

Guillem Izquierdo Grau
Universidad Autónoma de
Barcelona

Reacondicionamiento, refabricación y modificación sustancial de productos

Sumario

-

En el marco de la estrategia de la Unión Europea sobre el tránsito hacia el paradigma de la economía circular, se están impulsando, desde diferentes ámbitos normativos, la reutilización de productos ya introducidos en el mercado o puestos en servicio, mediante el reacondicionamiento y la refabricación de bienes. Ambos procesos ya aparecían tímidamente en la legislación europea. No obstante, la irrupción de los bienes con elementos digitales y con el impulso de la economía circular han sido los elementos que han propiciado la necesidad de poner el foco legislativo sobre esta categoría de bienes. Actualmente, nos encontramos en un momento de cambios legislativos profundos, donde la Unión Europea está adoptando nuevos reglamentos y directivas que actualizan los principios sobre los que se han asentado el derecho contractual europeo y el derecho de daños. El presente trabajo se propone analizar cuál es el tratamiento dispensado a los bienes reacondicionados y refabricados a la luz del estado legislativo actual y qué consecuencias tiene para la responsabilidad del fabricante que se acometan estos procesos mediante una modificación sustancial de sus productos.

Abstract

-

Within the framework of the European Union's strategy on the transition to the circular economy paradigm, the reuse of products already on the market or put into service, through the refurbishment and remanufacturing of goods, is being promoted in different regulatory spheres. Both processes were already timidly appearing in European legislation. However, the irruption of goods with digital elements and the promotion of the circular economy have been the elements that have led to the need to put the legal focus on this category of goods. We are currently at a time of deep legislative changes, where the European Union is adopting new regulations and directives that update the principles on which European contract law and tort law have been based. This paper aims to analyze how refurbished and remanufactured goods are dealt with in the light of the current state of the art and what are the consequences for the liability of the producer when these processes are undertaken by a substantial modification of its products.

Title: *Refurbishment, remanufacturing and substantial modification of products*

-

Palabras clave: bienes reacondicionados, bienes refabricados, modificación sustancial de producto, responsabilidad del productor, diseño sostenible, seguridad general de los productos, plataforma en línea sobre reparaciones y reacondicionamiento, modificación sustancial.

Keywords: *refurbished goods, remanufactured goods, substantial modification, producer liability, eco-design, general safety product, online platform for repair and refurbishment, substantial modification.*

-

DOI: 10.31009/InDret.2023.i4.03

4.2023

Recepción

03/08/2023

-

Aceptación

09/10/2023

-

Índice

-

1. Introducción

2. ¿Qué entendemos por reacondicionamiento y refabricación de bienes?

2.1. El reacondicionamiento

2.2. La refabricación

3. Análisis del reacondicionamiento y la refabricación a la luz del estado actual de la legislación europea

3.1. La Directiva (UE) 2019/771, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes

a. Ámbito de aplicación

b. La conformidad

c. Responsabilidad del vendedor

d. Carga de la prueba

e. Medidas correctoras. ¿Es posible sustituir un bien defectuoso con un bien reacondicionado o refabricado?

3.2. Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico

a. Ámbito de aplicación: los bienes físicos

b. Requisitos de diseño ecológico relativos al reacondicionamiento y la refabricación

3.3. Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos

a. Fabricante y modificación sustancial de productos

b. Exoneración de responsabilidad del fabricante original en caso de modificación sustancial de productos

c. Reinicio del plazo de prescripción en caso de modificación sustancial de productos

d. ¿Cómo debe articularse la responsabilidad entre el fabricante originario y el modificador sustancial?

3.4. Reglamento de Seguridad General de los Productos

a. Consideraciones generales

b. ¿Qué es “producto” según el nuevo reglamento?

c. Es fabricante quien modifica sustancialmente un producto

d. ¿Qué entendemos por modificación sustancial según el nuevo reglamento?

3.5. Propuesta de Directiva para promover la reparación de bienes

a. Un nuevo impulso para la reparación de bienes

b. La plataforma en línea sobre reparaciones y bienes sujetos a reacondicionamiento

4. Conclusiones

5. Bibliografía

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-
No Comercial 4.0 Internacional 

1. Introducción^{1*}

Desde el año 2020, la Unión Europea está adoptando iniciativas legislativas que se enmarcan en las comunicaciones de la Comisión Europea sobre el Pacto Verde Europeo² y del Plan de Acción para la Economía Circular por una Europa más limpia y más competitiva³. Ambas comunicaciones fijan los objetivos de la Unión Europea sobre desarrollo sostenible de las Naciones Unidas y la Agenda 2030, además de prever la hoja de ruta para convertir el continente europeo en el primer continente climáticamente neutro del mundo en 2050.

Si nos fijamos en los ejes fundamentales del Plan de Acción para la Economía Circular para una Europa más limpia y más competitiva, vemos que el diseño de productos sostenibles, el empoderamiento de los consumidores y la circularidad de los procesos de producción constituyen algunas de las piezas sobre las que se deberá construir la legislación europea que persiga la consecución de los ambiciosos objetivos climáticos fijados.

Por lo que atañe al diseño de productos sostenibles, la Comisión dice que el 80% del impacto medioambiental que tienen los productos se produce en la fase de diseño, es decir, en la etapa previa a su fabricación. Asimismo, el patrón lineal de consumo actualmente imperante “extraer-fabricar-usar-tirar” no favorece la circularidad de los productos y de sus componentes, por lo que debe adoptarse un nuevo instrumento legislativo que fije, como norma general, la circularidad de los productos y el diseño sostenible. Por tanto, los fabricantes de productos son unos operadores de la cadena de producción de los bienes que deben desarrollar un papel fundamental en la estrategia hacia el paradigma de la economía circular. Asimismo, podríamos decir que, en el nuevo paradigma de la economía circular, el reacondicionamiento y la refabricación son dos cualidades que los productos deberán reunir para ser comercializados en la Unión Europea, toda vez que son propiedades que persiguen alargar el ciclo de vida útil de los productos.

