hubiese sido autorizado por el propietario. El Código Civil no impone ningún requisito de forma a la expresión de la autorización del comitente al aumento de obra. El Tribunal Supremo ha admitido en múltiples resoluciones que la autorización del comitente al aumento de obra puede producirse de manera tácita, presumiéndose incluso si el aumento de obra ha llegado a producirse con conocimiento del comitente sin oponerse a ella, puesto que si en las citadas hipótesis no se resarciera al contratista, el dueño de la obra se enriquecería injustamente [SSTS de 21 de junio de 1982 (RJA 1982/3435), 2 de diciembre de 1985 [RJA 1985/6196], 10 de junio de 1992 (RJA 1992/5117) y 22 de enero de 2004 (RJA 2004/206)]. Aun siendo el contratista un consumidor, la no formalización por escrito del acuerdo de novación de la cantidad o las calidades de la obra no debe implicar necesariamente la negación de la existencia de dicho acuerdo, salvo en aquellos casos excepcionales en los que una norma exija expresamente la autorización expresa del consumidor para acometer una obra inicialmente no prevista, como acontece en el ámbito de la reparación de vehículos a motor (art. 14.6 RD 1457/1986). Sin embargo, en ausencia de consentimiento escrito, la carga de la prueba de la autorización tácita del comitente al aumento de obra debe recaer sobre el empresario y en este sentido la condición de consumidor del comitente si es relevante, puesto que al no ser un experto es posible que no tenga constancia de ciertas modificaciones no evidentes de la obra respecto de lo que se había acordado, si no se le informa expresamente de ello⁸.

⁷ *Vid.*, en este sentido, CASTILLA CUBILLAS, M., en «Los límites de las facultades judiciales para la revisión por abusividad de las cláusulas de precio», *Derecho de los Negocios*, enero 2011, n.º 244.

⁸ A modo de ejemplo, la SAP de Soria de 16 de abril de 1998 (RJA 1998/870) consideró que no quedó probada la existencia de autorización previa del comitente a la reparación de unas averías que motivaron un incremento notable del precio inicialmente estipulado.

No puede considerarse un aumento de obra repercutible al comitente la alteración que respecto del proyecto inicial deba llevarse a cabo para la correcta realización de la obra proyectada que sea debida a una incorrecta ejecución de lo proyectado o a una falta de previsión del contratista. A modo de ejemplo, la STS de 10 de octubre de 2003 (RJA 2003/7237) consideró, en el caso concreto, que el aumento de obra producido por la mayor dimensión vertical que hubo de darse a los muros de cimentación para llegar a terreno firme, ni requería la autorización del comitente, ni se le podía repercutir en el precio, puesto que el mayor coste de ejecución de la obra fue imputable a un error de ejecución del propio contratista⁹.

1.5 Valoración de las cláusulas que permiten al contratista fijar el precio en el momento de la entrega

Según dispone el artículo 85.10 TRLGDCU son abusivas las cláusulas que prevean la estipulación del precio en el momento de la entrega, sin que existan razones objetivas y sin que se reconozca el derecho del consumidor a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente pactado¹⁰. El supuesto de hecho contemplado en esta norma debe contrastarse con las hipótesis muy frecuentes en el contrato de obra en las que la fijación del precio se posterga para el momento de la entrega de la obra, ya sea porque el precio se ha estipulado por el denominado sistema de administración o economía, ya sea porque el precio se determine por unidad de medida, no habiéndose calculado *a priori* las unidades de obra que se necesitan ejecutar, ya sea porque se haya fijado el precio por horas de trabajo. En este sentido, el enjuiciamiento con arreglo a los criterios previstos en el artículo 85.10 TRLGDCU de la validez de este tipo de procedimientos para el cálculo del precio, cuando el comitente sea un consumidor, no deja de causar una cierta insatisfacción.

Los dos requisitos establecidos por el artículo 85.10 TRLGDCU son perfectamente razonables en relación con el contrato de

⁹ De manera similar, la SAP de Las Palmas de 12 de septiembre de 2000 (RJA 2000/91295) consideró que la construcción de un muro de contención no resultaba repercutible al dueño en el precio, por cuanto era un trabajo necesario para la realización de la obra proyectada.

¹⁰ Una interpretación lógica del precepto lleva a considerar que la facultad de desistimiento ha de reconocerse al consumidor siempre que el precio estipulado en el momento de la entrega del bien resulte muy superior no a un precio inicialmente pactado, que por hipótesis no existe en el supuesto de hecho contemplado por la norma, sino al precio que legítimamente podía esperar, de acuerdo con circunstancias objetivas (el precio normal del mercado) o subjetivas (el precio al que ofertara el empresario los bienes o servicios en el momento de la celebración del contrato, o el que se desprendiera de la publicidad y los tratos preliminares).

compraventa, sobre todo la facultad de desistimiento que ha de conferirse al consumidor, pues ésta representa un punto de equilibrio entre el interés del comprador a no sentirse vinculado por un contrato en el que el precio resulta considerablemente superior al esperado y el interés del vendedor, al poder reintroducir el objeto de la compraventa frustrada en el mercado. Por la misma razón, los criterios expuestos son razonables cuando se trata de enjuiciar la validez de una cláusula de este tipo en contratos de obra en los que el objeto sea fácilmente reintroducible en el mercado, por ser un bien mueble producido con arreglo a modelos estandarizados.

Sin embargo, la atribución al comitente consumidor de un derecho de desistimiento en la hipótesis normal de un contrato de obra en la que la prestación no es material o funcionalmente restituible, implicaría un perjuicio irreparable para el contratista y eventualmente un enriquecimiento injusto para el consumidor: piénsese por ejemplo en el supuesto en el que se ha realizado una reparación sobre un bien mueble, en el encargo de un traje a medida o en la construcción o reforma de un inmueble. Por esta razón consideramos que en el contrato de obra, cuando el objeto de la prestación sea irrestituible, la atribución de un derecho de desistimiento al contratista en el momento de la entrega no es el criterio al que haya que atender preferentemente para valorar la licitud de este tipo de cláusulas.

Antes bien, el elemento clave al que ha de condicionarse la validez de una cláusula de este tipo es que la fijación del precio no quede al arbitrio del contratista, sino que dependa de factores ajenos a su ámbito de control, como el precio de los materiales o de la mano de obra, tal y como éste último quede fijado en convenios colectivos, o que se fije conforme a listados de precios elaborados por colegios profesionales. Es decir, la razón de la validez o de la nulidad de este tipo de cláusulas hay que buscarla en la interdicción de la arbitrariedad del artículo 1256 y en la fijación de unas bases que hagan innecesario un nuevo acuerdo entre los contratantes para la fijación futura del precio (art. 1273 CC), más que en la atribución al comitente de un derecho de desistimiento.

En este sentido, por el margen de arbitrariedad que confiere al contratista en la fijación del precio, puede plantear alguna duda la licitud de la cláusula que en contratos de obra con consumidores establezca la fijación del precio por horas, sin que al mismo tiempo se prevean mecanismos de control de la productividad del contratista o la fijación del precio por unidad de medida cuando se deja al arbitrio del contratista las unidades de medida que sean necesarias para completar la obra. En estos casos, la declaración de abusividad de la

cláusula debería afectar solamente al margen de arbitrariedad conferido al contratista en la determinación de las horas de trabajo o de las unidades de medida necesarias para completar la obra, pero no al precio estipulado por cada hora de trabajo o unidad de medida respectivamente. Siendo así, la nulidad de esta cláusula no debe comportar ni mucho menos la nulidad del contrato, que puede subsistir sin la misma ¹¹, sino únicamente el reconocimiento de la facultad del comitente de exigir la determinación por un perito independiente del número de horas o de las unidades de medida necesarias para realizar correctamente la obra, o lo que es lo mismo, la integración del contrato con lo previsto por los artículos 1273 y 1447 CC ¹².

1.6 Valoración de las cláusulas de revisión de precios

El principio de invariabilidad del precio del artículo 1593 CC es una norma dispositiva que admite la traslación de los riesgos del encarecimiento de la ejecución de la obra al contratista mediante un pacto de revisión de precios. Así, la STS de 30 de abril de 1980 (RJA 1980/1566) afirmó que el pacto de revisión de precios por aumento del coste de los materiales no tiene más limitaciones que las propias del principio de autonomía de la voluntad del artículo 1255 CC, cuando se convenga algo contra la ley, la moral o el orden público. Cuando el contratista es un consumidor y el contrato de obra es de adhesión, también el artículo 85.10 TRLGDCU, dispone que son abusivas «Las cláusulas que otorguen al empresario la facultad de aumentar el precio final sobre el convenido..., sin que existan razones objetivas y sin reconocer al consumidor y usuario el derecho a resolver el contrato si el precio final resulta muy superior al inicialmente estipulado».

