

BOLETÍN DEL MINISTERIO DE JUSTICIA

Año LXVI

Núm. 2.146

Septiembre de 2012



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE JUSTICIA

ISSN: 1989-4767

NIPO: 051-12-001-1

www.mjusticia.es/bmj

Enlaces

Publicaciones del Ministerio de Justicia

Catálogo de publicaciones de la Administración General del Estado. <https://cpage.mpr.gob.es>

Contacto

Contacto Boletín

Edita

Ministerio de Justicia
Secretaría General Técnica

Maquetación

Subdirección General de Documentación y Publicaciones

ISSN

1989-4767

NIPO

051-12-001-1

Depósito Legal

M.883-1958

DIRECTOR
D. Antonio Pau
Registrador de la Propiedad
Académico de Número de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación

SECRETARIO
D. Máximo Juan Pérez García
Profesor Titular de Derecho Civil

SUMARIO

AÑO LXVI • SEPTIEMBRE 2012 • NÚM. 2.146

SECCIÓN DOCTRINAL

Estudio doctrinal

—El significado de la gratuidad en el sistema de remedios por falta de conformidad de los bienes con el contrato

Recensión

—El proceso penal en la Sociedad de la Información. Las nuevas tecnologías para investigar y probar el delito

EL SIGNIFICADO DE LA GRATUIDAD EN EL SISTEMA DE REMEDIOS POR FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS BIENES CON EL CONTRATO¹

VICTORIA PICATOSTE BOBILLO

Doctora en Derecho. Profesora contratada interina de la Universidad de Vigo.

RESUMEN

En este trabajo se pretende hacer una reflexión sobre el significado y el alcance de la gratuidad en el sistema de remedios por falta de conformidad con el contrato, esto es, cómo puede afectar este requisito a los derechos e intereses de las partes intervinientes en el contrato de compraventa de bienes de consumo. Para el desarrollo de este estudio, además, se han tenido especialmente en cuenta los pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre esta cuestión.

ABSTRACT

This paper tries to think about the meaning and the scope of the term “free of charge” in the system of remedies for lack of conformity, that is to say, how it can affect the rights of the parties in the contract of sale of consumer goods. In order to complete this study the case law from the Court of Justice of the European Union has been considered.

PALABRAS CLAVE

Gratuidad, compraventa de bienes de consumo, conformidad con el contrato, falta de conformidad, remedios.

KEYWORDS

Free of charge, sale of consumer goods, conformity with the contract, lack of conformity, remedies.

¹ Este trabajo se incluye en el Proyecto de investigación «Derecho contractual europeo y derechos de los consumidores» (DER2010-20643). Fecha de recepción: 19-07-2012. Fecha de aceptación: 30-07-2012

SUMARIO

1. El sistema de remedios por la falta de conformidad de los bienes con el contrato: unidad y jerarquía.
2. La regla de la gratuidad en el sistema de remedios por falta de conformidad del bien con el contrato.
 - 2.1. La obligación del vendedor de reparar o sustituir el bien «sin cargo alguno».
 - 2.2. La vigencia del requisito de la gratuidad en los remedios del segundo nivel.
3. La obligación del consumidor de pagar una indemnización por el uso anormal del bien objeto de restitución.
4. Conclusión.

Bibliografía

1. EL SISTEMA DE REMEDIOS POR LA FALTA DE CONFORMIDAD DE LOS BIENES CON EL CONTRATO: UNIDAD Y JERARQUÍA

Entre las características más sobresalientes de la *Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo* (en adelante, la Directiva) puede destacarse, sin ninguna duda, la previsión de un sistema unitario de remedios para reclamar la falta de conformidad de los bienes con el contrato. No en vano, esta idea, junto con la adopción del concepto de conformidad como eje central de esta regulación, ha llevado a algunos autores a señalar esta norma comunitaria como el primer intento serio de avanzar en la construcción de un Derecho europeo de obligaciones y contratos². Ahora bien, no puede dejar de mencionarse, como pionera en esta ansiada labor unificadora de la tradición continental y anglosajona, la *Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980 (en adelante, la Convención de Viena)³. Y es que, precisamente, es en este texto internacional donde se instaura la noción de conformidad⁴ de los bienes con el contrato y, como no, una concepción unitaria del incumplimiento.

² Cfr. GRUNDMANN, S./GÓMEZ POMAR, F., "Introduction", La Directive communautaire sur la vente. Commentaire, (directores M. C. Bianca/S. Grundmann/S. Stinjs), Bruselas, 2004, pp. 32 y ss. y MARÍN LÓPEZ, M. J., "Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea: la directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros", Madrid, 2004, pp. 48 y 49; CÁMARA LAPUENTE, S., "Un derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace", Derecho privado europeo, (coordinador S. Cámara Lapuente), Madrid, 2003, pp. 59 y ss. Si bien, es cierto que, como señala REYES LÓPEZ, M. J., ("La Ley de garantías en la venta de bienes de consumo", AC, 2004, p. 1009), no ha sido la primera vez que una Directiva europea ha creado la oportunidad para incorporar a los ordenamientos internos nuevos conceptos jurídicos, o incluso para modificar los ya existentes.

³ Cfr. MARCO MOLINA, J., "La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de la venta de consumo. Su incorporación al Derecho civil español y al Derecho civil catalán", La armonización del Derecho de obligaciones en Europa, (coordinadores F. Badosa Coll/ E. Arroyo i Amayuelas), Valencia, 2006, pp. 166 y 167 y GRUNDMANN, S./GÓMEZ POMAR, F., "Introduction", *cit.*, pp. 17 y 18. Estos autores, además, coinciden al señalar al jurista alemán Rabel, como el protagonista indiscutible en este proceso. Sobre los orígenes y métodos de trabajo en la elaboración de esta norma, *vid.* HONNOLD, J. O., Uniform Law for International Sales, The Hague, 1999, pp. 5 y ss. Además, pueden citarse las siguientes obras que abordan en su totalidad el estudio de esta normativa; así, cfr. AA. VV., Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention, (directores M. C. Bianca/M. J. Bonell), Giuffrè- Milan, 1987; AUDIT, B., "La vente internationale de marchandises. Convention des Nations- Unies du 11 avril 1980", Paris, 1990; AA. VV., «La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena», (director y coordinador L. Díez- Picazo), Madrid, 1998.

⁴ La Convención de Viena ha sido un referente indudable en la elaboración de la Directiva y esta influencia se materializa fundamentalmente en la noción de conformidad. Así, cfr. FENOY PICÓN, N., "Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)", Madrid, 1996, pp. 366 y ss.

El concepto de conformidad con las prescripciones contractuales incluye todos aquellos pactos dirigidos a lograr la satisfacción del comprador y eso significa, entonces, que la contravención de cualquiera de estos acuerdos entra en la categoría de incumplimiento y se somete al mismo régimen de responsabilidad⁵. Esta construcción, insisto, se erige como un hito esencial en el proceso de armonización del Derecho privado europeo y así lo corrobora el hecho de que la implantación de un régimen unitario de incumplimiento es una constante en los diversos instrumentos normativos que pretenden aunar las diversas tradiciones jurídicas que conviven tanto en el ámbito internacional, comunitario o supracomunitario⁶. En cualquier caso, lo que interesa destacar es el hecho de que, según esta concepción unitaria del incumplimiento, la contravención de una obligación, sea del tipo que sea, permite al acreedor activar un sistema de remedios que va a ser el mismo en todos los casos y esta idea se ha tomado por la Directiva para dar respuesta al incumplimiento por el vendedor de su obligación de entregar un bien que sea conforme al contrato.

Esta concepción unitaria del sistema de remedios sancionado en la Directiva, como no podía ser de otra manera, se ha plasmado también en la norma de trasposición española, el *Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el Texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*, (en adelante, el Texto refundido), concretamente en sus artículos 118 y siguientes, bajo la rúbrica «Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario». El primero de estos preceptos, establece que cuando se manifieste cualquier falta de conformidad del bien con el contrato, el consumidor tendrá derecho «a la reparación del producto, a su sustitución, a la rebaja del precio o a la resolución del contrato»⁷. Como puede observarse, el abanico de remedios que se ofrece al comprador supera ampliamente el binomio tradicional en materia de saneamiento que pone a disposición del comprador las acciones *quantum minoris* y la de resolución del contrato⁸.

Ahora bien, dicho esto, si se continúa avanzando en la lectura del texto legal, el artículo 119.1 del TRLGDCU, establece que «si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto». Es decir, a pesar de que, a la vista de la declaración genérica que contiene el artículo 118 del TRLGDCU, pudiera parecer que los derechos que se reconocen al consumidor están en un mismo plano, lo cierto es que se distinguen dos estadios. Es decir, el consumidor, ante una falta de conformidad, deberá elegir primeramente entre la reparación o la sustitución del

⁵ Así se constata en el artículo 45 de la CISG, cuando declara que el comprador podrá ejercitar frente al vendedor los derechos consignados en los artículos 46 y ss., si éste «no cumple cualquiera de las obligaciones que le incumben conforme al contrato». Cfr. MORALES MORENO, A. M., «Incumplimiento del contrato y lucro cesante», Madrid, 2010, pp. 29 y 30. Este autor se refiere precisamente a la concepción amplia del incumplimiento, de modo que abarca cualquier contravención que impida la satisfacción del interés del acreedor garantizado por el contrato.