En lo tocante al empoderamiento de los consumidores, la Comisión se propone revisar en el año 2024 la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, (en adelante, DCCB).⁴ Los consumidores son un agente clave de la economía europea y que pueden contribuir decisivamente para alargar la vida útil de los productos mediante nuevas pautas de consumo sostenible. En este sentido, hasta el momento se ha publicado alguna propuesta de *soft law*⁵ que

^{1*} El autor de este trabajo es profesor lector (tenure-eligible Serra Húnter) del Departamento de Derecho Privado de la Universitat Autònoma de Barcelona. Contacto: guillem.izquierdo@uab.cat

² COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Pacto Verde Europeo, Bruselas, 11.12.2019 COM(2019) 640 final.

³ COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, Bruselas, 11.3.2020 COM(2020) 98 final.

⁴ Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) núm. 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE. «DOUEL» núm. L 136/28 de 22 de mayo de 2019.

⁵ EUROPEAN LAW INSTITUTE, «European Commission’s Public Consultation on Sustainable Consumption of Goods – Promoting Repair and Reuse. Response of the European Law Institute», 2022, disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_Sustainable_Consumption_of_Goods.pdf.

aboga por la introducción de los bienes reacondicionados o refabricados en el sistema de remedios que prevé la DCCB ante la falta de conformidad de los bienes, es decir, la posibilidad de sustituir bienes no conformes con bienes reacondicionados o refabricados, o bien promover el uso de estos bienes mediante el reforzamiento de la confianza de los consumidores⁶ a través de una garantía legal para estos bienes.

Al lado de los anteriores ámbitos de intervención legislativa, en los últimos meses la Comisión Europea ha adoptado dos propuestas de directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos⁷ y para promover la reparación de bienes⁸. Asimismo, el pasado 23 de mayo de 2023 el Diario Oficial de la Unión Europea publicaba el nuevo Reglamento (UE) 2023/988 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 relativo a la seguridad general de los productos (en adelante, RSGP)⁹. Estas normas también contienen algunas previsiones acerca del reacondicionamiento y refabricación de bienes que repercuten en la responsabilidad de los fabricantes y de los operadores económicos que llevan a cabo aquellos procesos, mediante modificaciones sustanciales de sus productos. Así pues, el concepto de modificación sustancial de producto adquiere una relevancia capital a los efectos de limitar la responsabilidad del productor originario cuando un tercero, ajeno a su círculo empresarial o profesional, modifica sustancialmente algunas de sus propiedades hasta el punto de equiparar el producto resultante de la modificación sustancial a un producto nuevo.

Por tanto, el objetivo de este trabajo es analizar el régimen jurídico europeo aplicable a los productos reacondicionados y refabricados a la luz del estado legislativo actual, en un momento de cambios profundos de la legislación existente. Por ello, se adopta una perspectiva descriptiva y crítica de la regulación actual.

2. ¿Qué entendemos por reacondicionamiento y refabricación de bienes?

Antes de adentrarnos en el estudio de la legislación actual al reacondicionamiento y la refabricación de bienes, debemos partir de qué se entiende por dichos procesos. Los conceptos de reacondicionamiento y refabricación son confusos y utilizados en ocasiones indistintamente por la doctrina, pero en realidad son procedimientos diferentes a los cuales se someten los bienes y que tienden al restablecimiento o adquisición de nuevas propiedades. Veamos, pues, cuáles son las diferencias existentes entre ambos conceptos.

⁶ Existen diversos estudios que ponen de manifiesto los prejuicios de los consumidores para la adquisición de bienes de segunda mano, usados, reacondicionados o refabricados. En este sentido, *vid.* ABBEY/MELOY/BLACKBURN/GUIDE, «Consumer Markets for Remanufactured and Refurbished Products», *Universidad de California*, núm. 4, 2015, p. 26-42. ESMAELIAN/SAMINATHAN/CADE/BEHDAD, «Marketing strategies for refurbished products: Survey-based insights for probabilistic selling and technology level», *Resources, Conservation & Recycling*, núm. 167, 2021, p. 1-10.

⁷ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, Bruselas, 28.9.2022 COM(2022) 495 final 2022/0302 (COD).

⁸ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2020/182, Bruselas, 22.3.2023, COM(2023) 155 final 2023/0083(COD).

⁹ Reglamento (UE) 2023/988 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifican el Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 87/357/CEE del Consejo, «DOUE» núm. L 135, de 23 de mayo de 2023).

2.1. El reacondicionamiento

En los últimos años, a razón de la estrategia impulsada por la Comisión Europea en aras a la transición del derecho de consumo hacia el nuevo paradigma de la economía circular, el reacondicionamiento de bienes se ha abierto camino en la legislación europea, en particular, en la nueva legislación europea sobre derecho de consumo y la responsabilidad civil del fabricante. Actualmente, no existe una definición a nivel europeo de este concepto consagrada en la legislación europea, pero sí que la doctrina ha acuñado alguna definición y actualmente aparece una definición de este concepto en la Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico (en adelante PRDE)¹⁰. En este sentido, el art. 2.18) PRDE define el reacondicionamiento como la «preparación o modificación de un objeto que es un residuo o de un producto para restablecer su rendimiento o funcionalidad dentro del uso previsto, el intervalo de rendimiento y el mantenimiento concebidos originalmente en la fase de diseño, o para que cumpla las normas técnicas o los requisitos reglamentarios aplicables, con el fin de que sea un producto plenamente funcional».