Como expresamente dispone el mismo artículo 85.10 TRLGDCU, lo previsto en el precepto no será de aplicación a las cláusulas que prevean la adaptación de precios a un índice que sea legal, siempre que en el contrato se describa explícitamente el modo de varia-

¹¹ Recordemos que el artículo 9.2 de la Ley 7/1998, sobre Condiciones Generales de la Contratación sólo considera que la declaración de nulidad de una cláusula comporte la nulidad total del contrato, de manera excepcional, en los supuestos en que la declaración de abusividad afectara a uno de los elementos esenciales en los términos del artículo 1261 CC y no es lo que ocurre en este caso en el que no se declara nula la cuantía del precio por cada hora o unidad de medida, sino la arbitrariedad del contratista en su determinación.

¹² En sede jurisdiccional no se plantea el supuesto de fijación del precio por horas en términos de validez o nulidad del contrato, sino que se reconduce la cuestión a la prueba a cargo del comitente de la baja productividad del trabajo desempeñado por el contratista para reducir su facturación, sin que se admita como prueba en este sentido el informe de la dirección facultativa de la obra [*vid.* SAP de Baleares de 22 de febrero de 2005 (RJA 2005/93815)], si bien conviene tener en cuenta que en el caso enjuiciado el comitente era un empresario, por lo que a él le incumbe la carga de la prueba.

ción del precio. Nada que objetar por lo tanto a las cláusulas que establezcan una revisión de precios por remisión al Índice de Precios al Consumo o a otros índices legales, como aquellos a los que se refieren para los contratos de las administraciones públicas –pero perfectamente aplicables mediante pacto a la contratación privada– los artículos 89 a 94 del texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Real Decreto Legislativo 3/2011)¹³.

Incluso las cláusulas que establezcan una revisión de precios por remisión a las variaciones experimentadas por índices que no sean legales pueden ser lícitas, si los índices resultan objetivos, es decir, si en los mismos no puede influir el empresario contratista, como acontece en el caso de la actualización por remisión al índice básico de costes de la construcción elaborado por la Confederación Nacional de Construcción o a los índices de tarifas o de honorarios elaborados por asociaciones empresariales o colegios profesionales, en la medida, claro está, que el profesional o empresario en cuestión no pueda influir en la evolución de tales tarifas. Pese a ello, las cláusulas de revisión de precios por remisión a índices objetivos sean legales o no, pueden resultar abusivas *ex* artículo 82 TRLGDCU si el ajuste de precios se prevé sólo al alza y no a la baja o si se prevé que el ajuste de precios sea aplicable al precio total de la obra y no solamente a la parte cuya ejecución se haya visto afectada por un incremento de los precios¹⁴.

Por lo que respecta al resto de cláusulas que prevean la posibilidad de incrementar el precio al margen de la remisión a índices de referencia objetivos, tampoco parece que en este caso ayude mucho la literalidad del artículo 85.10 TRLGDCU, puesto que al igual que ocurre con las cláusulas que prevén la fijación del precio en el momento de la entrega, la atribución de una facultad resolutoria al contratista en caso de que el precio final sea muy superior al inicialmente pactado no puede considerarse el criterio clave para enjuiciar la validez de esta cláusula en el contrato de obra, sino que este criterio ha de ser más bien la ajenidad al ámbito de control del contratista de los incrementos de los costes de ejecución y la imposibilidad de prever el acaecimiento de estos incrementos con una planificación diligente en el momento de la elaboración del contrato. En este sentido, puede considerarse abusiva, la cláusula que prevea la posibilidad de incrementar el precio por los mayores costes de ejecución debidos en general «a razones técnicas» que acontez-

¹³ En particular, las fórmulas de revisión aprobadas para cada tipo de contrato por el Consejo de Ministros previo informe de la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado.

¹⁴ MARTÍNEZ MAS, F., *La terminación, entrega, recepción y liquidación en el contrato de obra de edificios*, Madrid, 2001, pp. 210 y 211.

can durante la ejecución de la obra, sin especificarse si estas razones técnicas son imputables o no al contratista o si pudieron o no ser previstas por aquél.

La consecuencia de la declaración de abusividad de una cláusula de revisión de precios no será la nulidad total del contrato, ya que por existir un precio inicial, el contrato puede subsistir perfectamente sin dicha cláusula, sino simplemente la inexigibilidad del incremento del precio previsto.

1.7 El momento del pago del precio

Dispone el artículo 1599 Código Civil que «si no hubiere pacto o costumbre en contrario, el precio de la obra deberá pagarse al hacerse la entrega». Lógicamente, como además pone de manifiesto el propio artículo 1592 CC, nada impide que se pacten pagos y entregas parciales. En este sentido, se ha afirmado que el principio de «pago por servicio hecho» se ha flexibilizado en el sentido de que los contratos de resultado ya no lo son de resultado total, sino de resultados parciales, susceptibles de ser medidos y abonados separadamente¹⁵.

Pese a la literalidad del precepto, el momento en el cual surge la obligación de pagar el precio en ausencia de pacto no es el de la entrega propiamente dicha, sino el de la recepción de la obra, tras haberse verificado por el comitente la conformidad de la misma con las cláusulas del contrato y las reglas del arte¹⁶. El pago simultáneo del precio a la recepción de la obra, ya sea total o parcial, es una consecuencia del principio sinalagmático de los contratos y además constituye una garantía para el consumidor, que en caso de disconformidad con lo ejecutado puede negarse a pagar el precio haciendo ejercicio de la excepción de incumplimiento contractual¹⁷. Una cláusula que impusiera un pago anticipado podría ser

¹⁵ ORTEGA DOMÉNECH, J., *El contrato de obra en la Jurisprudencia*, Madrid, 2007, p. 233. En esa misma obra se cita la STS de 7 de octubre de 1964 en la que se reconoce que la fijación del precio por unidad de medida no debe reconocerse sólo en aquellos supuestos en los que la labor efectuada consista en una extensión meramente longitudinal y cubicable de naturaleza homogénea, sino que es predicable también de los contratos de obra que tengan por objeto construcciones integradas por factores «ansiómeros», cuando las partes así lo hayan pactado.

¹⁶ Así lo han puesto de manifiesto CABANILLAS SÁNCHEZ, A., «La recepción de la obra», *ADC*, abril-junio, 1978, pp. 308 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, J., *El contrato de obra. Su cumplimiento*, Madrid, 1978, y más recientemente LINARES NOCI, R., *El contrato de ejecución de obra de bienes muebles en el Código Civil*, Madrid, 2001, pp. 87 a 90, y MARTÍNEZ MAS, F., *op. cit.*, p. 181.

¹⁷ Al respecto señala GARCÍA CONESA, A., *Derecho de la construcción*, Barcelona, 1996, p. 180, que el pago contra la aceptación de la obra evita tener que reclamar lo indebidamente pagado, «o sea, cosa primero y precio a continuación».

considerada abusiva por privar al consumidor de la garantía natural que representa la posibilidad de oponerse al pago del precio en caso de incumplimiento del contratista. Sin embargo, una cláusula de este tipo puede ser válida atendiendo al resto de cláusulas del contrato (art. 82.3 TRLGDCU) si el contratista compensara este riesgo con el establecimiento de alguna garantía a favor del consumidor para el caso de incumplimiento total, parcial o defectuoso. Así lo puso de manifiesto la Jurisprudencia del TJCE en la sentencia de 4 de abril de 2004 (Asunto C-237/02 *Freiburger Kommunalbauten vs Ludger y Ulrike Hofstetter*) que consideró válida una cláusula que obligaba al comprador a pagar anticipadamente el precio en un contrato de obra, porque el contratista había constituido una fianza suficiente para garantizar todas las pretensiones económicas a las que pudiera tener derecho el comitente en caso de incumplimiento total, parcial o defectuoso de su obligación.

2. LAS GARANTÍAS Y ACCIONES DEL COMITENTE CONSUMIDOR FRENTE AL CONTRATISTA

2.1 **La insuficiencia de los remedios generales del derecho de contratos**

El régimen del incumplimiento del contrato de obra en el ordenamiento español es incompleto, confuso y desordenado comparado con el sistema de garantías previsto en los § 631 a 651 del BGB, que define el vicio en sentido material y jurídico, contiene un catálogo ordenado de las acciones a disposición del comitente y de los requisitos para poder ejercitar cada una de ellas y fija unos plazos para el ejercicio de dichas acciones. Nada de eso hay en derecho español, donde en ausencia de un régimen legal específico del incumplimiento en el contrato de obra están a disposición del comitente las acciones de saneamiento por vicio oculto de la cosa (arts. 1484 a 1490 por analogía) y las acciones generales frente al incumplimiento del artículo 1124 CC, sin que ni legal, ni doctrinal, ni jurisprudencialmente se hayan establecido con suficiente claridad la distinción entre los distintos conceptos (vicio, *aliud*, defecto de calidad, ejecución incompleta, defectuosa o imperfecta, etc) que hacen actuar un tipo de responsabilidad u otra. Además, ni los remedios previstos en caso de vicio oculto (desistimiento o rebaja del precio) ni los previstos en caso de incumplimiento *strictu sensu*

(cumplimiento o resolución) son siempre adecuados para el comitente¹⁸.