⁶ Cfr. el Capítulo 7 de los Principios UNIDROIT, dedicado al incumplimiento; los artículos I- 1:101(3) y III. - 3:101 (1) del DCFR, donde se define el incumplimiento y se anuncia la posibilidad del acreedor de instar frente al deudor cualquiera de los remedios que se prevén para este caso, respectivamente; el artículo 1:301 (4) y los Capítulos 8 y 9 de los PECL, donde se define lo que se entiende por incumplimiento y se regulan sus consecuencias. Sobre esto, cfr. LANDO, O./BEALE, H., «Principles of European Contract Law», Partes I y II, The Hague/ London/ Boston, 2000, p. 123; BARRES BENLLOCH, P./ EMBID IRUJO, J. M./ MARTÍNEZ SANZ, F., «Principios de Derecho Contractual Europeo», Partes I y II, Madrid, 2003, pp. 163 y 164. En general, cfr. ZIMMERMANN, R., «Estudios de Derecho Privado Europeo», Madrid, 2000, p. 122.

⁷ Este precepto plasma sustancialmente el artículo 3.2 de la Directiva, según el que «en caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6».

⁸ Se ha señalado que esta amplitud no es sino una consecuencia directa del propio concepto de conformidad, así como de los nuevos sistemas de producción en serie y los continuos avances tecnológicos que demandan soluciones diversas dirigidas a alcanzar el mayor grado de satisfacción para los intereses de ambas partes contractuales. Así, cfr. MARCO MOLINA, J., «La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo», RCDI, 2002, p. 2323; MARÍN LÓPEZ, M. J., «Las garantías...», cit., p. 158; TENREIRO, M., «La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation», REDC, 1996, p. 209; y GÓMEZ POMAR, F., «Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica», Indret, 2001, p. 20. El *Libro Verde de la Comisión, de 15 de noviembre de 1993, sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa*, (COM (95) 519 final), también destaca que este haz de remedios permite lograr un mayor equilibrio entre los intereses de los consumidores y de los empresarios vendedores, p. 92.

producto, sin poder acceder ya desde el principio a los denominados remedios redhibitorios o de segundo nivel⁹. Esta disposición jerárquica de los remedios no es una decisión unilateral del legislador español, sino que se prevé ya en la Directiva de la trae causa el Texto refundido¹⁰. En cualquier caso, la ordenación de un sistema de remedios jerarquizado, parece que ha atendido fundamentalmente a razones de política legislativa, en tanto que se persigue favorecer claramente la subsistencia del vínculo contractual¹¹. Por consiguiente, el principio de conservación del contrato ha inspirado claramente la regulación de la Directiva, dando preferencia, así, a aquellos remedios que, como sucede con la reparación y la sustitución, mantienen el vínculo negocial y siempre y cuando fueran adecuados para lograr la conformidad del bien con el contrato.

Esta disposición jerárquica, en suma, tiene como consecuencia esencial que va a obligar al consumidor a pasar por los remedios denominados primarios sin que, por regla general, pueda instar la rebaja del precio o la resolución del contrato. Ahora bien, hay que preguntarse si esta ordenación escalonada de los remedios por falta de conformidad, puede tener otras consecuencias en su aplicación práctica. En concreto, en este trabajo se pretende indagar sobre el significado y la vigencia de la regla de gratuidad en todo el sistema de remedios, esto es, tanto en el primer nivel como en el segundo. Y es que si se atiende a la regulación del Texto refundido, y de la propia Directiva, lo cierto es que parece que este requisito de la gratuidad solamente se despliega en relación con la reparación y la sustitución, sin que se haga mención alguna en las disposiciones dedicadas a los remedios del segundo nivel. No obstante, en aras a preservar el equilibrio entre los intereses de las partes implicadas, parece que es preciso valorar la presencia de la gratuidad también en el segundo estadio de remedios.

2. LA REGLA DE LA GRATUIDAD EN EL SISTEMA DE REMEDIOS POR FALTA DE CONFORMIDAD DEL BIEN CON EL CONTRATO

2.1. La obligación del vendedor de reparar o sustituir el bien «sin cargo alguno»

Como se ha tenido oportunidad de exponer, el artículo 119 del TRLGDCU, establece que «si el producto no fuera conforme con el contrato, el consumidor y usuario podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, (...)». Pues bien, el artículo 120 del TRLGDCU, en su

⁹Cfr. PIGNARRE, G., “Les droits (légaux) de l’acheteur”, Garantías en la venta de bienes de consumo, Santiago de Compostela, 2004, p. 68, quien distingue entre un primer nivel de remedios «en nature» y un segundo nivel de los que pueden llamarse remedios «en valeur».

¹⁰En efecto, el artículo 3.3 de la Directiva, advierte que «en primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o lo sustituya»; y también se recoge esta idea en sus Considerandos 10 y 11. Por tanto, aunque en un principio pudiera parecer que los remedios a la falta de conformidad se encuentran todos en un mismo plano, si se avanza en el articulado de la Directiva, no cabe duda de que se ha querido distinguir entre dos niveles diferenciados. Si bien, puede apuntarse que esta no era la pretensión inicial, al menos así parece deducirse de lo dispuesto en el artículo 3.4 de la *Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo* (COM (95) 520 final), donde se ofrecía al consumidor la oportunidad de ejercitar los distintos remedios con la única condición de que hubiese puesto «en conocimiento del vendedor la falta de conformidad». Si bien, esta paridad se pervierte ya en la *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo* (COM (1998) 217 final), donde se apunta la conveniencia de intentar previamente la reparación o la sustitución del bien.

¹¹Cfr. HOWELLS, G. G. Y WEATHERILL, S., “Consumer Protection Law”, Ashgate, 2005, p. 199; BIANCA, M. C., “Article 3: Droits et remèdes du consommateur”, La Directive communautaire sur la vente. Commentaire, (directores M. C. Bianca/S. Grundmann/S. Stinjs), Bruselas, 2004, pp. 201 y ss.; GARCIA RUBIO, M. P., “La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de garantías en la venta de bienes de consumo”, La Ley, 2003, p. 1532; MARÍN LÓPEZ, M. J., “Las garantías...”, cit., p. 160; VAQUER ALOY, A., “Incumplimiento del contrato y remedios”, Derecho privado europeo, (coordinador S. Cámara Lapuente), Madrid, 2003, p. 550; TORRELLES TORREA, E., “Comentario al artículo 119 del TRLGDCU”, Comentario a las Normas de Protección de los Consumidores, (director S. Cámara Lapuente), Madrid, 2011, p. 1091. Puede señalarse, no obstante que algunos Estados han decidido prescindir de este criterio jerárquico, dejando que sea el propio consumidor quien opte por cualquiera de los remedios puestos a su disposición. Así, cfr. la *Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la aplicación de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, incluido el examen de si procede introducir la responsabilidad directa del productor*. También, vid. SCHULTE-NÖLKE, H./TWIGG-FLESNER, C./EBERS, M., “EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States”, Munich, 2008, p. 427.

letra a), se ocupa de advertir que, sea cual sea la elección del consumidor, ambas opciones, la reparación y la sustitución, «serán gratuitas para el consumidor y usuario». Además, añade que «dicha gratuidad comprenderá los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los productos con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales»¹². A la vista de esta declaración, por tanto, cabe afirmar que no serán imputables en ningún caso al consumidor los gastos derivados de todas aquellas actuaciones que fueran necesarias para llevar a cabo la reparación o la sustitución del bien¹³.

Dicho esto, es interesante traer a colación la letra de la Directiva, que en su artículo 3.2, declara que «el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6». En el apartado 3, al que se remite, la Directiva insiste en este requisito, al decir que «el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno». Parece evidente, a la vista de estos preceptos, que la regla de la gratuidad se prevé tanto para la reparación como para la sustitución.

Si bien, es cierto que en los antecedentes de la Directiva, la gratuidad solamente se concebía como un requisito propio de la reparación¹⁴; no obstante, esta postura no se mantuvo, afortunadamente, venciendo la redacción vigente en la actualidad, que, a mi juicio, no plantea duda alguna sobre este extremo. Aun así, ha habido quien, al cobijo de las declaraciones contenidas en estos trabajos preparatorios de la Directiva, ha querido defender otra lectura. Se está haciendo referencia a las alegaciones del Gobierno alemán con ocasión de la petición prejudicial planteada por el *Bundesgerichtshof* alemán y que se resolvió por la Sentencia *Quelle*¹⁵. En concreto, se plantea al TJUE, si «las disposiciones del artículo 3, apartado 2, en relación con los apartados 3, párrafo primero, y 4, o del artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, de la Directiva [...], ¿deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa nacional que establece que, en caso de puesta en conformidad del bien mediante la sustitución de éste, el vendedor puede exigir al comprador una indemnización por el uso del bien entregado originalmente que no era conforme?». El Gobierno alemán, al amparo de los antecedentes de la Directiva, donde «el texto se limitaba a indicar «la reparación gratuita del bien», o «la sustitución» del referido bien», defiende que «dicho silencio en lo relativo a las consecuencias económicas de una sustitución demostraría que no estaba previsto que la Directiva regulase la cuestión de una posible indemnización por la utilización» del bien no conforme¹⁶.