Existen algunos elementos de la definición que son clave para entender el concepto de reacondicionamiento. En primer lugar, la base del reacondicionamiento viene constituido por un proceso de preparación o modificación de un objeto que es un residuo o de un producto¹¹. A mi juicio, el concepto de residuo es problemático. Para ilustrarlo es suficiente con preguntarse si puede restablecerse el rendimiento o funcionalidad del uso previsto para un residuo. De acuerdo con lo dispuesto en el diccionario de la Real Academia Española, un residuo es aquello que resulta de la descomposición o destrucción de una cosa o el material que queda inservible después de haber realizado un trabajo u operación. Por tanto, no parece que un residuo pueda ser preparado o modificado para que recupere su rendimiento o funcionalidad mediante un proceso de reacondicionamiento. Sin embargo, quizá la Comisión Europea esté pensando en el reciclaje de residuos. En este sentido, el art. 6 de la Directiva 2008/98/CE sobre los residuos establece que puede ponerse fin a la condición de residuo cuando estos hayan sido sometidos a una operación, como el reciclaje, y cuyos elementos resultantes puedan ser utilizados para sus finalidades específicas¹². Por tanto, en la medida que los residuos deben pasar por un procedimiento de reciclaje para que los bienes resultantes puedan ser usados según finalidades específicas, es difícil imaginar un proceso de reacondicionamiento de bienes basado en residuos. Por otro lado, el concepto de producto también es objeto de una definición autónoma en otras normas de la

¹⁰ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles y se deroga la Directiva 2009/125/CE, Bruselas, 30.3.2022, COM(2022) 142 final 2022/0095(COD).

¹¹ ULFBECK, «From Linear to Circular Value Chains: A Role for Tort Liability in Recycling Practices?», *European Journal of Risk Regulation*, núm. 13, 2022, p. 607. La equiparación de los residuos con los productos tiene su origen en el Convenio del Consejo de Europa sobre responsabilidad por daños derivados de los productos en caso de muerte o lesiones corporales de 1977: «There was discussion on whether waste should be considered as a “product” and, accordingly, be subject to the provisions of the convention. The committee considered that if the producer were to use waste in some later manufacturing process or to supply it to another person for that purpose, the waste must be regarded as a product and therefore be subject to the system of liability provided for in the convention. If, however, the waste was discarded, thus becoming refuse, the convention would not apply.»

¹² Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos y por la que se derogan determinadas Directivas, «DOUE» núm. L 312, de 22 de noviembre de 2008. Esta directiva actualmente se encuentra transpuesta en el ordenamiento jurídico español por la Ley 7/2022, de 8 de abril, de residuos y suelos contaminados para una economía circular, «BOE» núm. 85, de 9 de abril de 2022.

Unión Europea¹³, por lo que debe estarse a la definición de producto que prevé la misma PRDE, que pivota sobre el carácter físico del bien¹⁴.

En segundo lugar, el reacondicionamiento se basa en un proceso de “preparación o modificación”. Con estos sustantivos se hace referencia a una nueva condición del bien para que pueda cumplir una nueva finalidad, o bien al cambio de sus propiedades. Son términos suficientemente amplios que incluyen, también, los trabajos de clasificación, selección, inspección, desmontaje, limpieza, reprocesado y montaje¹⁵.

El tercer lugar, el proceso de reacondicionamiento debe conducir al resultado que el bien vea restablecido su rendimiento o funcionalidad dentro del uso previsto, el intervalo de rendimiento y el mantenimiento concebidos originalmente en la fase de diseño, o para que cumpla las normas técnicas o los requisitos reglamentarios aplicables, con el fin de que sea un producto plenamente funcional. Se trata, por tanto, de devolver el bien en las condiciones para que vuelva a ser plenamente funcional, después de cambiar algunas de sus características principales, y así volver a la concepción del mismo en el estado de la fase de diseño.

Para valorar el intervalo de rendimiento que puede esperarse de un bien reacondicionado, debe estarse al rendimiento del bien según fue concebido en la fase de diseño. En este sentido, el art. 6 PRDE se remite al anexo I de dicha Propuesta de Reglamento para fijar los requisitos de rendimiento.

A diferencia de la refabricación, el reacondicionamiento no tiene que llevarse a cabo necesariamente a través de un proceso industrial, lo que conduce a que otros sujetos y operadores económicos, además del fabricante, puedan realizarlo.

En conclusión, el reacondicionamiento no supone la creación de un nuevo producto a través de un proceso industrial, sino que la concepción y la esencia del producto como tal no cambia, sino que se ve modificado en algunas de sus características principales para alcanzar su funcionalidad y rendimiento propios según el estado del mismo en la fase de diseño.

¹³ Para ver algunos ejemplos, Reglamento (UE) 2023/988 del Parlamento Europeo y del Consejo de 10 de mayo de 2023 relativo a la seguridad general de los productos, por el que se modifican el Reglamento (UE) n.º 1025/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 87/357/CEE del Consejo, «DOUE» núm. L 135, de 23 de mayo de 2023. «“producto”: todo objeto, esté interconectado o no con otros objetos, suministrado o puesto a disposición, a título oneroso o gratuito, incluso en el contexto de la prestación de un servicio, destinado a los consumidores o que, en condiciones razonablemente previsibles, pueda ser utilizado por los consumidores, aunque no esté destinado a ellos.»

COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, Bruselas, 28.9.2022 COM(2022) 495 final 2022/0302 (COD). «“producto”: cualquier bien mueble, aun cuando esté incorporado a otro bien mueble o a un bien inmueble; por “producto” se entiende también la electricidad, los archivos de fabricación digital y los programas informáticos.»