No se contempla en nuestro régimen general de remedios frente al incumplimiento, por ejemplo, la posibilidad de exigir directamente el cumplimiento por equivalente económico, ante la negativa del contratista a cumplir en forma específica, mediante la traslación a éste de los gastos derivados de la correcta ejecución de la obra efectuada por un tercero, posibilidad ésta que en nuestro ordenamiento jurídico queda postergada a la fase de ejecución de la sentencia que ordena el cumplimiento y con carácter subsidiario al cumplimiento *in natura* (art. 706 LEC), siendo así que la ejecución por tercero a costa del contratista en ese momento procesal no satisface el interés del comitente cuando la correcta realización de la obra sea urgente¹⁹. Por otra parte, la dualidad de acciones previstas en caso de incumplimiento (cumplimiento o resolución) excluye la opción de la rebaja del precio, cuando éste podría ser el remedio más adecuado en casos de ejecución incorrecta cuando el defecto no fuera esencial y el cumplimiento conforme no se pudiera llevar a cabo por el contratista sin incurrir en gastos desproporcionados²⁰.

Por su parte, la Ley 38/1999, de 5 de noviembre, de Ordenación de la Edificación, contiene en su artículo 17 un régimen de garantías y responsabilidades de los distintos agentes de la edificación, que está limitado a los defectos estructurales, de habitabilidad o de ejecución, entendidos éstos en el sentido estricto en que vienen tipificados en la propia ley y en la normativa técnica de la edificación, quedando fuera de este régimen de garantías los defectos de calidad, es decir, los casos de ejecución inexacta de la prestación

¹⁸ Al respecto, más ampliamente, *vid.* los trabajos en este mismo número de ALBIEZ DOHRMANN, K. J., *Los sistemas de responsabilidad por defectos o vicios en el contrato de obra en el ordenamiento jurídico español*, y SENDMEYER, S., *La responsabilidad por vicios en el contrato de obra del Derecho alemán*.

¹⁹ No obstante, la jurisprudencia ha paliado esta ausencia admitiendo la reclamación directa del cumplimiento por equivalente económico, con tal de que se cumplan dos requisitos: que se haya dado al contratista la posibilidad de cumplir en forma específica mediante un requerimiento y que la correcta ejecución de la obra sea urgente [*vid.* STS de 27 de noviembre de 2007 (RJA 2007/8425) y STS de 7 de mayo de 2002 (RJA 2002/3678)].

²⁰ El artículo 1192.2 de la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (elaborado por la Comisión General de Codificación, disponible en <http://www.mjusticia.gob.es>, Boletín de Información enero de 2009) dispone que es in exigible el cumplimiento en las obligaciones no dinerarias cuando «el cumplimiento, o en su caso, la ejecución forzosa resulten excesivamente onerosas para el deudor», en cuyo caso las opciones disponibles para el acreedor serán la resolución, si procede, o la reducción del precio (art. 1190). De manera similar, la STS de 24 de septiembre de 2004 (RJA 2004/6179), en un supuesto en el que se reclamaba la reparación de ciertos defectos constructivos, señala que no incurre en incongruencia la sentencia que condena a una indemnización, sustitutoria del cumplimiento *in natura* solicitado por el demandante, cuando éste deviene imposible.

conforme a lo pactado, que estarán sujetos a las reglas generales de incumplimiento de las obligaciones contractuales.

En el ámbito específico de los contratos de obra con consumidores, nada puede deducirse del artículo 21.1 TRLGDCU (que reproduce el contenido del derogado artículo 11.1 LGDCU)²¹. Esta norma no diseña ni mucho menos un régimen de garantías general para los contratos con consumidores que pudiera resultar de aplicación al contrato de obra. No es más que un precepto programático del que no se pueden deducir pretensiones concretas, sino que reclama un desarrollo legislativo posterior, como el que ha habido en relación con la conformidad de la venta de bienes de consumo²².

En algunas ocasiones, sobre todo cuando el objeto del contrato de obra es una obligación de hacer, ante la ausencia de un régimen específico de garantías se ha anudado la responsabilidad del contratista al régimen de responsabilidad por servicios de los artículos 25 a 28 de la derogada Ley 26/1984 General de Defensa de Consumidores y Usuarios (actuales arts. 147 a 149 TRLGDCU), buscando con ello el comitente beneficiarse de la inversión de la carga de la prueba y de la acentuación de la diligencia exigible al prestador de servicios previstas en el artículo 26 LGDCU o incluso del régimen de responsabilidad objetiva previsto en el artículo 28 LGDCU para determinados servicios, entre ellos, los de reparación de automóviles²³. Este enfoque no es admisible, puesto que el objeto del régimen de responsabilidad de los derogados artículos 25 a 28 LGDCU y de los actuales artículos 147 a 149 TRLGDCU no son los problemas de falta de conformidad del servicio con las exigencias del contrato, sino la indemnización de los daños personales, incluida la muerte, y de los daños materiales en bienes destinados al consumo privado, causados por la falta de seguridad de los servicios. Ninguna duda puede existir actualmente al respecto, puesto que el artículo 128 TRLGDCU dis-

²¹ Según el cual «El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidad de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, deberá permitir que el consumidor y usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del bien o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación ofrecidos, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del bien o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso».

²² Señala PARRA LUCÁN, M. A. «Comentario al artículo 21 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. S. Cámara Lapuente), Madrid, 2011, p. 289, que se trata de un precepto vago e indeterminado, que desde la promulgación de la LGDCU en 1984 no ha tenido aplicación jurisprudencial alguna.

²³ Por ejemplo, la SAP de Madrid de 26 de febrero de 2010 (JUR 2010/928) relativa al incumplimiento del contrato de enseñanza que prometía la homologación universitaria del título expedido, la SAP de Valencia de 6 de junio de 2008 (JUR 2008/302500) en relación con la no consecución del resultado prometido por un tratamiento de alopecia y la SAP de Valencia de 27 de marzo de 2009 (JUR 2009/984) respecto a la reparación de un automóvil.

pone que las acciones de responsabilidad por productos o servicios defectuosos son compatibles con las acciones contractuales derivadas de la falta de conformidad de los bienes y servicios y si unas y otras acciones son compatibles es porque se refieren a ámbitos distintos: el de la seguridad de los servicios en un caso y el de la conformidad del servicio con el contrato en otro, aunque eventualmente puedan confluir uno y otro en un mismo supuesto. Cuando la falta de conformidad de un servicio fuese a su vez determinante de un defecto de seguridad, por ejemplo, la incorrecta instalación del suministro de gas, en virtud de la compatibilidad a la que alude el artículo 128 TRLGDCU resultaría de aplicación el régimen de responsabilidad por servicios defectuosos para dar cobertura a los daños personales y materiales previstos en el artículo 129 TRLGDCU con las acciones de responsabilidad por incumplimiento contractual para suplir los defectos de conformidad de la instalación.

2.2 El régimen de garantías en el contrato de obra consistente en la producción o fabricación de bienes muebles

Un importante grupo de contratos de obra con consumidores pueden eludir el desconcierto que genera la ausencia en nuestro derecho general de contratos de un régimen de garantías específico para el contrato de obra al resultarles de aplicación el régimen de garantías de la venta de bienes de consumo, en virtud de lo dispuesto por el artículo 115.1 TRLGDCU, según el cual, dicho régimen es de aplicación también «a los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse». Este precepto es resultado de la transposición del apartado 4 del artículo 1 de la Directiva 99/44 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, en virtud del cual, «Los contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse también se considerarán contratos de compraventa a efectos de la presente Directiva». A pesar de que los términos empleados en la versión española de la directiva y en particular la referencia «a los contratos de suministro» pudiera llamar a equívocos sobre el alcance de la norma comunitaria, su correcto entendimiento lleva a considerar que el legislador comunitario no emplea aquí el término «suministro» en su acepción tradicional (como entrega de productos de manera reiterada, periódica y diferida en el tiempo) sino simplemente como sinónimo de entrega²⁴, de donde se desprende

²⁴ Sobre la explicación del significado del término «suministro» en la norma comentada, *vid.* MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 115 TRLGDCU», en

que su sentido es hacer extensible el régimen de las garantías de venta de bienes de consumo a contratos de obra que tengan por objeto la fabricación de un producto; esto es, de un bien mueble apropiable y transportable (según la definición de producto del art. 6 TRLGDCU y su remisión al art. 335 CC), por ejemplo, la realización de un traje o de un mueble a medida o la fabricación de material ortopédico o sanitario individualizado (prótesis, implantes dentales o estéticos, etc.). La doctrina considera acertada esta asimilación, pues no hay razones para que la garantía asociada a bienes que han de producirse por encargo del consumidor a medida sea diferente de la que acompaña a los productos previamente fabricados²⁵.