No obstante, el TJUE advierte que «dicha circunstancia carece de toda pertinencia», pues la redacción final de la Directiva no deja lugar a dudas¹⁷. Y es que, como señala el Tribunal, el artículo 3.3 de la Directiva, citado más arriba, dice expresamente que «el consumidor podrá

¹² Cfr. MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 120 del TRLGDCU», Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, (coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Cizur Menor, 2009, p. 1508.

¹³ Esta postura, de hecho, ya se defendía en el marco de la derogada LGDCU, que en su artículo 11.3, disponía que «durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho como mínimo a: a) la reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios; (...)». Como puede observarse, la literalidad de la norma parece que limita la obligación de gratuidad solamente a la reparación, no obstante, la doctrina ya sostenía que en todo caso sería exigible también respecto de la sustitución, aunque no se estableciera de forma expresa. Así, cfr. PARRA LUCÁN, M. A., «Los derechos mínimos del artículo 11 LGDCU», ADC, 1988, p. 540.

¹⁴ Cfr. el artículo 3.4 de la *Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo* (COM (95) 520 final), según el que «cuando se ponga en conocimiento del vendedor la falta de conformidad, (...), el consumidor podrá pedir a éste la reparación gratuita del bien en un plazo razonable». Esta redacción todavía se mantuvo en el mismo precepto de la *Propuesta modificada de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo, sobre la venta y las garantías de los bienes de consumo* (COM (1998) 217 final), no obstante, se modificó ya en la *Posición común del Consejo de 24 de septiembre de 1998* (DOCE de 30 de octubre de 1998).

¹⁵ *Sentencia TJCE de 17 de abril de 2008*, (Quelle AG/ Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände, C-404/06, Rec. I, p. 2685).

¹⁶ Cfr. el Considerando 29 de la Sentencia *Quelle*.

¹⁷ Cfr. el Considerando 30 de la Sentencia *Quelle*.

exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, *en ambos casos*¹⁸ sin cargo alguno». Por otra parte, la expresión, «sin cargo alguno», según el artículo 3.4 de la propia Directiva, «se refiere a los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales». Ahora bien, en el caso *Quelle*, se plantea si esta definición no impide al vendedor reclamar una indemnización por el uso del bien no conforme por el consumidor hasta su sustitución por otro conforme al contrato.

Esta cuestión ha servido al TJUE para determinar el alcance de la declaración contenida en el artículo 3.4 de la Directiva. Así, en primer término, advierte que «de la utilización por el legislador comunitario del adverbio “especialmente” resulta que dicha enumeración presenta un carácter indicativo y no exhaustivo»¹⁹. Es decir, en el artículo 3.4 de la Directiva se dispone que la gratuidad de la reparación o de la sustitución se traduce en el hecho de que el consumidor no está obligado a soportar ningún coste de los que sean necesarios para lograr la conformidad del bien. A continuación, destaca, «especialmente», entre estos «gastos necesarios», los relativos a la mano de obra, los materiales o los gastos de envío, en su caso. Pero, como señala el TJUE, esta enumeración no es un *numerus clausus*, sino que es meramente ejemplificativa, de modo que la expresión «sin cargo alguno», significa que la puesta en conformidad del bien no puede acarrear al consumidor coste alguno, ni siquiera el pago de una indemnización por el uso del bien que vaya a ser objeto de sustitución²⁰.

Insistiendo en esta cuestión, además, la expresión «sin cargo alguno» sancionada en el artículo 3 de la Directiva, alcanza también a los gastos de retirada del bien no conforme y de instalación del bien entregado en sustitución. Así lo ha manifestado también el TJUE, cuando ha tenido oportunidad de pronunciarse nuevamente sobre el significado y alcance de la regla de la gratuidad de los remedios por falta de conformidad. Así, cabe traer a colación la reciente *STJUE del 16 de junio de 2011*²¹, en donde se cuestiona la interpretación del artículo 3 de la Directiva, al objeto de saber si este precepto, más concretamente sus apartados 2 y 3, párrafo tercero, impone al vendedor, en caso de la sustitución de un bien no conforme, el deber de asumir los costes de la retirada del bien sustituido, así como de su instalación²².

¹⁸ La cursiva es mía.

¹⁹ Cfr. el Considerando 31 de la Sentencia *Quelle*

²⁰ Cfr. el Considerando 43 de la Sentencia *Quelle*: «Habida cuenta del conjunto de consideraciones anteriores, procede responder a la cuestión planteada que el artículo 3 de la Directiva, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una normativa nacional que permite al vendedor, en caso de haber vendido un bien de consumo que no es conforme con el contrato, exigir al consumidor una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien».

²¹ Esta sentencia resuelve las cuestiones prejudiciales planteadas en el marco de «sendos litigios entre, por una parte, en el asunto C-65/09, Gebr. Weber GmbH (en lo sucesivo, «Gebr. Weber») y el Sr. Wittmer, en relación con la entrega de baldosas de conformidad con el contrato de compraventa, así como con el pago de una indemnización y, por otra, en el asunto C-87/09, la Sra. Putz y Medianess Electronics GmbH (en lo sucesivo, «Medianess Electronics»), en relación con el reembolso del precio de venta de un lavavajillas no conforme con el contrato de compraventa, a trueque de la devolución de dicho aparato».

²² En el asunto C-65/09, el *Bundesgerichtshof* alemán plantea las cuestiones siguientes: «1) ¿Debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 3, apartado 3, párrafos primero y segundo, de la Directiva [...] en el sentido de que se oponen a una disposición legislativa nacional que prevea que el vendedor que hubiera entregado un bien no conforme con el contrato pueda rechazar la forma de saneamiento exigida por el consumidor, en particular, cuando ésta le imponga costes que no sean razonables (absolutamente desproporcionados) con respecto al valor que tendría el bien si en él no se diera falta de conformidad y a la importancia de la falta de conformidad?; 2) En caso de respuesta afirmativa a la primera cuestión, ¿debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 3, apartados 2 y 3, párrafo tercero, de la Directiva [...] en el sentido de que, en caso de puesta en conformidad del bien mediante sustitución, el vendedor deberá sufragar los gastos inherentes a la retirada del bien no conforme del lugar en el que el consumidor lo hubiera instalado de acuerdo con su naturaleza y su finalidad?». Por su parte, en el asunto C-87/09, el *Amtsgericht Schorndorf*, plantea al Tribunal de Justicia estas cuestiones: «1) ¿Debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 3, apartados 2 y 3, párrafo tercero, de la Directiva [...], en el sentido de que se opone a una disposición legislativa nacional que establece que, en caso de puesta de un bien en conformidad mediante su sustitución, el vendedor no debe cargar con los gastos de instalación del bien de sustitución en el lugar en que el consumidor hubiera instalado el bien no conforme según su naturaleza y su finalidad en el supuesto de que inicialmente no hubiera tenido la obligación de instalar en virtud del contrato?; 2) ¿Debe interpretarse lo dispuesto en el artículo 3, apartados 2 y 3, párrafo tercero, de la Directiva [...] en el sentido de que, en caso de puesta en conformidad de un bien mediante su sustitución, el vendedor debe cargar con los gastos de retirada del bien no conforme del lugar en el que el consumidor lo hubiera instalado según su naturaleza y su finalidad?».

En esta resolución, el Tribunal, siguiendo la senda marcada por la Sentencia *Quelle*, dice que «los gastos relativos a la retirada del bien no conforme y a la instalación del bien de sustitución», si bien «no figuran entre aquellos que se relacionan explícitamente en el artículo 3, apartado 4, de la Directiva, (...)», son «gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato»²³. La justificación que se da es que, además de ser necesarios para poner el bien conforme, estos gastos adicionales «se habrían evitado si desde un principio el vendedor hubiera cumplido correctamente sus obligaciones contractuales»²⁴. Pero además, es importante subrayar otra de las afirmaciones que se contienen en esta Sentencia y es que el vendedor deberá asumir los gastos correspondientes, no sólo a la recogida del bien no conforme, sino también a la instalación del bien que se entrega en sustitución, sin que importe, a estos efectos, que el vendedor, en el momento de celebración del contrato, hubiera asumido o no la obligación de instalación²⁵.

Eso sí, puede apuntarse que, al hilo de estas afirmaciones, parece que el Tribunal abre la puerta a una posible imputación al consumidor de ciertos gastos cuando hubiera actuado de mala fe o de forma negligente; así, de un lado, advierte que «en una situación en la que no pueda imputarse a ninguna de las dos partes contratantes una actuación culposa, está justificado que los gastos relativos a la retirada del bien no conforme y a la instalación del bien de sustitución corran a cargo del vendedor». De otra parte, en el Considerando 62 de la Sentencia, que actúa como colofón, insiste en que «cuando un bien de consumo no conforme que, antes de que se manifieste el defecto, *hubiera instalado, de buena fe, el consumidor conforme a su naturaleza y a su finalidad*²⁶, es puesto en conformidad mediante su sustitución, el vendedor está obligado a proceder por sí mismo a la retirada de ese bien del lugar en el que hubiera sido instalado y a instalar en ese lugar el bien de sustitución, o bien a cargar con los gastos necesarios para dicha retirada y para la instalación del bien de sustitución».