¹⁴ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles y se deroga la Directiva 2009/125/CE, Bruselas, 30.3.2022, COM(2022) 142 final 2022/0095(COD). «“producto”: todo bien físico que sea introducido en el mercado o puesto en servicio.»

¹⁵ BRACQUENÉ/BRUSSELAERS/DAMS/PEETERS/DE SCHEPPER/DUFLUO/DEWULF, «Repairability criteria for energy related products. Study in the BeNeLux context to evaluate the options to extend the product life time. Final Report», 2018, disponible en: https://www.benelux.int/files/7915/2896/0920/FINAL_Report_Benelux.pdf.

2.2. La refabricación

El concepto de refabricación tampoco aparece definido en ninguna norma del acervo legislativo comunitario y también va a irrumpir en la futura legislación sobre diseño sostenible de los productos y, por ende, afectará a la responsabilidad de los fabricantes. Encontramos una definición de refabricación en el art. 2.16) PRDE: *«proceso industrial mediante el cual se produce un producto a partir de objetos que son residuos, productos o componentes y a través del cual se introduce al menos un cambio en el producto que afecta a la seguridad, rendimiento, finalidad o tipo del producto que se introduce habitualmente en el mercado con una garantía comercial»*. Se trata, por tanto, de la producción de un producto nuevo a partir de otros productos o componentes. Por las razones expuestas en el apartado anterior, se aboga por la supresión de la referencia a los residuos, pues debe ponerse fin a la condición de residuo de una cosa a través del reciclaje para que los bienes resultantes puedan ser objeto del proceso de refabricación. Por lo que se refiere a los componentes, estos mantienen una relación de accesoriedad respecto de un bien o producto que resulta del proceso de refabricación, habida cuenta de su equiparación con los “productos intermedios” (considerando núm. 11 PRDE).

A tenor de la definición de refabricación, este proceso necesariamente tiene que llevarse a cabo a nivel industrial. En mi opinión, esta previsión dificulta que la refabricación pudiera ser realizada por el mismo titular del bien o por un operador económico que no tenga la consideración de fabricante o productor o que pudiera llevarse a cabo artesanalmente.

El proceso de fabricación al que se somete el bien debe tener una entidad sustancial para producir un cambio en su rendimiento, seguridad o finalidad. Esto nos obliga a tomar en consideración los requisitos de rendimiento que se establecen en el anexo I de la propuesta de Reglamento sobre diseño sostenible y en el RSGP. Por tanto, el cambio sustancial que afecta a la seguridad o al rendimiento del bien que se ha producido a través de un proceso industrial determinará que estemos ante un bien refabricado.

A continuación, la definición de refabricación alude a la introducción en el mercado del producto mediante una garantía comercial. La refabricación persigue extender el ciclo de vida útil del bien y, por ello, una vez completado el proceso, se reintroduce en el mercado y puede ser adquirido por consumidores en el marco de un contrato de compraventa. No comprendo por qué el legislador se refiere a la garantía comercial y no a la legal, toda vez que los bienes refabricados también pueden ser adquiridos a través de un contrato de compraventa y, por tanto, el vendedor debería responder por el plazo de dos años (art. 10 DCCB). ¿Quizá por qué la garantía legal solo está prevista para los bienes nuevos? Lo que no da lugar a dudas es que es el productor quien se convertirá en garante por los defectos o faltas de conformidad que pueda adolecer el bien refabricado, según lo dispuesto en la garantía comercial (art. 17 DCCB).

3. Análisis del reacondicionamiento y la refabricación a la luz del estado actual de la legislación europea

El impulso del reacondicionamiento y la refabricación de bienes vendrá del futuro reglamento europeo que se adopte en materia de diseño sostenible, sin embargo, existen diversas normas en el acervo comunitario europeo que configurarán el régimen jurídico aplicable a esta nueva categoría de bienes. Estas normas también conforman el elenco de obligaciones y

responsabilidades de los fabricantes y vendedores que tratan con bienes y productos en general, y, en particular, los que se mueven en el comercio de bienes usados, reacondicionados o fabricados. Veamos cuáles son y en qué medida contemplan el fenómeno del reacondicionamiento y refabricación de bienes.

3.1. La Directiva (UE) 2019/771, relativa a determinados aspectos del contrato de compraventa de bienes

La Directiva (UE) 2019/771 se aplica a las compraventas de bienes muebles tangibles adquiridos por consumidores mediante un contrato de compraventa formalizado con un vendedor (art. 3 Directiva (UE) 2019/771). Dicha directiva no contiene ninguna referencia al reacondicionamiento o refabricación de bienes, lo que pone de manifiesto que la Directiva (UE) 2019/771 no está pensada en clave de sostenibilidad¹⁶. Asimismo, para junio de 2024 está prevista la revisión de esta directiva (art. 25 DCCB) y no parece que los bienes reacondicionados o refabricados se encuentren dentro de las prioridades de la Comisión Europea, aunque sí que se prevé que sea objeto de revisión el régimen jurídico de los bienes de segunda mano. Veamos cuáles son las reformas necesarias que deben realizarse en la Directiva (UE) 2019/771 para dar cabida, dentro de su ámbito de aplicación, a los bienes reacondicionados y refabricados.

a. *Ámbito de aplicación*

Como hemos mencionado anteriormente, la Directiva (UE) 2019/771 regula determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes que se celebran entre un consumidor y un vendedor (art. 3 DCCB). Quedan, por tanto, fuera de su ámbito de aplicación los bienes adquiridos por medio de otro tipo de contratos. Asimismo, la Directiva (UE) 2019/771 no se pronuncia sobre la naturaleza de los bienes con carácter general para determinar su ámbito de aplicación, es decir, si son bienes muebles nuevos o de segunda mano. No obstante, de acuerdo con su tenor literal dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/771 se pueden incluir tanto los bienes muebles nuevos como los de segunda mano, habida cuenta que la definición de “bienes” del art. 2.5.a) DCCB no alude a esta característica y el art. 3.5.a) DCCB solo prevé que los Estados miembros puedan excluir, en su legislación de transposición, los bienes de segunda mano adquiridos en subasta pública. De ello se desprende que todos los bienes muebles adquiridos mediante un contrato de compraventa, independientemente de su condición de bienes muebles nuevos o usados, entran dentro de su ámbito de aplicación.