Esta norma de origen comunitario avanza en la progresiva equiparación entre el contrato de compraventa y el contrato de obra que tenga por objeto la elaboración de bienes muebles, ya apuntada en el Convenio de Viena de 1980 sobre Compraventa Internacional de Mercaderías²⁶, haciendo irrelevante en el ámbito de la contratación con consumidores la distinción tradicional entre uno y otro tipo de contratos en función de que los materiales necesarios para la realización de una cosa fuesen aportados por el cliente (en cuyo caso sería contrato de obra mueble) o de que se considerase como la prestación principal en cada caso la entrega de un bien (compraventa) o la realización del mismo (contrato de obra mueble)²⁷. Así, por ejemplo, en el caso enjuiciado por la SAP de Murcia de 7 de julio de 2009 (RJA 2009/382453), no fue necesario calificar el contrato que tenía por objeto la entrega de una cabina de hidroma-

Comentarios al Texto Refundido Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias» (coord. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.), Pamplona, 2009, p. 1422.

²⁵ GÓMEZ POMAR, F., «Directiva 1999/44 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica», *Indret*, 2001, y TORRELLES TORREA, E., «Comentario artículo 115 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de Consumidores* (dir. Cámara Lapuente, S.), Madrid, 2011, p. 1065.

²⁶ El artículo 3.1 de la Convención de las Naciones Unidas sobre Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías (Convenio de Viena) considera contratos de compraventa «los contratos de suministro de mercaderías que hayan de ser manufacturadas o producidas, a menos que la parte que las encargue asuma la obligación de proporcionar una parte sustancial de los materiales necesarios para esa manufactura o producción».

²⁷ Una explicación de esta progresiva absorción del contrato de obra mueble por el contrato de compraventa se encuentra en el trabajo de PERALES VISCASILLAS, M. P., «Hacia un nuevo concepto del contrato de compraventa: desde la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercancías hasta y después de la Directiva 1999/44/CE sobre garantías en la venta de bienes de consumo». *Actualidad Civil*, 2003, n.º 47. En síntesis, concluye esta autora, que recientes reformas legislativas nacionales (fundamentalmente la reforma del § 651 BGB en 2002) y sobre todo la Directiva 99/44 han superado incluso el concepto expansivo del contrato de compraventa contenido en el artículo 3.1 del Convenio de Viena, de tal manera que en dichos textos es contrato de compraventa incluso aquél en el que el vendedor se compromete a fabricar o producir un bien mueble con materiales proporcionados por el comprador.

saje fabricada con arreglo a especificaciones propias del consumidor como contrato de compraventa o de obra, porque en cualquier caso, en virtud del artículo 115.1 TRLGDCU el régimen aplicable a la falta de conformidad sería el de la compraventa de bienes de consumo.

2.2.1 ÁMBITO DE APLICACIÓN

Al referirse el artículo 115.1 TRLGDCU a los *contratos de suministro (o entrega) de productos que hayan de producirse o fabricarse* queda claro, en primer lugar, que los contratos de obra que consistan en un mero hacer que no vaya acompañado de una obligación de entrega, como los que tienen por objeto la reparación de un bien, quedan fuera de este régimen de garantías²⁸. Teniendo en cuenta además que el artículo 6 TRLGDCU equipara el concepto de producto al de bien mueble en los términos definidos por el artículo 335 CC, se aplicará el régimen de garantías de la venta de bienes de consumo a los contratos de obra que tengan por objeto la fabricación o producción de un bien susceptible de apropiación y que se pueda trasladar de un lugar a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a la que estuvieran unidos.

En este sentido, la SAP de Cantabria de 18 de julio de 2005 (JUR 2005/198986) no aplicó el régimen de las garantías de la venta de bienes de consumo al supuesto de la construcción e instalación de una escalera de madera por un ebanista que se derrumbó por un defecto de los largueros. La citada resolución resolvió con un fundamento erróneo pues en el caso la causa de la exclusión del régimen de garantías de la venta de bienes de consumo fue la estimación de que el objeto de la prestación iba «más allá del intercambio de precio por cosa», esto es, más allá del contrato de compraventa, cuando la ratio decidendi debió haberse centrado en la cuestión de si el bien fabricado era o no mueble en el sentido de trasladable sin menoscabo del inmueble al que estuviera unido, siendo indiferente que la calificación del contrato fuera de compraventa o de obra. Por el contrario, en el caso resuelto por la SAP de Cádiz de 26 de enero de 2007 (JUR 2007/156831) se aplicó el régimen de garantías de la venta de bienes de consumo al contrato de obra consistente en la fabricación de varios muebles, entre ellos, un armario empotrado, sin que se suscitaran dudas respecto de la apli-

²⁸ TORRELLES TORREA, E., «Comentario artículo 115 TRLGDCU», *op. cit.*, pp. 1069 y 1070, considera que el régimen de garantías está pensado para las obligaciones de dar y la problemática con las obligaciones de hacer se debería resolver a través de las reglas generales de la responsabilidad contractual.

cación a este último bien de este régimen de garantías, cuando es más que discutible que un armario empotrado pueda trasladarse sin menoscabo del bien inmueble al que se encuentra incorporado²⁹.

Puede resultar problemática la inclusión en el régimen de garantías de la venta de bienes de consumo de los contratos de obra que tengan por objeto la realización de un programa informático. Tal y como ha sostenido Cavanillas, el artículo 115.1 TRLGDCU, a diferencia del precedente artículo 1 de la Ley 23/2003, de Garantías de la Venta de Bienes de Consumo, prescinde del requisito de la *corporeidad*, lo que puede contribuir a reforzar la consideración de que están sujetos a dicho régimen de garantías los archivos informáticos (con independencia de si tienen o no soporte físico), pues, aunque sean incorporeales, son apropiables y transportables y, por ello, calificables como muebles y, por ende, como productos³⁰. No obstante, en el ámbito del contrato de obra, hay que tener en cuenta que difícilmente se encargará la producción de un programa informático al margen de una actividad empresarial o profesional, esto es, por un consumidor.

Conviene recordar que en virtud de lo dispuesto por el artículo 116.2 TRLGDCU está sujeta también al régimen de garantías de la venta de bienes de consumo la actividad de resultado consistente en la instalación de un producto incluida en el contrato de compraventa o suministro a los que se refiere el artículo 115.1 TRLGDCU cuando haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad.

2.2.2 FALTA DE CONFORMIDAD

El propio objeto del contrato de obra de bienes muebles, consistente en la entrega de un bien que no tiene existencia previa y que ha de producirse o fabricarse con arreglo a un encargo efectuado por el consumidor, determina que en el juicio de conformidad del bien con las exigencias del contrato alcancen un papel preponderante alguno

²⁹ La cuestión remite a la siempre problemática fijación de la línea divisoria entre la incorporación de un mueble a un inmueble y la mera unión a aquellos de bienes muebles dotados de movilidad, sin que exista en sede jurisdiccional un criterio claro que permita considerar por ejemplo si son bienes muebles ciertos productos dotados de autonomía pero incorporados a un inmueble como inodoros, lavabos, bañeras, calderas, etc.. La cuestión de la aplicación a estos bienes del régimen de garantías de la venta de bienes de consumo ha sido tratada, aunque sin dejar de manifestar sus dudas al respecto, por AVILÉS GARCÍA, J., en *Tratado de Contratos* (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R., coord. Moralejo Imbernón, N., Quicios Molina, S.), Valencia, 2009, Cap. 12 «Contratos con finalidad traslativa del dominio», pp. 1854 y 1855.