Por consiguiente, parece que si la actuación culposa o contraria a la buena fe del consumidor provoca unos gastos adicionales a los que tendría que asumir normalmente el vendedor, este podría reclamarle el pago de esa cantidad añadida. Es más, en el párrafo transcrito, puede observarse que el Tribunal se refiere a que la instalación del bien se hubiera llevado a cabo «conforme a su naturaleza y finalidad». Y es que si no se cumple esta premisa, lo cierto es que podrían derivarse, ya no sólo un incremento de los costes necesarios para poner el bien conforme, sino también daños o perjuicios en el propio bien. En suma, la reclamación de estos costes adicionales por el vendedor será procedente siempre y cuando se haya intervenido de algún modo en el bien para llevar a cabo su instalación, provocando algún deterioro que, no afectando a su funcionamiento, sí comporta un menoscabo superior al que puede producirse con un uso normal, esto es, adecuado a la naturaleza y destino habitual del bien.

Dicho esto, si se aplica la doctrina del TJUE, recogida en la Sentencia *Quelle*, el vendedor no podría exigir al consumidor el pago de una cantidad por el uso del bien sustituido hasta que se entregue el sustituto. Ahora bien, aunque en esta resolución no se contempla ninguna excepción a esta regla, no parece de recibo que el vendedor tenga que asumir, en su caso, no sólo los costes derivados de la puesta en conformidad, sino también los derivados de un uso anormal del bien por el consumidor. Esta cuestión será objeto de tratamiento en el último apartado de este trabajo, pues antes se estima conveniente hacer algunas consideraciones sobre la aplicación de la regla de gratuidad al segundo nivel de remedios. La razón es que, como se expondrá a continuación, el interrogante sobre la obligación del consumidor de responder por los daños y perjuicios derivados de un uso anormal del bien que vaya a ser objeto de sustitución, también surge cuando procede la resolución del contrato por falta de conformidad; de ahí que se prefiera tratar este punto de forma conjunta, esto es, haciendo referencia a ambos supuestos.

²³ Cfr. el Considerando 50 de la *STJUE del 16 de junio de 2011*.

²⁴ Cfr. el Considerando 57 de la *STJUE del 16 de junio de 2011*.

²⁵ Cfr. los Considerandos 40, 59 y 62 de la *STJUE del 16 de junio de 2011*.

²⁶ La cursiva es mía.

2.2. La vigencia del requisito de la gratuidad en los remedios del segundo nivel

De los pronunciamientos del TJUE, con ocasión de las sentencias a las que se viene haciendo referencia, cabe colegir una concepción amplia del requisito de la gratuidad en sede de remedios. En efecto, esta lectura abierta se plasma no solamente en las soluciones que se aplican a cada caso en concreto, sino también en las consideraciones que se efectúan por el Tribunal en general. Así, fijándose en los fundamentos 33 y 34 de la sentencia *Quelle*, cabe extraer las siguientes manifestaciones. En primer término, se establece que:

«Tanto del tenor como de los trabajos preparatorios pertinentes de la Directiva se desprende que fue voluntad del legislador comunitario hacer de la gratuidad de la puesta en conformidad del bien por el vendedor un elemento esencial de la protección que dicha Directiva garantiza al consumidor».

Además, se añade que:

«Dicha obligación de gratuidad de la puesta en conformidad del bien que incumbe al vendedor, sea en forma de reparación o de sustitución del bien no conforme, tiene por objeto proteger al consumidor del riesgo de cargas económicas que, como destacó la Abogado General en el apartado 49 de sus conclusiones, podrían disuadirlo de hacer valer sus derechos a falta de tal protección». Así, el Tribunal, configura el requisito de la gratuidad como una garantía del libre ejercicio de sus derechos por el consumidor, lo que «conduce a excluir toda pretensión económica por parte del vendedor en el marco del cumplimiento de su obligación de puesta en conformidad del bien objeto del contrato»²⁷.

Es más, puede advertirse que esta protección que se persigue a través de la gratuidad de los remedios por falta de conformidad debe asegurarse aun antes de que nazca la obligación del vendedor de ejecutar el remedio oportuno. Y es que según el artículo 119.1 del TRLGDCU, cuando se manifiesta una falta de conformidad, «desde el momento en que el consumidor y usuario comunique al vendedor la opción elegida, ambas partes habrán de atenerse a ella». Por tanto, para que la gratuidad cumpla con su función de salvaguarda, el consumidor debe poder saber, para tomar una decisión sobre la oportunidad de uno u otro remedio de los dispuestos en la ley, los costes que le pueden acarrear, pues esta incertidumbre se presenta como un obstáculo al ejercicio libre de sus derechos²⁸.

En cualquier caso, de lo dicho hasta el momento, hay que concluir que la gratuidad se presenta en la regulación sobre conformidad como un instrumento esencial para lograr la protección del consumidor y que, a estos efectos, se concibe como una verdadera garantía para que el consumidor pueda ejercitar los derechos que le asisten de forma libre y consciente. Esto, evidentemente, anula cualquier intento por parte del vendedor de exigirle cualquier tipo de contraprestación por solucionar la falta de conformidad del bien adquirido. Ahondando en esta cuestión y vista la importancia que debe concederse a la gratuidad, hay que preguntarse si puede afirmarse su vigencia en todo el sistema de remedios por falta de conformidad y no sólo con respecto de aquellos del primer nivel.

²⁷ Cfr. el fundamento 24 de la sentencia *Quelle*.

²⁸ Resulta interesante observar, además, que esta idea se encuentra presente también en la regulación de otros instrumentos de protección de los intereses legítimos de los consumidores. Así, concretamente, en materia de cláusulas abusivas, pueden citarse los artículos 86.1 y 87.6 del TRLGDCU. El primero de ellos, establece, así, que se considerarán abusivas aquellas 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». El artículo 87.6 del TRLGDCU, por su parte, establece que también serán consideradas abusivas «las estipulaciones que impongan obstáculos onerosos o desproporcionados para el ejercicio de los derechos reconocidos al consumidor en el contrato, (...)». En la misma línea, puede traerse a colación el artículo 73 del TRLGDCU, donde se declara que «el ejercicio del derecho de desistimiento no implicará gasto alguno para el consumidor y usuario». También parece que está presente esta idea en la Directiva sobre prácticas comerciales desleales, cuando en su artículo 9, dice que «para determinar si una práctica comercial hace uso del acoso, la coacción, con inclusión del uso de la fuerza, o la influencia indebida se tendrán en cuenta: (...)d) cualesquiera obstáculos no contractuales onerosos o desproporcionados impuestos por el comerciante cuando un consumidor desee ejercitar derechos previstos en el contrato, incluidos el derecho de poner fin al contrato o el de cambiar de producto o de comerciante».

Y es que, como se ha tenido oportunidad de exponer, tanto la Directiva como el Texto refundido, hacen una referencia expresa a este requisito, declarando que la reparación y la sustitución no podrán comportar ningún gasto al consumidor de los que sean necesarios para poner el bien conforme²⁹. Es decir, estas normas sólo se pronuncian en relación con los remedios primarios, la reparación y la sustitución, mientras que se omite toda referencia al hablar de la rebaja del precio y la resolución³⁰. Pudiera suceder que la distinta naturaleza de estos derechos y los que se sitúan en un primer nivel sea la que explique esta omisión, de hecho, no puede olvidarse que, mientras la reparación y la sustitución van a mantener la vigencia del contrato en los términos acordados originariamente, los llamados remedios subsidiarios resultan más radicales, pues inciden en la relación jurídica tal y como se pactó en un principio por la voluntad de las partes.

En efecto, las acciones redhibitorias encarnan, en mayor o menor grado, el fracaso de una relación contractual tal y como fue concebida inicialmente, pues aunque la *quantum minoris* no persigue poner fin al contrato, tampoco sirve para satisfacer los intereses que llevaron a las partes a contratar. En definitiva, lo que se pretende a través de una solución de esta naturaleza, como es la rebaja del precio, no es sino reconducir el contenido del acuerdo hacia una situación que pueda considerarse equilibrada³¹. Ahora bien, a mi juicio, pese a las indudables diferencias que hay entre los distintos niveles de remedios, no parece que sean susceptibles de justificar la ausencia de la gratuidad como instrumento de salvaguarda en el segundo nivel de remedios. Teniendo en cuenta estas premisas, por tanto, no debe extrañar que el legislador, tanto el comunitario como el nacional, haya abordado, en general, de forma distinta la regulación de los remedios de primer y segundo grado, pero, insisto, esto no parece ser un obstáculo para sancionar la vigencia del requisito de la gratuidad en todo caso, si bien con las especificaciones oportunas para los remedios del segundo nivel³².