No obstante, la falta de una referencia expresa a los bienes reacondicionados o refabricados, igualmente adquiridos a través de un contrato de compraventa, plantea la duda de si el legislador europeo los tuvo en consideración cuando se elaboró la Directiva (UE) 2019/771, o si a causa de la irrupción de esta categoría de bienes debe modificarse dicha Directiva para darles cabida en su ámbito de aplicación. Anteriormente, se ha expuesto que esta Directiva destaca por la falta de sensibilidad en materia de sostenibilidad, por lo que no parece que la Comisión Europea estuviera

¹⁶ Para una crítica de la Directiva (UE) 2019/771 en clave sostenibilidad, *vid.* GARCÍA GOLDAR, «The inadequate approach of Directive (EU) 2019/771 towards the circular economy», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 29, núm. 1, 2022, pp. 9-24. VAN GOOL/MICHEL, «The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis», en *European Journal of Consumer and Market Law*, núm. 4, 2021, pp. 136-148.

pensando en esta categoría de bienes¹⁷. Además, la reciente jurisprudencia del TJUE no ha sido proclive a realizar una interpretación sostenible del derecho de consumo de la Unión¹⁸.

Este escenario nos conduce a plantearnos si los bienes reacondicionados y refabricados pueden tener cabida en el ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/771. Hasta el momento la doctrina no ha llegado a un consenso sobre la naturaleza jurídica de los bienes reacondicionados y refabricados. Existe algún autor que defiende que tales bienes son una subcategoría de los bienes de segunda mano¹⁹, mientras que otros defienden que se asemejan a los bienes nuevos²⁰. Por su parte, un sector doctrinal defiende que constituyen una categoría de bienes autónomos situada entre los bienes nuevos y refabricados²¹.

A mi juicio, para determinar la naturaleza jurídica de los bienes reacondicionados y remanufacturados debemos partir de su concepto y de sus notas características. Anteriormente, hemos visto como la Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico concibe al reacondicionamiento de bienes como un proceso mediante el cual se restablece el rendimiento o la funcionalidad de un bien según su concepción en la fase de diseño. Esta idea de restablecimiento al estado del bien previo a su comercialización sugiere que el reacondicionamiento se lleve a cabo sobre bienes que ya han sido usados y, por tanto, bienes de segunda mano. Por este motivo, a mi modo de ver las cosas, los bienes reacondicionados se asemejan a los bienes de segunda mano y por esta vía podrían considerarse incluidos dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/771, a pesar de que no se haga una referencia explícita a esta categoría de bienes. Se trataría, por tanto, de una interpretación amplia de los bienes de segunda mano.

Por su parte, según el concepto de refabricación que encontramos en la Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico, los bienes refabricados han pasado por un proceso industrial mediante el cual se ha formado un nuevo producto a partir de otros productos o componentes. Como consecuencia de ello se ha cambiado su funcionalidad y posteriormente han sido introducidos en el mercado mediante una nueva garantía. En mi opinión, el proceso de refabricación de bienes se

¹⁷ Solo encontramos unas referencias a la economía circular en los considerandos núm. 32 y 48 Directiva (UE) 2019/771.

¹⁸ *Vid.* Sentencia de 27 de marzo de 2019, *slewo - schlafen leben wohnen GmbH contra Sascha Ledowski*, C-681/17, ECLI:EU:C:2019:255.

¹⁹ MICKLITZ/SCHIEFKE/LIEDTKE/KENNING/SPECHT-RIEMENSCHNEIDER/BAUR, «E-commerce and the trade-off between consumer protection and sustainability», Advisory Council for Consumer Affairs at the German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, 2020, p. 26.

²⁰ VAN GOOL/MICHEL, «The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis», en *European Journal of Consumer and Market Law*, núm. 4, 2021, pp. 138. Esta es la opción por la que también se posiciona la Comisión Europea, *vid.* COMISIÓN EUROPEA, Comunicación de la Comisión “Guía azul” sobre la aplicación de la normativa europea relativa a los productos, «DOUE» núm. 247, de 29 de julio de 2016. «Un producto que ha sido objeto de cambios o revisiones importantes dirigidos a modificar sus prestaciones, su propósito o su tipo originales después de haber sido puesto en servicio, con una incidencia significativa en su cumplimiento de la legislación de armonización de la Unión, debe ser considerado un producto nuevo.»

²¹ LOOS, B. M., «Rubbish or recycling? Furthering sustainability by developing specific provisions for the sale of second-hand goods» Amsterdam Law School Legal Studies Research Paper núm. 2022-15, Amsterdam Centre for Transformative private law Working Paper núm. 2022-02, 2002, p. 7. EUROPEAN LAW INSTITUTE, «Feedback of the European Law Institute on the European Commission’s Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods (COM(2023) 155 final)», p. 15-16. disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_Right_to_Repair.pdf.

asemeja al proceso de fabricación y, por tanto, estos bienes se equiparan a los bienes nuevos²². En consecuencia, los bienes refabricados podrían equipararse a los bienes nuevos y, por tanto, entender que se incluyen dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/771, a pesar de que en este caso tampoco se hace una referencia expresa a este tipo de bienes.