³⁰ CAVANILLAS MÚGICA, S., «El Real Decreto Legislativo 1/2007, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias», *Aranzadi Civil*, 1/2008 BIB 2008/24.

de los criterios previstos en el artículo 116.1 TRLGDCU. Así resultará de gran importancia la conformidad del bien producido con la muestra o modelo presentada por el vendedor [art. 116.1.a) TRLGDCU], al ser ésta la principal referencia de la que dispondrá el consumidor sobre las cualidades del producto. Como ejemplo, la SAP de Madrid de 4 de mayo de 2007 (JUR 2007/210736) no estimó que existiera falta de conformidad por no haberse empleado en la fabricación de un dormitorio juvenil madera tipo Wengue maciza (aunque en el caso si hubiera falta de conformidad por otros defectos), dado que el consumidor pudo contemplar en el establecimiento del vendedor un mueble de las mismas características y advertir allí que el mueble que encargaba no era de dicha calidad. La SAP de Burgos de 26 de diciembre de 2007 (JUR 2008/100754) si apreció que existía falta de conformidad con la muestra, en este caso, contenida en un catálogo, en el caso de un contrato consistente en la fabricación e instalación de una cocina, por los defectos estéticos producidos al montarse un fregadero sobre una encimera con las esquinas redondeadas en lugar de angulares. No obstante en la valoración de la conformidad del producto con las exigencias del contrato, por encima de las cualidades del producto presentadas en forma de muestra prevalecerán las advertencias que haya efectuado el propio vendedor al consumidor sobre la posible divergencia de alguna de estas cualidades en el producto a fabricar, como ha puesto de manifiesto la SAP de Asturias de 28 de octubre de 2008 (JUR 2009/105961) en relación también con un supuesto de compraventa de un mueble de madera, en el que resultó acreditado que el vendedor informó al consumidor de la posible diferencia entre el color de la muestra y el color del mueble fabricado, ya que no todas las piezas de madera natural, aunque sean de la misma calidad y especie, pueden tener el mismo tono.

Igualmente, el criterio de la aptitud del producto para cualquier uso especial requerido por el consumidor que haya sido corroborado por el vendedor [art. 116.1.c)] es más relevante en la valoración del juicio de conformidad cuando los productos hayan de producirse o fabricarse por encargo del consumidor³¹. Son escasos, no obstante, los casos en los que el criterio de la acomodación del bien con la utilización subjetiva prevista por el consumidor ha sido determinante en sede jurisdiccional para valorar la conformidad del bien que ha de producirse o fabricarse, seguramente por la dificultad de probar que el consumidor puso en conocimiento del ven-

³¹ Como ha señalado ORTÍ VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Granada, 2002, p. 65, este criterio es más habitual en los contratos de obra que en los contratos de compraventa.

dedor sus expectativas sobre el uso del producto y que éste corroboró su aptitud para tal uso. Un ejemplo es el de la SAP de Zaragoza de 24 de noviembre de 2007 (JUR 2008/57817) en la que se dio veracidad al testimonio de un acompañante de la compradora que certificó que en el momento de la venta aquélla exigió que un sofá reuniera unas determinadas características.

Por lo que respecta a los criterios de conformidad objetivos, esto es, la valoración de la aptitud del bien para los usos a que ordinariamente se destina [116.1.b)] y la calidad y prestaciones habituales que se pueda fundadamente esperar de acuerdo con su naturaleza [116.1.d)], el defecto de conformidad puede derivar de una defectuosa ejecución de la fabricación del producto o de la falta idoneidad de los materiales empleados, teniéndose en consideración para fijar el estándar de calidad al que haya de sujetarse el bien, entre otros factores, el precio o la gama a la que pertenece el producto que se encarga [SAP de Cádiz de 26 de enero de 2007 (JUR 2007/156831)]. En relación con la utilización de materiales no idóneos, no habrá defecto de calidad si los mismos fueron proporcionados por el consumidor (art. 116.3 TRLGDCU), salvo, claro está, que los mismos fuesen adquiridos siguiendo indicaciones del contratista o que su falta de idoneidad tuviera que ser percibida por un profesional diligente en el momento de su entrega o en el curso de sus trabajos³².

2.2.3 DERECHOS DEL CONSUMIDOR COMITENTE ANTE LA FALTA DE CONFORMIDAD

Si el consumidor acredita que el producto fabricado o producido adolece de una falta de conformidad dentro del periodo de dos años de garantía (art. 123 TRLGDCU, con la importante presunción que juega a su favor en los seis primeros meses desde la entrega del producto) tendrá a su disposición el catálogo de acciones o remedios previstos en el artículo 118 TRLGDCU.

Las acciones a disposición del consumidor en caso de falta de conformidad expresan una preferencia por las formas de cumplimiento *in natura* y por la conservación del contrato. Así, en primer lugar podrá optar el consumidor entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada y sólo subsidiaria-

³² Tal y como sostiene MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 116 TRLGDCU», *op. cit.*, pp. 1469 y 1470, en estos casos se impone al vendedor la carga de comunicar al consumidor la existencia de los defectos en los materiales y si no lo hiciera no podrá invocar en su favor el artículo 116.3 TRLGDCU para exonerarse de responsabilidad.

mente, cuando la reparación o la sustitución no fueran posibles, no se hubieran llevado a cabo por el vendedor en plazo razonable o no logran poner al producto en conformidad con el contrato puede el consumidor exigir una rebaja del precio o la resolución del contrato y esta última sólo en el caso de que la falta de conformidad fuese grave [art. 120.d) y f) y 121 TRLGDCU].

Respecto a los remedios o acciones de primer grado, esto es, la reparación o la sustitución, en principio el artículo 119 TRLGDCU confiere al consumidor la posibilidad de optar por una u otra, pero dicha facultad de elección se excluye en caso de que una de las dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada, lo que puede ocurrir con frecuencia en relación a la sustitución cuando el objeto del contrato sea la entrega de un bien mueble que haya de producirse o fabricarse. La sustitución será objetivamente imposible cuando se trate de bienes no fungibles [art. 120.g) TRLGDCU] entendidos éstos como aquellos que no son sustituibles por otros de la misma especie y calidad. Del mismo modo, cuando la falta de conformidad tiene lugar en un bien mueble producido o fabricado por encargo del consumidor, la sustitución por otro bien que deba producirse o fabricarse expresamente puede resultar desproporcionada por imponer al vendedor costes que no sean razonables teniendo en cuenta –como exige el art. 119.2 TRLGDCU– el valor del producto, la relevancia de la falta de conformidad y la posibilidad de satisfacer el interés del consumidor sin mayores inconvenientes mediante la reparación. Así la SAP de Madrid de 17 de enero de 2007 (JUR 2007/158981) consideró que la sustitución de un sofá por otro por la falta de relleno en un reposabrazos era desproporcionada, por lo que el derecho del consumidor a la conformidad del bien debería restablecerse mediante su reparación.

Puede ocurrir incluso que tratándose de bienes muebles que se hayan producido o fabricado por encargo del consumidor, ambas formas de reparación *in natura* sean objetivamente imposibles o desproporcionadas. El contrato de obra consistente en la fabricación e instalación de mobiliario de cocina es buena muestra de ello, cuando la reparación o sustitución de algún elemento no conforme por un defecto meramente estético no funcional implique costes desproporcionados, ya sea por imponer la fabricación de nuevo del bien [SAP de Granada de 9 de marzo de 2007 (JUR 2008/27329)] en relación con el defecto de conformidad consistente en la falta de alineación de los muebles que cierran un ángulo de la cocina cuya rectificación obligaría a fabricar muebles nuevos) o por afectar a elementos más costosos del mobiliario que no adolecen de falta de conformidad [SAP de Burgos de 26

de diciembre de 2007 (JUR 2008/100754)] en relación a la defectuosa colocación de un fregadero cuya reparación o sustitución supondría la sustitución completa de la encimera sobre la que estaba encastrado). En estos casos, la única opción disponible para el consumidor para restablecer su interés es una reducción del precio que compense el defecto estético provocado por la falta de conformidad.

Entre los remedios que el artículo 118 TRLGDCU pone a disposición del consumidor en caso de falta de conformidad no se contempla la opción de exigir al vendedor el cumplimiento por equivalente económico, trasladándole los costes de la reparación efectuada por un tercero. Este remedio podría resultar muy útil para el consumidor en caso de que la reparación del bien producido o fabricado no pudiera demorarse por razones de necesidad y el vendedor hubiese incumplido su obligación primaria de reparar o sustituir el objeto. En sede jurisdiccional se admite este remedio, de manera subsidiaria, esto es siempre que el consumidor acredite que ha exigido sin éxito la reparación o la sustitución al vendedor³³. Algunas veces, la opción del cumplimiento por equivalente económico se ha articulado a través del remedio de segundo grado de la rebaja del precio haciendo una interpretación flexible del mismo [SAP de Madrid de 28 de noviembre de 2006 (AC 2007/712) y SAP de Ávila de 18 de julio de 2007 (AC 2007/2087)] en ambos casos, ante la negativa del concesionario vendedor a reparar un automóvil). Sin embargo conviene tener presente que la forma de calcular la rebaja del precio viene prefijada por el artículo 122 TRLGDCU a partir de la diferencia existente entre el valor del producto de haber sido conforme con el contrato y el valor del producto efectivamente entregado, lo que siendo rigurosos no casa bien con una forma de satisfacción del interés del consumidor consistente en trasladar al vendedor los costes de la reparación con un tercero. Más correcta nos parece la articulación de la acción de cumplimiento por equivalente económico contra el vendedor que se niegue a la reparación o a la sustitución del bien no conforme, por la vía de la indemnización de daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad, de acuerdo con el artículo 117.2 TRLGDCU [SAP de Málaga de 12 de febrero de 2009 (AC 2008/735)].