Estas particularidades, como se ha dicho, tienen que ver con el distinto funcionamiento de los remedios del segundo nivel, en donde puede extraerse una nota común y es que siempre va a haber una restitución de dinero por el vendedor. En el caso de que se reclame la rebaja del precio, deberá devolverse al consumidor una cantidad «proporcional a la diferencia existente entre el valor que el producto hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el momento de dicha entrega»³³. Si lo que se ha instado es la resolución del contrato, el vendedor estará obligado a la restitución de la cantidad que se ha pagado como precio por el consumidor. Una primera cuestión que se puede plantear en relación con la gratuidad es si no sería conveniente el señalamiento de un plazo máximo para llevar a cabo la devolución de la cantidad debida por el vendedor, de modo que si no se cumple en el término fijado, el consumidor pueda reclamar también el pago de los intereses correspondientes³³. Ahora bien, puede advertirse que, aun cuando no se haya adoptado esa solución, parece que el

²⁹ Cfr. los arts. 3.2 y 3.3 de la Directiva y el art. 120, letra a) del TRLGDCU.

³⁰ Cfr. los arts. 3.5 y 3.6 de la Directiva y los arts. 121 y 122 del TRLGDCU.

³¹ Cfr. GARCÍA CANTERO, G., "Comentario de los artículos 1484 a 1490 del CC", Comentarios al

Código civil y a las Compilaciones forales, (director M. Albaladejo), Madrid, 1991, p. 378.

³² Cfr. BIANCA, M. C., "Article 3...", cit., p. 200, quien parece que aplica el principio de la gratuidad con carácter general; y TORRELLES TORREA, E., "Comentario al artículo 121 del TRLGDCU", Comentario a las Normas de Protección de los Consumidores, (director S. Cámara Lapuente), Madrid, 2011, p. 1105.

³³ En la legislación sobre protección de consumidores, de hecho, se pueden encontrar algunos ejemplos en este sentido; así, cfr. el art. 43.2 de la LOCM, que en materia de ventas a distancia, establece que «en caso de no ejecución del contrato por parte del vendedor por no encontrarse disponible el bien objeto del pedido, el comprador deberá ser informado de esta falta de disponibilidad y deberá poder recuperar cuanto antes, y en cualquier caso en un plazo de treinta días como máximo, las sumas que haya abonado. En el supuesto de que el vendedor no realice este abono en el plazo señalado, el comprador podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, (...)». También, cfr. el art. 76 del TRLGDCU, según el que «cuando el consumidor y usuario haya ejercido el derecho de desistimiento, el empresario estará obligado a devolver las sumas abonadas por el consumidor y usuario sin retención de gastos. La devolución de estas sumas deberá efectuarse lo antes posible y, en cualquier caso, en el plazo máximo de 30 días desde el desistimiento». Y a continuación, añade que «transcurrido dicho plazo sin que el consumidor y usuario haya recuperado la suma adeudada, tendrá derecho a reclamarla duplicada, (...)». También puede citarse, en esta línea, el artículo 18.3 de la *Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2011 sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se deroga la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del*

consumidor tendría derecho a reclamar los intereses correspondientes en todo caso, como un efecto propio de la resolución contractual³⁴.

Una segunda manifestación de la gratuidad en el segundo nivel de remedios, principalmente en el marco de la resolución, es que el vendedor no tiene derecho a una deducción por el uso del bien no conforme. Es decir, puesto que la resolución del contrato comporta la restitución del bien no conforme por el consumidor, se plantea la procedencia del derecho del vendedor a exigirle el pago de una indemnización por el uso del bien no conforme. Como se ha tenido oportunidad de exponer, el TJUE se ha pronunciado sobre esta misma cuestión en la referida Sentencia *Quelle*, si bien en relación con la sustitución, declarando la improcedencia de esa reclamación por el vendedor, por ir esta demanda en contra de la necesaria gratuidad de la puesta en conformidad³⁵. Ahora bien, a pesar de que el Tribunal no ha titubeado al sostener esta afirmación en relación con la sustitución, en la propia Sentencia, se hacen determinadas declaraciones que ponen en duda la aplicación de esta doctrina al segundo nivel de remedios, en concreto, a la resolución del contrato.

Así, en los fundamentos de la Sentencia *Quelle*, se recoge, entre las alegaciones presentadas por el Gobierno alemán al caso concreto, la cita del Considerando 15 de la Directiva comunitaria, en virtud del que «los Estados miembros podrán establecer que se pueda reducir el importe de la restitución al consumidor teniendo en cuenta el uso que éste haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado»³⁶. Pero el órgano juzgador aclara que «contrariamente a lo que alega el Gobierno alemán, el decimoquinto considerando no puede interpretarse como un principio general que faculta a los Estados miembros a tener en cuenta, en todas las situaciones en las que lo deseen, incluida la de una simple solicitud de sustitución presentada al amparo del artículo 3, apartado 3, de la Directiva, el uso que el consumidor ha hecho de un bien no conforme». Esta referencia, según el Tribunal, debe entenderse limitada «al caso de la resolución del contrato previsto en el artículo 3, apartado 5, de la Directiva, caso en el que, en aplicación del principio de la restitución recíproca de las ventajas obtenidas, el vendedor debe rembolsar al consumidor el precio de venta del bien»³⁷.

Parlamento Europeo y del Consejo, según el que: «Cuando se haya resuelto el contrato, el comerciante deberá reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas en virtud del mismo».

³⁴ En efecto, parece que puede afirmarse con carácter general que la restitución del precio alcanza a la obligación de devolver también los intereses, pues en todo caso, lo que se persigue con la resolución del contrato es restaurar la situación patrimonial del acreedor afectada por el incumplimiento de la contraparte. En apoyo de esta tesis, se puede traer a colación, en primer lugar, el artículo 1295 del CC, cuando advierte que «la rescisión obliga a la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato con sus frutos, y del precio con sus intereses». Y es que aun cuando la resolución del contrato no es un supuesto de ineficacia, como sí sería la rescisión, el fin que se persigue con esta acción es restablecer la situación patrimonial del acreedor afectada por el incumplimiento de la contraparte. Así, cfr. CLEMENTE MEORO, M. E., «La facultad de resolver los contratos por incumplimiento», Valencia, 1998, p. 519. Este mismo autor, (cfr. CLEMENTE MEORO, M. E., «La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño», Barcelona, 2009, p. 45), también aboga por una aplicación literal del artículo 1123 del CC, en virtud del que «cuando las condiciones tengan por objeto resolver la obligación de dar, los interesados, cumplidas aquellas, deberán restituirse lo que hubiesen percibido». Y ya por último, puede añadirse otro argumento que ha sido esgrimido por GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., («La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales», Barcelona, 1987, pp. 201 y ss.), quien propone la aplicación analógica del artículo 1303 del CC, en virtud del que «declarada la nulidad de una obligación, los contratantes deben restituirse recíprocamente las cosas que hubiesen sido materia del contrato, con sus frutos, y el precio con los intereses». Sobre este precepto, cfr. DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos del Derecho civil patrimonial», Vol. I, Cizur Menor, 2007, pp. 579 y ss.; GRIMALT SERVERA, P., «Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código civil», Granada, 2008, p. 142. Asimismo, sobre los efectos retroactivos de la resolución, cfr. DÍEZ-PICAZO, L., «Fundamentos del Derecho civil patrimonial», Vol. II, Cizur Menor, 2008, p. 724 y CLEMENTE MEORO, M. E., «La facultad...», cit., p. 520.

³⁵ Cfr. el Considerando 43 de la Sentencia *Quelle*.

³⁶ Cfr. el Considerando 25 de la Sentencia *Quelle*, en donde el Tribunal pone de relieve que el Gobierno alemán «destaca que, desde un punto de vista sistemático, el decimoquinto considerando de la Directiva expresa un principio muy general de Derecho, confiriendo a los Estados miembros total libertad para legislar sobre la cuestión de cuáles son las situaciones en las que el consumidor está obligado a pagar una indemnización por la utilización de un bien».

³⁷ Cfr. el Considerando 39 de la Sentencia *Quelle*. En el Considerando 38 de la misma Sentencia, el Tribunal explica que la terminología empleada en el Considerando 15 de la Directiva, en tanto que se refiere a una «restitución» al consumidor, «pone claramente de manifiesto que la hipótesis que contiene el decimoquinto considerando se limita al caso de la resolución del contrato previsto en el artículo 3, apartado 5, de la Directiva, caso en el que, en aplicación del principio de la restitución recíproca de las ventajas obtenidas, el vendedor debe rembolsar al consumidor el precio de venta del bien».

Por consiguiente, de lo expuesto parece deducirse que la Directiva sí autoriza a los Estados miembros a prever que, en el caso de que proceda la resolución del contrato por falta de conformidad, el vendedor puede exigir al consumidor el pago de una cantidad por el uso del bien hasta ese momento. A mi juicio, no obstante, no hay razones para justificar este derecho del vendedor aun en estos casos, pues precisamente se atenta contra la necesaria gratuidad de los remedios por falta de conformidad del bien con el contrato. Y es que de acuerdo con la tesis defendida, esta regla alcanza a todo el sistema de remedios y no sólo a los del primer nivel, aun cuando la ley sólo la recoja expresamente en relación con la sustitución y la reparación. Así parece que también lo ha entendido el legislador español que, si bien no se pronunciaba sobre esta cuestión en la derogada *Ley 23/2003, de 10 de julio, de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo*, sí lo ha hecho posteriormente, a través de la *Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios*. Esta norma daba una nueva redacción al artículo 11.1 de la *Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, y que en la actualidad se ha recogido en el artículo 21.1 del TRLGDCU. Según este precepto, «la devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de falta de conformidad del producto con el contrato». Con esta declaración es evidente que en el ordenamiento español, en caso de resolución del contrato por falta de conformidad, no se reconoce al vendedor el derecho a deducir cantidad alguna por el uso del bien³⁸.