En conclusión, por las razones expuestas, tanto los bienes reacondicionados como los bienes refabricados deben incluirse dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (UE) 2019/771, pero para mayor claridad se sugiere que en aras a la reforma de la directiva proyectada para junio de 2024 se haga una referencia expresa a estas categorías de bienes por razones de seguridad jurídica. Sin embargo, como luego se verá, la conceptualización de los bienes reacondicionados como bienes de segunda mano y los bienes refabricados como bienes nuevos hace que existan diferencias en cuanto al régimen jurídico aplicable a ambas categorías de bienes, por lo que se aboga por una conceptualización unitaria que elimine las diferencias que puedan derivar de su naturaleza jurídica.

b. La conformidad

En el momento de la entrega, los bienes no deben adolecer de ninguna falta de conformidad y, por tanto, deben cumplir los criterios de la conformidad que fijan los arts. 5 a 9 DCCB. Los requisitos de conformidad cumplen la función de permitir enjuiciar si el bien presenta algún defecto, sin tener que pactar todas las características del bien en el contrato de compraventa, lo que dificultaría su contratación.

Los bienes reacondicionados y refabricados, en la medida que han sufrido un cambio en sus propiedades, plantean la duda de cómo debe valorarse su conformidad. Debemos partir de la premisa que, en general, los criterios de la conformidad se aplicarán a todos los bienes muebles, independientemente de su naturaleza. No obstante, está claro que la naturaleza y propiedades de los bienes reacondicionados y refabricados condicionará la decisión del consumidor de comprar este tipo de bienes y, a resultas de ello, también afectará el juicio de su conformidad.

En este punto debemos hacer algunas consideraciones a la luz de la Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2011, sobre los derechos de los consumidores (en adelante, DDC)²³. Entre los deberes de información precontractual, tanto para los contratos distintos de los contratos a distancia o celebrados fuera del establecimiento, como en los contratos a distancia o fuera del establecimiento, los arts. 5 y 6 DDC establecen la obligación del empresario de informar al consumidor sobre las características principales de los bienes. A priori, por tanto, los deberes de información precontractual ya obligan al empresario a informar al consumidor sobre su naturaleza, es decir, si se trata de un bien nuevo, de segunda

²² Vid. Considerando núm. 44 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos Bruselas, 28.9.2022, COM(2022) 495 final 2022/0302 (COD): «Dado que los productos modificados sustancialmente son en esencia productos nuevos, el plazo de prescripción debe reanudarse después de que un producto haya sido modificado sustancialmente, por ejemplo como resultado de una remanufactura que modifique un producto de tal manera que pueda verse afectada su conformidad con los requisitos de seguridad aplicables.»

²³ 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 derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, «DOUE» núm. L 304, de 22 de noviembre de 2011.

mano, reacondicionado o refabricado. No obstante, la eficacia de la información precontractual es discutida²⁴, máxime cuando el TJUE ha declarado que puede suministrarse a través de las condiciones generales de la contratación de un contrato²⁵. Por este motivo, algún autor ha discrepado que mediante los deberes de información contractual el consumidor puede tener un conocimiento real sobre la naturaleza del bien contratado²⁶.

Con el objetivo de que el consumidor conozca la verdadera naturaleza del bien, el art. 7.5 DCCB prevé una doble exigencia de información para que el consumidor tenga conocimiento real de que una característica del producto se aparta de los requisitos de la conformidad. En primer lugar, en el momento de la celebración del contrato, el vendedor debe informar al consumidor de manera específica que una determinada característica se aparta de los requisitos de la conformidad y, en segundo lugar, el consumidor debe aceptar de manera expresa y por separado la divergencia. Según el considerando núm. 36 DCCB, el consumidor debe expresarse de forma activa e inequívoca.

Teniendo en cuenta lo anterior, el consumidor debería ser informado de la naturaleza del bien cuando se dispone a adquirir un bien reacondicionado o refabricado (arts. 5 y 6 DDC). Asimismo, según el art. 7.5 DCCB, también debería informarse sobre este extremo y consiguientemente, aceptar por separado y de forma expresa esta característica. No obstante, la protección que dispensa el art. 7.5 DCCB también tiene el efecto de ahuyentar a los consumidores de la compraventa de bienes de segunda mano, reacondicionados o refabricados porque presupone que poseen unas propiedades inferiores respecto de los bienes nuevos.

Para separar las diferencias existentes entre los bienes reacondicionados y refabricados es necesario equiparlos en una única categoría de bienes y dotarlos de una declaración y presunción de conformidad, similar a lo que previene la Directiva 2009/125/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se insta un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía²⁷, una directiva que va camino de ser derogada por el futuro Reglamento de diseño ecológico. Posteriormente, se volverá a retomar el estudio de la conformidad de los bienes reacondicionados y refabricados con ocasión del análisis de la Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico.

²⁴ BEN-SHAHAR/SCHNEIDER, *More than you wanted to know. The Failure of Mandate Disclosure*, Princeton University Press, Princeton, 2014.

²⁵ *Vid.* Sentencia de 24 de febrero de 2022, Tiketa UAB contra M. Š, C-536/20, ECLI:EU:C:2022:112. «46. Así pues, lejos de prohibir el uso de determinadas técnicas de comunicación, la Directiva 2011/83 se limita a regular el contenido de la información precontractual que debe proporcionarse al consumidor (véase, por analogía, la sentencia de 23 de enero de 2019, Walbusch Walter Busch, C-430/17, EU:C:2019:47, apartado 43). De ello se deduce que nada impide que, antes de la celebración del contrato, la información prevista en el artículo 6, apartado 1, de esa Directiva se ponga en conocimiento del consumidor en las condiciones generales de la prestación de servicios en el sitio de Internet del intermediario, aprobadas por dicho consumidor marcando la casilla prevista a tal efecto.»