³³ AVILÉS GARCÍA, J., en *Tratado de Contratos*, op. cit., p. 1879, considera que pese al silencio del legislador, no se observa ninguna razón para negar al consumidor la facultad de encargar la reparación o sustitución a un tercero, si bien la condiciona a «la necesidad del consumidor de volver a disponer de los bienes defectuosos en buen estado, dentro de un plazo que le fuera imposible cumplir al vendedor».

2.2.4 COMPATIBILIDAD CON OTRAS ACCIONES

El artículo 117.1 TRLGDCU señala que el ejercicio de las acciones por falta de conformidad es incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa. La falta de claridad de este precepto ha provocado distintas dudas interpretativas. Por un lado, se suscita la duda de si al referirse el precepto a la incompatibilidad del *ejercicio de acciones*, ello implica únicamente una incompatibilidad procesal en el sentido de que no se puedan ejercer simultáneamente en un mismo procedimiento ambas acciones pero se puede optar por ejercer una u otras o si, por el contrario, la incompatibilidad debe entenderse en un sentido más amplio, como un desplazamiento del régimen de saneamiento por vicios ocultos del Código Civil por el régimen de la falta de conformidad de los artículos 114 y ss. TRLGDCU para los productos incluidos en su ámbito de aplicación, de manera que el consumidor no tiene la opción de optar por uno u otro régimen. Por otra parte, se plantea si las acciones excluidas son estrictamente las acciones de saneamiento por defectos ocultos de los artículos 1484 y ss. CC, o si en un sentido más amplio, para los productos abarcados en el ámbito de aplicación del régimen de conformidad de los artículos 114 y ss. TRLGDCU se excluyen también las acciones generales de incumplimiento de las obligaciones del artículo 1124 CC.

En la doctrina, prevalece la tesis de la absoluta incompatibilidad del régimen de la falta de conformidad de los artículos 114 y ss. TRLGDCU con el sistema del incumplimiento del Código Civil, lo que implica principalmente que habiéndose manifestado el defecto con posterioridad al plazo de garantía de dos años previsto en el artículo 123.1 TRLGDCU o habiendo transcurrido el periodo de prescripción del artículo 123.4 TRLGDCU, el consumidor no tiene la posibilidad de fundamentar una acción de responsabilidad por incumplimiento en el artículo 1124 CC³⁴. Conviene la explicación formulada por Fenoy Picón, en virtud de la cual, el consumidor debe utilizar el sistema de remedios previsto para la falta de conformidad, puesto que éste es un régimen específicamente diseñado para el problema de las anomalías cualitativas en la concreta relación entre un profesional y un consumidor³⁵. En apoyo de esta tesis,

³⁴ Sin embargo, no siempre se entiende así en sede jurisdiccional. Por ejemplo, la SAP de Pontevedra de 15 de febrero de 2007 (AC 2007/14231) consideró que la existencia del régimen especial de garantías en la venta de bienes de consumo no excluye la aplicación de las normas generales sobre el incumplimiento de las obligaciones.

³⁵ FENOY PICÓN, N., «El sistema de protección del consumidor», *Cuadernos de Derecho Registral*, Madrid 2006, pp. 157 y 172, si bien la autora admite excepcionalmente

Torrelles Torrea ha señalado que compatibilizar ambos sistemas sería ir en contra del espíritu del régimen de garantías del TRLGDCU, ya que podría sortearse la jerarquía de remedios prevista, que opta por el *favor contractus*, y los plazos establecidos³⁶. Se sostiene incluso la exclusión del régimen general del incumplimiento de las obligaciones en caso de entrega de una cosa distinta a la pactada (*aliud pro alio*), puesto que la entrega de cosa distinta no es más que una hipótesis de falta de conformidad, que debe sujetarse, por lo tanto, al régimen de garantías del TRLGDCU³⁷.

Menos problemática resulta la compatibilidad del régimen de garantías de la venta de bienes de consumo con las acciones de anulabilidad por vicio del consentimiento, puesto que la exclusión del artículo 117.1 TRLGDCU no se refiere a estas acciones y además, la nulidad y la falta de conformidad operan en planos distintos: el de la validez del contrato y el del incumplimiento³⁸. Si bien no se puede ignorar la dificultad de probar en cada caso concreto los elementos constitutivos del error o del dolo como vicio del consentimiento.

Por último, el artículo 117.2 TRLGDCU reconoce la posibilidad de compatibilizar las acciones del régimen de la falta de conformidad TRLGDCU con la acción de indemnización de los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad del producto, ya sean éstos de naturaleza contractual (costes de sustitución del producto mientras se repara o sustituye, gastos de financiación para la adquisición del producto no conforme en caso de resolución, gastos de reclamación e incluso el coste de la reparación efectuada por un tercero) o de naturaleza extracontractual, de especial importancia en caso de que el producto disconforme sea además defectuoso en el sentido del artículo 137 TRLGDCU.

2.3 Las garantías en el ámbito de la reparación de automóviles

Según dispone el artículo 16 del *Real Decreto 1457/1986, de 10 de enero, por el que se regulan la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles, de sus equipos y componentes*, todas las reparaciones o instalaciones efectuadas en cualquier taller quedarán garantizadas,

la compatibilidad del régimen general de incumplimiento de las obligaciones con el régimen de la falta de conformidad, en caso de actuación dolosa del vendedor.

³⁶ TORRELLES TORREA, E., «Comentario al artículo 115 TRLGDCU», *op. cit.*, p. 1081.

³⁷ FENOY PICÓN, N., *El sistema...*, *op. cit.*, pp. 182 y 183.

³⁸ FENOY PICÓN, N., *El sistema...*, *op. cit.*, pp. 247 y ss. A favor de la compatibilidad de la acción de anulabilidad por vicio y de los remedios del artículo 118 TRLGDCU se manifiesta también, entre otros, MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 117 TRLGDCU», *op. cit.*, p. 1477.

al menos por un periodo de tres meses o 2.000 kilómetros recorridos o tratándose de vehículos industriales por un periodo de quince días o 2000 kilómetros.

Ante la limitación de este plazo de garantía se plantea la duda de su posible compatibilidad con el ejercicio de las acciones generales de incumplimiento contractual. En alguna ocasión, en sede jurisdiccional para salvar la rigidez del plazo del artículo 16 del RD 1457/1986 se ha considerado que este régimen de responsabilidad es compatible con el régimen general de responsabilidad contractual del artículo 1101 CC e incluso con el régimen de garantías en la compraventa de bienes de consumo de los artículos 114 y ss. TRLGDCU [vid. SAP de Santa Cruz de Tenerife de 24 de marzo de 2010 (JUR 2011/12285)]. Otras veces se ha distinguido de manera artificiosa entre reparación defectuosa y reparación incompleta, siendo así que en este último caso el cliente tendría a su disposición las acciones generales de incumplimiento contractual, sin más limitaciones temporales que las que se derivasen de la prescripción quinquenal del artículo 1964 CC [SAP de Salamanca de 13 de octubre de 2004 (RJ 2004/8411)].

A nuestro entender, la referencia del artículo 16 del RD 1457/1986 a una garantía de la que dispondrá el cliente «*en todo caso*», no implica que ésta sea una garantía mínima compatible con otro régimen de satisfacción del interés del cliente en caso de reparación defectuosa del vehículo, pues lo contrario implicaría desvirtuar una norma que atendiendo a las particularidades de su ámbito de aplicación ha pretendido limitar la garantía en términos temporales. El empleo del término «*en todo caso*» debe entenderse como referido a la compatibilidad de la garantía legal con una garantía comercial adicional.

Tampoco es correcto que la condición de consumidor del cliente remita a la aplicación del régimen de garantías en la venta de bienes de consumo de los artículos 114 TRLGDCU y ss., puesto que el ámbito de aplicación de este régimen delimitado en el artículo 115 TRLGDCU al referirse, como ya ha quedado dicho, al contrato de compraventa y suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse excluye a los contratos de obra con consumidores cuyo objeto sea una prestación de hacer.

No obstante, cuando la causa de la reparación defectuosa sea el defecto de las piezas empleadas en la reparación que sean suministradas por el propio taller, según dispone el propio artículo 16 RD 1457/1986, se aplicará el plazo de garantía superior de las piezas incluidas en la reparación, plazo que cuando el cliente sea un consumidor ha de ser el de dos años del artículo 123 TRLGDCU.