En conclusión, la exigencia de la gratuidad debe entenderse vigente, al menos en el marco del Derecho español, en todo el sistema de remedios. Entre las diversas manifestaciones en las que se puede concretar esta regla, cabe destacar, por su importancia, la imposibilidad de que el vendedor pueda exigir al consumidor el pago de una cantidad por el uso que ha hecho del bien no conforme hasta su sustitución por otro conforme o hasta la resolución, en su caso, del contrato de compraventa. Dicho esto, quiere centrarse la atención, como ya se anunciaba más arriba, en el alcance de esta declaración; es decir, cabe preguntarse si el vendedor no podrá reclamar al consumidor ninguna cantidad en ningún caso, o si bien puede haber situaciones en las que la buena y fe y el necesario equilibrio entre los intereses de las partes va a justificar la legitimidad de esta demanda por el vendedor.

3. LA OBLIGACIÓN DEL CONSUMIDOR DE PAGAR UNA INDEMNIZACIÓN POR EL USO ANORMAL DEL BIEN OBJETO DE RESTITUCIÓN

Puede comenzarse este apartado citando el artículo 1258 CC, según el que «los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley»³⁹. En lo que ahora interesa, puede destacarse como una de las manifestaciones de este principio de buena fe contractual, la idea de que, en el marco del contrato de compraventa, el comprador tiene un deber de cooperación con el vendedor para minimizar en la medida de lo posible las consecuencias de la falta de conformidad. Puede advertirse, además, que, tal y como se ha puesto de manifiesto por algún autor, esta carga que se impone al consumidor no resulta incompatible en ningún caso con la necesaria gratuidad de los remedios⁴⁰. Teniendo en cuenta lo dicho hasta ahora, puede plantearse si el comprador puede quedar obligado en determinados supuestos a pagar al

³⁸ Cfr. BUSTO LAGO, J. M., “Comentario al artículo 21 del TRLGDCU”, Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, (coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Cizur Menor, 2009, pp. 300 y ss.

³⁹ Sobre esto, cfr. GARCÍA RUBIO, M. P., “Comentario al artículo 1258 del CC”, Comentarios al Código civil, (director A. Domínguez Luelmo), Valladolid, 2010, p. 1374; ALFARO ÁGUILA-REAL, J., “Las condiciones generales de la contratación”, Madrid, 1991, pp. 389 y ss. Este compromiso de colaboración del comprador tiene plena vigencia en la actualidad, tal y como puede deducirse de su reconocimiento en los textos modernos sobre Derecho contractual europeo. Cfr. el art. III- 1:104 del DCFR y el art. 1:202 de los PECL.

⁴⁰ Cfr. PARRA LUCÁN, M. A., “Los derechos...”, cit., p. 536. No obstante, se ha cuestionado por algunos autores si este planteamiento se coherente verdaderamente con una norma dictada principalmente para proteger los intereses de los consumidores. Así, cfr. PIGNARRE, G., “Les droits...”, cit., p. 77; MARCO MOLINA, J., “La garantía...”, cit., p. 2325.

vendedor los daños y perjuicios causados en el bien no conforme cuando se hubiera acordado su sustitución o la resolución del contrato.

Y es que parece que en algunos casos no resulta muy equitativa la asunción por el vendedor de determinados gastos que, en realidad, son imputables únicamente a la actuación del consumidor adquirente. Así sucede cuando el bien que se restituya al vendedor, como consecuencia de la sustitución o la resolución por falta de conformidad, presente algún menoscabo que tenga su origen en un uso anormal del bien. Como fundamento de esta postura, puede traerse a colación una vez más la Convención de Viena; en efecto, su artículo 82, advierte que «el comprador perderá el derecho a declarar resuelto el contrato o a exigir al vendedor la entrega de otras mercaderías en sustitución de las recibidas cuando le sea imposible restituir éstas en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que las hubiera recibido». Es decir, según el texto internacional, cuando se produjera la pérdida o el deterioro del bien objeto de contrato el comprador no puede instar la resolución del contrato.

A la vista de lo expuesto, cabe distinguir dos supuestos; de un lado, la existencia de un deterioro en el bien objeto de restitución y, de otro, que la propia restitución deviene imposible por la pérdida de la cosa. En lo que respecta al primer supuesto, hay que recordar que, en virtud de la regla de gratuidad sancionada en sede de remedios, en principio, el vendedor, en el caso de que proceda la sustitución del bien o la resolución del contrato, no podría exigir al consumidor el pago de una cantidad por el aprovechamiento del producto hasta su restitución. Ahora bien, como se ha insinuado en otro de los apartados de este trabajo, puede suceder que el consumidor hubiera usado el bien de forma anormal o, incluso, que su instalación no se hubiera llevado a cabo «conforme a su naturaleza y finalidad»⁴¹. En estos casos, parece que la regla de gratuidad no es óbice para sancionar el derecho del vendedor a reclamar los daños y perjuicios que presente el bien; de otro modo, a mi juicio, no se estaría respetando la buena fe exigible en las relaciones contractuales. Y es que, además, es preciso advertir que este tipo de costes no entrarían propiamente en aquellos «gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los productos con el contrato»⁴².

Por lo tanto, a mi juicio, la regla general es que en el caso de que se resuelva el contrato, el profesional no tiene derecho a deducir ninguna cantidad del precio que debe restituir al comprador. No obstante, cuando el bien presente desperfectos que no se correspondan con el desgaste normal del bien por su uso o que sean consecuencia de una instalación inadecuada atendiendo a la naturaleza o finalidad del producto, el vendedor, habiendo acreditado alguno de estos extremos, podrá exigir el pago de una cantidad en concepto de indemnización⁴³. Para avalar esta tesis puede recurrirse de nuevo al citado artículo 82 de la CISG, que, tras declarar la improcedencia de la sustitución del bien y la resolución del contrato cuando el comprador no pudiera restituir la cosa objeto de contrato por causa de su pérdida o deterioro, en su apartado 2, prevé una serie de excepciones. Entre ellas, precisamente que aquel resultado «no fuere imputable a un acto u omisión» del consumidor o que este hubiera «consumido o transformado conforme a un uso normal» las mercaderías⁴⁴.

Pero también se pueden encontrar ejemplos de la misma índole en el ordenamiento español y además en el seno del propio Texto refundido; así, en materia de derecho de desistimiento, el artículo 74.2 del TRLGDCU, advierte que «el consumidor y usuario no tendrá que rembolsar

⁴¹ Considerando 62 de la *STJUE del 16 de junio de 2011*.

⁴² Cfr. el art. 120, letra a), del TRLGDCU.

⁴³ Cfr. BIANCA, M. C., "Article 3...", cit., p. 199 y parece que también lo admite MARÍN LÓPEZ, M. J., ("Las garantías...", cit., p. 184).

⁴⁴ Cfr. el art. 82.2 de la CISG: «El párrafo precedente no se aplicará: a) si la imposibilidad de restituir las mercaderías o de restituir las en un estado sustancialmente idéntico a aquél en que el comprador las hubiera recibido no fuere imputable a un acto u omisión de éste; b) si las mercaderías o una parte de ellas hubieren perecido o se hubieren deteriorado como consecuencia del examen prescrito en el artículo 38; o c) si el comprador, antes de que descubriera o debiera haber descubierto la falta de conformidad, hubiere vendido las mercaderías o una parte de ellas en el curso normal de sus negocios o las hubiere consumido o transformado conforme a un uso normal». Puede advertirse, además, que el artículo 83 de la CISG, aclara que el comprador, en todo caso, «conservará todos los demás derechos y acciones que le correspondan conforme al contrato y a la presente Convención».

cantidad alguna por la disminución del valor del bien, que sea consecuencia de su uso conforme a lo pactado o a su naturaleza, o por el uso del servicio»⁴⁵. A *sensu contrario*, parece que puede admitirse la reclamación por el empresario del pago de la indemnización que corresponda si el bien hubiera sufrido algún menoscabo como consecuencia de un uso impropio. Ya fuera del propio Texto refundido, también se prevé este derecho del vendedor en el artículo 10 de la *Ley 28/1998, de 13 de julio, de Venta a Plazos de Bienes Muebles*, que contempla la posibilidad de que éste resuelva el contrato frente a un incumplimiento del comprador. En caso de que ejercite esta facultad, el párrafo último del precepto citado dispone que «por el deterioro de la cosa vendida, si lo hubiere, podrá exigir el vendedor, además, la indemnización que en derecho proceda».