²⁶ LOOS, B. M, «Rubbish or recycling?», p. 17-18.

²⁷ Directiva 2009/125/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se insta un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía, «DOUE» núm. L 285, de 31 de octubre de 2009.

c. *La responsabilidad del vendedor*

Una vez los bienes han sido adquiridos por consumidores mediante un contrato de compraventa pueden manifestarse defectuosos. Si la falta de conformidad se manifiesta dentro del plazo de responsabilidad del vendedor que fija el art. 10.1 DCCB, el vendedor deberá responder por la falta de conformidad si existía en el momento de la entrega del producto. Por ello, el vendedor no responderá por las faltas de conformidad sobrevenidas si son imputables al consumidor o a un tercero.

Con carácter general, el art. 10.1 DCCB fija un plazo de responsabilidad del vendedor de dos años, ampliables por los Estados miembros (art. 10.3 DCCB). Para el caso de los bienes de segunda mano, el art. 10.6 DCCB prevé que los Estados miembros podrán disponer que, en el caso de los bienes de segunda mano, el vendedor y el consumidor puedan convenir términos contractuales o pactos con un período de responsabilidad más breve, siempre que ese período o plazo más breve no sea inferior a un año. El considerando núm. 43 DCCB trata de justificar las razones por las cuales los Estados miembros pueden prever en su legislación de transposición que las partes puedan reducir el plazo de responsabilidad del vendedor en las compraventas de bienes de segunda mano:

«(43) Por lo que respecta a algunos aspectos, podría justificarse un trato diferente de los bienes de segunda mano. Aunque un período de responsabilidad o plazo de prescripción de dos años o más habitualmente permite conciliar los intereses del vendedor y el consumidor, puede que esto no sea así en lo que respecta a los bienes de segunda mano. Los Estados miembros deben por lo tanto poder permitir a las partes que convengan un período de responsabilidad o plazo de prescripción más breve para dichos bienes. Dejar que esta cuestión sea objeto de acuerdo contractual entre las partes aumenta la libertad contractual y garantiza que el consumidor deba ser informado tanto de que el bien es de segunda mano como de la reducción del período de responsabilidad o plazo de prescripción. No obstante, dicho período establecido por contrato no debe ser inferior a un año.»

El considerando transcrito aboga por la libertad contractual de las partes y por el equilibrio de sus intereses para habilitar a los Estados miembros para prever que las partes puedan fijar un período de responsabilidad más breve en las compraventas de bienes de segunda mano. No son, por tanto, razones objetivas las que justifican tal previsión, lo que ha sido criticado por algún autor²⁸.

En este contexto, y en aras a equiparar el régimen jurídico de todos los bienes muebles adquiridos por medio de un contrato de compraventa, debería preverse un único plazo de responsabilidad del vendedor, independientemente de la naturaleza del bien y, así, estimular el crecimiento de las compraventas de bienes reacondicionados y refabricados²⁹. En caso contrario, la previsión de un menor plazo de responsabilidad del vendedor de bienes de segunda mano, reacondicionados o refabricados denota una concepción peyorativa de los bienes que no son nuevos.

²⁸ LOOS, B. M, «Rubbish or recycling?» p. 10-13.

²⁹ Idem. Se muestra partidario de eliminar la posibilidad de reducir el plazo de responsabilidad del vendedor en las compraventas de bienes de segunda mano si no contribuye a incrementar la adquisición de este tipo de bienes. En el mismo sentido, VAN GOOL/MICHEL/KEIRSBILNK/TERRY, «Public consultation as regards the Sustainable consumption of goods – promoting repair and reuse initiative», KU Leuven, pp. 6-7.

d. *La carga de la prueba*

Para facilitar la prueba de la falta de conformidad, se establece una presunción conforme a la cual, si la falta se manifiesta en el primer año desde la entrega del producto, se entiende que ya existía en el momento de la entrega y, por tanto, el consumidor no debe probar que la falta de conformidad es imputable al vendedor, sino que este extremo se presume (art. 11.1 DCCB). Este plazo es ampliable por los Estados miembros hasta los dos años (art. 11.2 DCCB). El precepto comentado no hace ninguna referencia a los bienes de segunda mano, reacondicionados o refabricados. Solo dice que esta presunción no operará cuando sea incompatible con la naturaleza de los bienes o con la causa que produce la falta de conformidad. En este sentido, el considerando núm. 45 DCCB se refiere, para el primer caso, a los bienes perecederos como las flores y a los bienes de un solo uso. Por tanto, a tenor de lo dispuesto en la misma DCCB, no parece que la posible consideración de los bienes reacondicionados o refabricados como bienes de segunda mano sea un motivo para excluir la aplicabilidad de la presunción de la falta de conformidad³⁰. Sin embargo, sería oportuna una aclaración al respecto, como previene la DCCB respecto de los bienes con elementos digitales (art. 11.1 in fine DCCB).