Es decir, el propietario del taller responde, como si fuera vendedor, de la falta de conformidad de las piezas incluidas en la reparación del vehículo cuando el cliente sea un consumidor, sin perjuicio de la acción de repetición de la que dispondrá frente al causante de la falta de conformidad en el plazo de un año desde que completó el saneamiento (art. 124.3 TRLGDCU).

Conviene tener en cuenta también que el régimen de garantías del RD 1457/1986 se refiere a las reparaciones del vehículo, lo que remite a una necesidad de la intervención y no a la realización de mejoras voluntarias en el vehículo. Por lo tanto, en los casos en los que tras la intervención del taller el vehículo no adolezca de una falta de idoneidad o aptitud para su uso, pero sí de un déficit respecto de ciertas prestaciones que el taller se había comprometido a proporcionar existirá un defecto de calidad que puede hacer actuar las acciones generales de incumplimiento contractual.

3. LA EXCLUSIÓN DE RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA MEDIANTE CONDICIONES GENERALES

3.1 **Vía exclusión de los derechos legales del consumidor por incumplimiento del contratista**

Dispone el artículo 86.1 TRLGDCU que son abusivas las estipulaciones que prevean «la exclusión o limitación de forma inadecuada de los derechos legales del consumidor y usuario por incumplimiento total o parcial o cumplimiento defectuoso del empresario». No cabe duda de que es nula de pleno derecho cualquier cláusula que modifique el régimen de conformidad en la venta de bienes de consumo de los artículos 114 y ss. TRLGDCU excluyendo o limitando los derechos del consumidor, no tanto por lo dispuesto en el artículo 86.1 TRLGDCU, sino por el carácter imperativo en beneficio del consumidor de este régimen (art. 10 TRLGDCU). De este modo sería nula, por ejemplo, la cláusula que contuviera criterios especiales valoración de la conformidad del producto distintos de los previstos en el artículo 116 TRLGDCU; la cláusula que alterase el orden jerárquico de los remedios previstos en el artículo 118 TRLGDCU; la que impusiera en caso de resolución o de reducción del precio la aceptación de un «vale» en lugar de la devolución total o parcial del precio; la que limitase el derecho del consumidor y usuario a la indemnización por los daños y perjuicios ocasionados por dicha falta de conformidad; la que

acortase el plazo de garantía o de presunción de no conformidad o el plazo de prescripción. Por el contrario pueden ser válidas las cláusulas que modulan el régimen de garantías en la venta de bienes de consumo de acuerdo con las excepciones que el mismo admite, por ejemplo, la cláusula que impusiera la preferencia de la reparación del bien frente a la sustitución en casos concretos en los que esta última fuese imposible o desproporcionada en los términos del artículo 120.2 TRLGDCU; la que impusiera directamente como remedio ante la falta de conformidad la disminución del precio para supuestos en los que el cumplimiento in natura (reparación o sustitución) implicase un coste extraordinario en relación a la entidad del defecto; o la que excluyese la resolución en caso de defectos de conformidad que realmente fueran de escasa importancia (art. 121 TRLGDCU)³⁹.

También sería nula por contravención de norma imperativa cualquier cláusula que alterase el régimen de responsabilidad por defectos en la construcción previsto en los artículos 17 y ss. de la LOE. Otro tanto cabría decir de las cláusulas que alterasen en perjuicio del consumidor el régimen de garantías previsto en el RD 1457/1986 *regulador de la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos*, o en el Real Decreto 58/1988 *sobre servicios de reparación de aparatos de uso doméstico*.

El enjuiciamiento de la validez de una cláusula con arreglo a los parámetros del artículo 86.1 TRLGDCU sólo tendrá lugar cuando la misma trate de excluir o limitar derechos legales del consumidor en caso de incumplimiento del empresario recogidos en normas de naturaleza dispositiva. En este sentido, el régimen general de remedios contenido en el Código Civil ante las patologías en el cumplimiento del contrato tiene, en general, carácter dispositivo. La principal consecuencia es que mientras que las cláusulas contractuales que excluyan o limiten derechos del consumidor ante el incumplimiento del empresario recogidas en normas imperativas serán nulas siempre, sin ulteriores valoraciones, las cláusulas que excluyan o limiten dichos derechos cuando contenidos en normas de carácter dispositivo, sólo serán nulas, si esta exclusión se produce «*de manera inadecuada*», puesto que el artículo 86.1 TRLGDCU no sanciona con la nulidad cualquier exclusión o limitación de los derechos del consumidor frente al incumplimiento del empre-

³⁹ Todo ello sin perjuicio de la valoración judicial de que lo que el empresario entiende unilateralmente por «imposible», «desproporcionado» o «de escasa importancia» realmente lo sea, como aclara CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al artículo 86 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. S. Cámara Lapuente), Madrid, 2011, pp. 845 y 846.

sario, sino sólo la que no sea adecuada, lo que implica efectuar una ponderación judicial de su carácter equilibrado o adecuado⁴⁰.

En el ámbito concreto del contrato de obra, cuando el mismo no esté sujeto a un régimen especial de garantía sino al régimen general del incumplimiento de las obligaciones y teniendo en cuenta que los remedios que éste ofrece no resultan siempre los más adecuados, pueden resultar lícitas ciertas cláusulas que modulen dicho régimen atendiendo de manera razonable a los intereses del contratista y del comitente. Puede ser el caso de las cláusulas que para supuestos en los que el cumplimiento devenga excesivamente oneroso para el contratista excluyan el derecho del consumidor a exigir el cumplimiento forzoso *in natura*, sustituyéndolo por una reducción del precio o una indemnización de daños y perjuicios⁴¹. Igualmente, teniendo en cuenta la amplitud del plazo de prescripción quindienal para el ejercicio de las acciones generales de incumplimiento, puede ser lícita la cláusula que acote este plazo de manera que resulte adecuada con las circunstancias del caso concreto y en especial con la naturaleza del bien o servicio que se trate.

Por el contrario, son abusivas por excluir derechos legales del consumidor en caso de incumplimiento del contratista, las cláusulas que dejen a su arbitrio la valoración de la conformidad de lo ejecutado con lo convenido o las que excluyan la posibilidad del comitente de reclamar al contratista una vez finalizado un plazo de comprobación aun por defectos no aparentes que no pudieran ser verificados en el momento de la entrega.

Igualmente supone una exclusión inadecuada de los derechos del consumidor comitente en caso de incumplimiento del contratista, en este caso del derecho previsto en el artículo 1596 CC, la cláusula que le exonera de responsabilidad por el trabajo mal ejecutado de las personas que ocupase en la obra, ya sean sus propios trabajadores o subcontratistas⁴².

También puede resultar abusiva la cláusula que excluya en todo caso la posibilidad de exigir al contratista el cumplimiento por equivalente económico, ya que aunque en nuestro derecho el recurso directo al cumplimiento por equivalente económico no esté previsto

⁴⁰ CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al artículo 86 TRLGDCU», *op. cit.*, p. 843.

⁴¹ CÁMARA LAPUENTE, S., «Comentario al artículo 86 TRLGDCU», *op. cit.*, pp. 849 y 850. Admite también la licitud de esta cláusula por analogía a lo dispuesto para la venta de bienes de consumo por los artículos 119 y 120.d) y f) TRLGDCU. GONZÁLEZ PACANOWSKA, I., «Comentario a los artículos 86 a 89 TRLGDCU», *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, Aranzadi, Navarra, 2009, p. 1071.

⁴² En relación con la obligación de responder por el trabajo ejecutado por los subcontratistas, *vid.* STS de 2 de julio de 1997 (RJA 1997/5474), STS de 16 de marzo de 1998 (RJA 1998/1570).

expresamente por una norma jurídica (como ya hemos dicho, en virtud del artículo 706 LEC, el remedio se posterga a la fase de ejecución de sentencia con carácter subsidiario al cumplimiento forzoso en natura) sí que es admitido por la jurisprudencia en caso de que la reparación de lo mal ejecutado sea urgente y se haya dado al contratista una posibilidad de cumplimiento en forma específica. Por lo tanto, aunque una cláusula de este tipo no esté excluyendo en sentido estricto un *derecho legal* del consumidor en caso de incumplimiento del empresario y, por lo tanto, técnicamente no puede incardinarse en el supuesto del artículo 86.1 TRLGDCU, la misma puede considerarse abusiva por aplicación de la cláusula general del artículo 82 TRLGDCU. Sí podría ser válida la cláusula que condicionase el recurso a la ejecución correcta de la prestación por un tercero y el correspondiente traslado al contratista de los gastos a la concurrencia de una situación de urgencia o a la concesión al contratista de una oportunidad de cumplir en forma específica mediante un requerimiento previo, siempre que dicho requerimiento no se sometiera a formalidades excesivas, ni se atribuyera al contratista un plazo desproporcionado para reparar lo mal ejecutado.