Siguiendo con la segunda hipótesis que se ha planteado más arriba, esto es, qué sucede cuando la restitución del bien deviene imposible para el consumidor una vez que se ha instado la sustitución del producto o la resolución del contrato por falta de conformidad. En realidad, el problema que se plantea es si el comprador se ve liberado de su obligación de restituir el bien en el caso de que la devolución devenga imposible. Normalmente, se suele distinguir si la pérdida del bien sucede por causa a él imputable o si se debe a otras circunstancias que no estén bajo la esfera de su control⁴⁶. En el primer caso, parece que el comprador deberá proceder en todo caso a la restitución por el equivalente o al pago de una indemnización⁴⁶. Para determinar el importe que el comprador deberá satisfacer al vendedor, puede acudirse a la regla del artículo 75.1 del TRLGDCU, cuando en materia de desistimiento señala, en su párrafo segundo, que «cuando la imposibilidad de devolución le sea imputable, el consumidor y usuario responderá del valor de mercado que hubiera tenido la prestación en el momento del ejercicio del derecho de desistimiento, salvo que dicho valor fuera superior al precio de adquisición, en cuyo caso responderá de éste».

Sin embargo, cuando la imposibilidad de la restitución sea imputable al vendedor o consecuencia de un suceso fortuito, parece que debe estimarse que el consumidor queda liberado de su obligación, teniendo derecho en todo caso a recibir el importe íntegro del precio⁴⁷. Parece que la Convención de Viena también se sitúa en este punto, cuando declara en su artículo 82.2, letra a), que el consumidor podrá exigir la resolución del contrato o la sustitución de las mercaderías por falta de conformidad, aun cuando fuera imposible la restitución de las mismas si este hecho tiene su origen en un acto u omisión a él no imputable⁴⁸. Asimismo, esta es la solución que se contempla en el artículo 1487 del CC, en donde se establece que «si la cosa vendida se perdiere por efecto de los vicios ocultos, conociéndolos el vendedor, sufrirá éste la pérdida, y deberá restituir el precio y abonar los gastos del contrato, con los daños y perjuicios. Si no los conocía, debe sólo restituir el precio y abonar los gastos del contrato que hubiese pagado el comprador». En suma, se atribuye el riesgo de pérdida de la cosa al contratante incumplidor, que, tratándose de una falta de conformidad, será en todo caso el vendedor⁴⁹.

4. CONCLUSIÓN

A tenor de lo expuesto en los párrafos precedentes, por tanto, se puede extraer como primera conclusión, que la gratuidad del sistema de remedios se presenta como una garantía esencial en el marco de la regulación sobre conformidad. La importancia que cabe conceder a este requisito, en aras de la protección del consumidor contratante, es tal que no puede sino

⁴⁵ Cfr. DÍEZ-PICAZO, L., "Fundamentos...", Vol. II, cit., pp. 691 y ss.

⁴⁶ Cfr. CLEMENTE MEORO, M. E., "La facultad...", cit., p. 536, que se dedica a esta cuestión con bastante profundidad y en el marco de la aplicación del artículo 1124 del CC. Ya en el ámbito de la regulación sobre conformidad, cfr. BIANCA, M. C., "Article 3...", cit., pp. 198 y 199; BUSTO LAGO, J. M., "Comentario al artículo 21 del TRLGDCU", cit., pp. 301 y 302.

⁴⁷ Cfr. BIANCA, M. C., "Article 3...", cit., p. 198; y BUSTO LAGO, J. M., "Comentario al artículo 21 del TRLGDCU", cit., p. 301.

⁴⁸ Cfr. el art. 82 de la CISG.

⁴⁹ Cfr. MORALES MORENO, A. M., "Comentario al artículo 1486 del CC", Comentario del Código Civil, (directores C. Paz Ares/L. Díez-Picazo/R. Bercovitz/P. Salvador Coderch), Tomo II, Madrid, 1991, p. 960; CLEMENTE MEORO, M. E., "La facultad...", cit., pp. 537 y ss.

afirmarse su aplicación a todos los remedios que se sancionan en la ley, esto es, tanto en los denominados remedios primarios, la reparación y la sustitución, como en los remedios de carácter subsidiario y que comprenderían la rebaja del precio y la resolución del contrato. En este sentido, puede apuntarse, además, que esta idea está latente en el artículo 1483 de la *Propuesta para la modificación del Derecho de obligaciones y contratos*⁵⁰, cuando declara en su párrafo último que «el vendedor correrá con los gastos de ejecución de la modalidad elegida, incluidos los de transporte y los de mano de obra y materiales»[□].

Ahora bien, aun admitiendo que la gratuidad alcanza en general a todos los remedios y en relación con todos los costes que se derivaran de la puesta en conformidad del bien, en este trabajo se ha defendido la existencia de unos supuestos en los que se debe reconocer al vendedor el derecho a reclamar la indemnización por los daños y perjuicios causados por el consumidor en el uso y disfrute del producto. Más concretamente, el comprador que denuncie una falta de conformidad deberá responder, en caso de que proceda la restitución del bien, ya sea para su sustitución como para resolver el contrato, del menoscabo que hubiere sufrido la cosa debido a una actuación u omisión inadecuada a él imputable. Y es que estos perjuicios no pueden atribuirse a la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad del bien con el contrato. Con ello, el consumidor deberá asumir aquellos perjuicios que excedan de aquellos que se hubieran derivado de un uso del bien adecuado a su naturaleza y finalidad.

⁵⁰ Cfr. la Propuesta elaborada por la Sección de Derecho Civil de la Comisión General de Codificación y publicada por el Ministerio de Justicia, y que en materia de compraventa introduce la obligación de conformidad, en concreto en sus artículos 1445 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

ALFARO ÁGUILA-REAL, J., "Las condiciones generales de la contratación", Madrid, 1991.

AUDIT, B., "La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980", Paris, 1990.

BARRES BENLLOCH, P./ EMBID IRUJO, J. M./ MARTÍNEZ SANZ, F., "Principios de Derecho Contractual Europeo", Partes I y II, Madrid, 2003.

BIANCA, M. C., "Article 3: Droits et remèdes du consommateur", La Directive communautaire sur la vente. Commentaire, (directores M. C. Bianca/S. Grundmann/S. Stinjs), Bruselas, 2004.

BUSTO LAGO, J. M., "Comentario al artículo 21 del TRLGDCU", Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, (coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Cizur Menor, 2009.

CÁMARA LAPUENTE, S., "Un derecho privado o un Código civil para Europa: planteamiento, nudo y (esquivo) desenlace", Derecho privado europeo, (coordinador S. Cámara Lapuente), Madrid, 2003.

CLEMENTE MEORO, M. E., "La facultad de resolver los contratos por incumplimiento", Valencia, 1998.

- "La resolución de los contratos por incumplimiento: presupuestos, efectos y resarcimiento del daño", Barcelona, 2009.

DÍEZ-PICAZO, L., "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", Vol. I, Cizur Menor, 2007

- "Fundamentos del Derecho civil patrimonial", Vol. II, Cizur Menor, 2008.

FENOY PICÓN, N., "Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa. (Evolución del ordenamiento español)", Madrid, 1996.

GARCÍA CANTERO, G., "Comentario de los artículos 1484 a 1490 del CC", Comentarios al Código civil y a las Compilaciones forales, (director M. Albaladejo), Madrid, 1991.

GARCÍA RUBIO, M. P., "Comentario al artículo 1258 del CC", Comentarios al Código civil, (director A. Domínguez Luelmo), Valladolid, 2010.

- "La transposición de la Directiva 1999/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de garantías en la venta de bienes de consumo", La Ley, 2003.

GÓMEZ POMAR, F., "Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica", Indret, 2001.

GONZÁLEZ GONZÁLEZ, A., "La resolución como efecto del incumplimiento en las obligaciones bilaterales", Barcelona, 1987.

GRIMALT SERVERA, P., "Ensayo sobre la nulidad del contrato en el Código civil", Granada, 2008

GRUNDMANN, S./GÓMEZ POMAR, F., "Introduction", La Directive communautaire sur la vente. Commentaire, (directores M. C. Bianca/S. Grundmann/S. Stinjs), Bruselas, 2004.

HONNOLD, J. O., Uniform Law for International Sales, The Hague, 1999.

HOWELLS, G. G. Y WEATHERILL, S., "Consumer Protection Law", Ashgate, 2005.

LANDO, O./BEALE, H., "Principles of European Contract Law", Partes I y II, The Hague/London/ Boston, 2000.

LÓPEZ LÓPEZ, A., "Comentario al artículo 50 de la CISG", La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena, (director y coordinador L. Díez- Picazo), Madrid, 1998.

MARCO MOLINA, J., "La Directiva 1999/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de la venta de consumo. Su incorporación al Derecho civil español y al Derecho civil catalán", La armonización del Derecho de obligaciones en Europa, (coordinadores F. Badosa Coll/ E. Arroyo i Amayuelas), Valencia, 2006.

- "La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo", RCDI, 2002.

MARÍN LÓPEZ, M. J., "Comentario al artículo 120 del TRLGDCU", Comentario del Texto refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias, (coordinador R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Cizur Menor, 2009.

- "Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea: la directiva 1999/44/CE y su incorporación en los Estados miembros", Madrid, 2004.

MORALES MORENO, A. M., "Comentario al artículo 1486 del CC", Comentario del Código Civil, (directores C. Paz Ares/L. Díez-Picazo/R. Bercovitz/P. Salvador Coderch), Tomo II, Madrid, 1991.

- "Incumplimiento del contrato y lucro cesante", Madrid, 2010.

PARRA LUCÁN, M. A., "Los derechos mínimos del artículo 11 LGDCU", ADC, 1988.

PIGNARRE, G., "Les droits (légaux) de l'acheteur", Garantías en la venta de bienes de consumo, Santiago de Compostela, 2004.

REYES LÓPEZ, M. J., "La Ley de garantías en la venta de bienes de consumo", AC, 2004.

SCHULTE-NÖLKE, H./TWIGG-FLESNER, C./EBERS, M., "EC Consumer Law Compendium. The Consumer Acquis and its transposition in the Member States", Munich, 2008.

TENREIRO, M., "La proposition de directive sur la vente et les garanties des biens de consommation", REDC, 1996.

TORRELLES TORREA, E., "Comentario al artículo 119 del TRLGDCU", Comentario a las Normas de Protección de los Consumidores, (director S. Cámara Lapuente), Madrid, 2011.

- "Comentario al artículo 121 del TRLGDCU", Comentario a las Normas de Protección de los Consumidores, (director S. Cámara Lapuente), Madrid, 2011.

TWIGG- FLESNER, C., "Fit for Purpose? The Proposals on Sales", Modernising and Harmonising Consumer Contract Law, (directores G. Howells, R. Schulze), Munich, 2009.

VAQUER ALOY, A., "Incumplimiento del contrato y remedios", Derecho privado europeo, (coordinador S. Cámara Lapuente), Madrid, 2003.

WILL, M., "Comentario al artículo 50 de la CISG", Commentary on the International Sales Law. The 1980 Vienna Sales Convention, (directores M. C. Bianca/M. J. Bonell), Giuffré- Milan, 1987

ZIMMERMANN, R., "Estudios de Derecho Privado Europeo", Madrid, 2000.

PÉREZ GIL, J. (COORD.) *EL PROCESO PENAL EN LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN. LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS PARA INVESTIGAR Y PROBAR EL DELITO*. ED. LA LEY, MADRID, 2012 (604 PÁGS.)*

MARIEN AGUILERA MORALES
Profesora Titular de Derecho Procesal. UCM

No por tónica resulta incierta la afirmación de que nuestra actual normativa procesal penal resulta en muchos aspectos inútil para colmar las necesidades a que pretende servir. Uno de esos aspectos es, sin duda, la investigación y prueba del hecho delictivo. En este ámbito, ciertamente, nuestro Derecho Procesal se halla a años luz de cuanto acontece en la realidad; una realidad inmersa en lo que se ha venido a llamar “sociedad de la información”, habida cuenta del incuestionable papel que juegan las tecnologías en la creación, distribución y manipulación de cualquier clase de información, incluida la relacionada con la comisión del delito, con su investigación y con su prueba.

Acompasar la norma a esta realidad es objetivo que no sólo compromete al legislador. Nos compromete a todos, toda vez que la eficacia de la norma en la persecución del hecho delictivo y de sus responsables aprovecha a la sociedad misma. Pues bien, este libro no ya es sólo que responda a este compromiso, es que lo hace de un modo sobresaliente.

Primero, porque en él, amén de darse a conocer las novedosas técnicas de investigación y prueba del delito y las fuentes de que tales técnicas se nutren, se analiza –desde otra perspectiva– la importancia que las propias tecnologías de la información y de la comunicación (las conocidas como TICs) despliegan en la comisión de todo tipo de modalidades delictivas.

Segundo, porque en él se evidencian los problemas de toda índole ligados al uso de estas técnicas en aras a lograr un resultado probatorio susceptible de ser utilizado válidamente en el seno de un proceso penal.

Y, tercero, porque el libro en cuestión contiene una pléyade de propuestas dirigidas a solventar tal problemática y, por lo mismo, a allanar un camino que más tarde o más temprano tendrá que afrontar el legislador español.

Por si estos rasgos que destacamos no denotaran suficientemente la utilidad de esta obra para estudiosos y prácticos, permítasenos subrayar dos cualidades más, predicables en su generalidad del total de los trabajos que en ella se recogen.

Así, y de un lado, se tiene bien presente que “sociedad de la información” y “globalización” son dos términos tan íntimamente ligados entre sí que todo lo relativo a la investigación y prueba delictiva presupone la posibilidad de su utilización transfronteriza. Esto sentado, bien se explica que sus contenidos vayan más allá del análisis, la exposición de los problemas y las propuestas dentro de nuestras fronteras, y comprendan también aspectos de Derecho extranjero, comparado y de la Unión Europea.

* Fecha de recepción: 6-07-2011
Fecha de aceptación: 11-07-2012

De otro lado, tampoco se olvida que frente al “eficientismo” que juegan las nuevas tecnologías y técnicas de obtención de información en la investigación y eventual sanción de los hechos delictivos, su utilización implica a menudo a ciertos derechos y garantías fundamentales, que han de ser respetados para que la información recabada llegue a ser válidamente valorada por el órgano jurisdiccional.

Con estos méritos y el aval de sus autores, las más de seiscientas páginas que componen este libro se estructuran en cinco bloques.

El primero comprende dos estudios relativos al uso de la inteligencia en el proceso penal y, más concretamente, a la relevancia de la información recopilada por los servicios de inteligencia en la prevención, investigación, persecución y enjuiciamiento de los delitos de terrorismo.

Bajo el nombre de “nuevas técnicas de obtención de la información”, el segundo bloque agrupa el estudio de diversas técnicas que, aunque en su mayoría son susceptibles de emplearse como instrumento de comisión del delito, resultan igualmente útiles para su investigación y prueba. Así, y en concreto, se analiza la intervención del contenido de las comunicaciones telefónicas y la polémica suscitada en relación con la información obtenida a través del sistema SITEL; la obtención de los datos no comunicativos ligados al uso de la telefonía móvil o, lo que viene a ser lo mismo, de la información georreferenciada que puede obtenerse a través de su empleo; la obtención, igualmente, de datos almacenados o transmitidos a través de las comunicaciones electrónicas e informáticas —en particular: la averiguación de una IP y la identificación de su titular, y la captura de éstos y otros datos a través de los registros remotos de los equipos informáticos y de la infiltración de los agentes encubiertos en la red—; y la captación de imágenes y sonidos obtenidos mediante el empleo de dispositivos de videovigilancia.

El tercer bloque gira en torno al uso forense de la denominada prueba de ADN y de sus bases de datos. Dada la fiabilidad de este medio de investigación y prueba en términos probabilísticos, éste es sin duda uno de los ámbitos en que más se ha dejado sentir el avance científico-tecnológico al servicio de la lucha contra la criminalidad. Desde un punto de vista jurídico, en cambio, la regulación del denominado uso forense de la tecnología de ADN plantea, como decíamos, todo un haz de problemas tras los que subyace patente la necesidad de respetar determinados derechos y garantías en la obtención de perfiles genéticos o muestras biológicas, en su análisis forense y en el tratamiento de estos datos.

El cuarto bloque da cabida a algunas de las más relevantes cuestiones de Derecho penal sustantivo ligadas a la sociedad de la información y, singularmente, a la utilización de las TICs en la comisión de infracciones penales. Así, se analizan los problemas jurídicos que plantea la actual protección penal de los derechos de autor —problemas que, interpolamos, tiene que ver con los propios tipos penales relativos a la propiedad intelectual, así como con la suma frecuencia con que este tipo de conductas delictivas se comente a través de Internet—. También se aborda el estudio del delito de falsificación de tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje: un nuevo tipo penal que supone un importante giro en lo relativo a esta clase de conductas falsarias tanto en lo sustantivo como en lo procesal. Más genéricamente se ponen de relieve los rasgos que, frente a las formas de comisión delictiva clásica, distinguen a los delincuentes que hacen de las TIC el medio con que llevar a cabo su actividad criminal.

En el quinto bloque se examina, finalmente, si la Justicia penal está preparada —o no— para el envite que supone combatir la delincuencia tecnológica con pleno respeto a los derechos que están en juego en la persecución de la criminalidad, incluido, claro es, el derecho a la protección de datos personales. Como a nadie escapa, la conclusión que en este punto se alcanza es obvia: es mucho aún lo que queda por “modernizar” en el ámbito de nuestra Administración de Justicia y muchos los retos a los que, en este contexto, nos enfrentamos.

Con todo, libros como éste —coordinado por el Prof. Pérez Gil— demuestran que ningún desafío resulta inalcanzable si existe voluntad de afrontarlo y se aúnan los necesarios esfuerzos. El Congreso Internacional «Investigar y probar el delito en la sociedad de la información», que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de Burgos los días 6 y 7 de octubre de 2011, fue el origen de estos esfuerzos, al que se sumó el del Centro de Estudios Jurídicos del Ministerio de Justicia, al incluir el Congreso en sus planes de formación.