Por lo que respecta a la cláusula que limita o excluye el derecho a resolver el contrato en caso de incumplimiento del contratista, dispone el artículo 86.5 TRLGDCU que es abusiva, sin más, esto es, sin valorar si esta exclusión o limitación se ha efectuado de manera adecuada. No obstante, de acuerdo con la interpretación consolidada del artículo 1124 CC que exige que el incumplimiento para ser resolutorio sea grave y definitivo, pueden tenerse por válidas las cláusulas que excluyan la posibilidad de resolver el contrato en casos de incumplimientos que puedan valorarse de manera objetiva como de escasa importancia.

3.2 Vía cláusulas de modificación unilateral de la obligación del contratista

El contratista puede pretender exonerarse de responsabilidad por un cumplimiento inexacto de su prestación que le resulte imputable mediante la introducción en el contrato de una cláusula que le permita alterar unilateralmente el resultado comprometido. Una cláusula de este tipo debe ser enjuiciada bajo los parámetros del artículo 85.3 TRLGDCU, en virtud del cual son abusivas «Las cláusulas que reserven a favor del empresario facultades de interpretación o modificación unilateral del contrato, salvo, en este último caso, que concurren motivos válidos especificados en el contrato». Por lo tanto, la validez de las cláusulas de modificación unilateral del proyecto

dependerá de que las causas que justifiquen la modificación estén especificadas en el contrato y además obedezcan a motivos válidos. La cuestión es entonces que debe entenderse por «*motivos válidos*» que puedan justificar la modificación unilateral del contrato.

Una interpretación de la norma que sea coherente con la prohibición del artículo 1256 CC de que el cumplimiento del contrato quede a merced de una de las partes y con el principio general de inmutabilidad de los contratos, que impone a las partes de un contrato la asunción de un esfuerzo en el cumplimiento de su prestación superior al inicialmente previsto a consecuencia del acaecimiento de un riesgo imprevisible, lleva a entender la expresión «*motivos válidos*» de manera restrictiva. Los motivos válidos a los que alude el artículo 85.3 TRLGDCU se refieren a obstáculos surgidos en la ejecución de la prestación que sean ajenos al ámbito de control del contratista, cuyo acaecimiento no fuera previsible en el momento de la celebración del contrato de obra con una planificación diligente y que, además, imposibiliten el cumplimiento conforme a lo pactado, o sólo lo hagan posible a costa de un sacrificio excesivo para el contratista⁴³.

Por otra parte, la necesidad de especificar en el contrato los motivos válidos, como condición de la licitud de las cláusulas que atribuyen al empresario una facultad de modificación unilateral, hace directamente abusivas cláusulas que formulan dichos motivos con extrema vaguedad, como las que se refieren a la concurrencia de «*motivos graves*», «*causas imprevistas*», «*circunstancias sobrevenidas*». Sin embargo, de acuerdo con las circunstancias y naturaleza de cada contrato de obra, sobre todo cuando se trate de obras complejas, la descripción de los motivos válidos que permitan modificar unilateralmente el proyecto inicial, por su carácter imprevisible, sólo podrá hacerse a partir de su pertenencia a categorías genéricas, como «*circunstancias imprevistas de naturaleza jurídica, técnica, administrativa, etc.*». Es cierto que dentro de unas categorías descritas con tal amplitud pueden englobarse motivos que sean válidos y otros que no lo sean, por no ser ajenos al ámbito de control del contratista, resultar previsible su acaecimiento en el contrato concreto con una mínima diligencia o por suponer simplemente obstáculos al cumplimiento cuya superación sea exigible, pero en tal caso, el juicio sobre la concurrencia de un motivo válido sólo puede hacerse *a posteriori*, atendiendo a la concreta razón jurídica, técnica, económica, administrativa, etc., en la que se pretende amparar el ejercicio del *ius variandi*. Es decir, no debe trasladarse al juicio de abusividad de la cláusula

⁴³ Vid. con más detalle, PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F., «Comentario al artículo 85 TRLGDCU», en *Comentarios a las normas de protección de los consumidores* (dir. S. CÁMARA LAPUENTE), Madrid, 2011, pp. 801 a 805.

que atribuya al contratista una facultad de modificación unilateral del contrato lo que a nuestro juicio es un problema de aplicación de dicha cláusula a un caso concreto. Si la razón concreta de naturaleza jurídica, técnica, administrativa, etc., con la que el contratista pretende justificar una modificación de su prestación no tiene la consideración de motivo válido –de conformidad con la caracterización de dichos motivos válidos efectuada con anterioridad– lo que se habrá producido es un incumplimiento contractual, puesto que la modificación de los términos de la ejecución del contrato no puede estar amparada en la cláusula que atribuye al empresario un *ius variandi*, pero ello no quiere decir que la cláusula en sí sea nula por no haberse especificado con mayor concreción los motivos válidos que pueden facultar legítimamente al empresario para modificar el contenido del contrato, si de acuerdo con la naturaleza y las circunstancias del contrato estos motivos no pudieron especificarse con mayor concreción.

3.3 Vía calificación de la obligación como de medios

La calificación de la obligación del contratista como de medios o de resultado dependerá del pacto de las partes y en ausencia de éste de la naturaleza de la prestación.

La condición general que excluya la responsabilidad del contratista por la no consecución de un resultado puede resultar abusiva por sorpresiva para el consumidor cuando, de acuerdo con las circunstancias y muy especialmente con las manifestaciones previas efectuadas por el empresario o de acuerdo con la naturaleza de la prestación, aquél podía legítimamente confiar en que el contratista se comprometía a la producción de un resultado y no solamente a desplegar una actividad con la máxima diligencia.

Especialmente problemática resulta la cláusula de inexigibilidad de responsabilidad por la no consecución de un resultado en los tratamientos de medicina satisfactiva. La jurisprudencia recientemente se ha inclinado por considerar que la obligación de los profesionales médicos, incluso en el ámbito de la medicina voluntaria, no puede ser calificada como de resultado por el componente aleatorio inherente a toda intervención médica, salvo que el resultado se hubiera pactado o garantizado expresamente [SSTS de 21 de octubre de 2005 (RJA 2005/8547) y 22 de noviembre de 2007 (RJA 2007/8651), STS de 20 de noviembre de 2009 (RJA 2010/138) y STS de 27 de septiembre de 2010 (RJA 2010/5155)]⁴⁴. De la

⁴⁴ En este mismo sentido, DÍAZ MARTÍNEZ, A., «El resultado garantizado o pactado en los tratamientos de medicina estética», *Aranzadi Civil*, n.º 10/2011 (Westlaw BIB 2010/2949), entiende que la obligación del médico en la cirugía estética y en los

referida doctrina se debe concluir que las cláusulas de inexigibilidad de responsabilidad por la no consecución del resultado no han de reputarse abusivas en las intervenciones de medicina voluntaria cuando el resultado no hubiera sido pactado o garantizado, puesto que dicha cláusula es conforme con la natural aleatoriedad de la intervención sanitaria, que hace depender la responsabilidad del profesional sanitario sólo de su falta de diligencia.

Sin embargo, también se ha puesto de manifiesto por la Jurisprudencia que la garantía del resultado en las intervenciones o tratamientos de medicina satisfactoria puede derivar no solamente de un pacto expreso entre las partes del contrato, sino también de la publicidad, cuando la misma ha podido generar en el consumidor una expectativa legítima al respecto, teniendo en cuenta el carácter integrador del contrato que la normativa de protección de consumidores ha conferido a la publicidad (en el art. 8.1 LGDCU y en el actual art. 61.2 TRLGDCU). En este sentido, la STS de 4 de octubre de 2006 (RJA 2006/6428), consideró responsable a un centro de dermatología capilar por la no consecución del resultado previsto por un tratamiento de alopecia y por los distintos daños que el tratamiento produjo al cliente, por la difusión de una campaña publicitaria previa que por su escaso rigor llevó al cliente a la conclusión de que «el tratamiento es sencillo y sin resultado negativo posible.» De acuerdo con ello, la condición general, que de una manera inadvertida para el consumidor, excluyese la responsabilidad del profesional médico por la no consecución del resultado que se inducía de la publicidad podría reputarse sorpresiva por frustrar las legítimas expectativas del consumidor derivadas de aquélla. En este contexto, la validez de la cláusula de inexigibilidad del resultado dependerá de su transparencia, esto es, de que se haya garantizado su conocimiento efectivo por el consumidor antes de la celebración del contrato, de tal manera que el mismo no pueda seguir confiando en la expectativa que se deriva de la publicidad.

tratamientos estéticos no quirúrgicos es de medios, aunque con una intensificación del deber de diligencia «en cuanto a que se han de extremar los cuidados, actividades y análisis que resulten precisos para el mayor aseguramiento del éxito de la actuación médica».