Por tanto, si los bienes reacondicionados y refabricados fueran considerados como bienes de segunda mano, independientemente de la conceptualización de los bienes reacondicionados o refabricados como bienes nuevos o de segunda mano, gozarían del mismo plazo para presumir la falta de conformidad de los bienes, puesto que la Directiva (UE) 2019/771 no hace distinciones en función de la naturaleza de los bienes. Lo anterior entra en contradicción con el art. 10.6 DCCB, que prevé un menor plazo de responsabilidad del vendedor para las compraventas de bienes de segunda mano. Siguiendo dicho criterio, la carga de la prueba tendría que reducirse también a la mitad en las compraventas de bienes de segunda mano, pero el legislador europeo no lo ha previsto. Por tanto, en la mayoría de casos el período de responsabilidad del vendedor coincidirá con el período de la carga de la prueba, lo que es beneficioso para el consumidor (art. 121.1 in fine TRLGDCU). Pero esta afirmación parte del período de responsabilidad del vendedor de un año respecto de los bienes de segunda mano, algo que anteriormente ya se ha criticado. Por tanto, debería aumentarse el período de la carga de la prueba, puesto que si el bien se manifiesta defectuoso una vez ya ha transcurrido, el consumidor tendrá que probar que el defecto era existente en el momento de la entrega, algo, sin duda alguna, que es complicado.

e. *Medidas correctoras. ¿Es posible sustituir un bien defectuoso por un bien reacondicionado o refabricado?*

Una vez se ha manifestado la falta de conformidad, la Directiva (UE) 2019/771 pone al alcance de las partes un conjunto jerarquizado de remedios para subsanarla. En primer lugar, la reparación o la sustitución se colocan en el primer nivel (art. 13.1 DCCB)³¹ en tanto que son medidas

³⁰ LOOS, B. M. «Rubbish or recycling?», pp. 21 y 23. El autor propone que, para estimular las compraventas de bienes de segunda mano, las normas de la DCCB sean aplicables, también, a las compraventas de bienes de segunda mano celebradas entre consumidores a través de plataformas de intermediación. No obstante, propone dejar al margen algunas previsiones, como la carga de la prueba (art. 11 DCCB). Por tanto, puede deducirse que la carga de la prueba operará a las compraventas de bienes de segunda mano o de bienes reacondicionados o refabricados.

³¹ Actualmente se encuentra tramitándose una Propuesta de Directiva que prevé priorizar la reparación sobre la sustitución si aquella tiene unos costes iguales o inferiores a la sustitución. *Vid.* Art. 12 Propuesta de Directiva del Parlamento europeo y del Consejo por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2020/1828, Bruselas,

correctoras de la prestación del vendedor, es decir, entregar un bien conforme con el contrato de compraventa. En segundo lugar, la reducción del precio y la resolución del contrato tratan de reequilibrar las prestaciones de las partes cuando se cumplen los presupuestos que permiten exigir el ejercicio de estos remedios (art. 13.4 DCCB).

Los bienes reacondicionados o refabricados si son adquiridos por consumidores a través de un contrato de compraventa obvio es que, en caso de revelarse no conformes con el contrato de compraventa, tendrán que ser reparados o sustituidos, o bien deberá reembolsarse parte del precio al consumidor o resolverse el contrato. No obstante, en relación con los bienes en general, se ha planteado la posibilidad de que la sustitución de un bien no conforme pueda realizarse con un bien reacondicionado o refabricado. De entrada, algunos estudios ponen de manifiesto que los consumidores no confían en esta posibilidad, pues creen que los bienes usados, reacondicionados o refabricados no tienen las mismas garantías de fiabilidad que los bienes nuevos³². No obstante, los resultados demuestran una clara mejora en este campo en los últimos cinco años. El 80% de los bienes no presentaban ningún problema. En este sentido, si se impusiera la necesidad de realizar la sustitución con este tipo de bienes, considero que debería regularse mejor la forma de llevar a cabo la sustitución. Los vendedores deberían comprobar la conformidad del bien antes de entregárselo y certificar su conformidad.

Un sector doctrinal ha abogado por la necesidad de reformar la Directiva (UE) 2019/771 para incluir una definición de “sustitución” que incluya expresamente la posibilidad de sustituir un bien no conforme con un bien reacondicionado o remanufacturado³³. Esto acabaría con la ambigüedad que existe sobre este particular en la Directiva (UE) 2019/771 y permitiría que los tribunales de justicia pudieran facilitar su aplicación, habida cuenta que, salvo excepciones³⁴, la sustitución por un bien nuevo se ha impuesto en la práctica³⁵.

22.3.2023 COM(2023) 155 final 2023/0083 (COD). Para una exposición crítica del cambio legislativo propuesto, vid. MARÍN LÓPEZ, «La reforma de la Directiva 2019/771, de contratos de compraventa de bienes de consumo, contenida en la Propuesta de Directiva de 22 de marzo de 2023», disponible en https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_reforma_de_la_Directiva_2019_771_.pdf.

³² EUROCONSUMERS, «Refurbished iphones are getting better and better», <https://www.euroconsumers.org/activities/refurbished-iphones-improve>.

³³ VAN GOOL/MICHEL/KEIRSBILNK/TERRYN, «Public consultation», KU Leuven, p. 5. «‘replacement’ means the remediation by the seller of a lack of conformity by providing to the consumer a good that conforms with the sales contract, which might be a repaired, refurbished or remanufactured good that meets the conformity requirements.» En el mismo sentido, vid. KRYLA-CUDNA, «Sales Contract and the Circular Economy», *European Review of Private Law*, núm. 6, 2020, p. 1221-1225. MAK/TERRYN, «Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law», *Journal of Consumer Policy*, núm. 43, 2019, pp. 236.

³⁴ MAITRE-EKERN/DALHAMMAR, «A Scandinavian Perspective on the Role of Consumers in the Circular Economy», en KEIRSBILCK/TERRYN (eds.), *Consumer Protection in a Circular Economy*, Intersentia Publishing nv, Cambridge, 2019, pp. 215-216. STS de Noruega de 17 de febrero de 2006, Rt 2006, s 179. Un consumidor compró unas botas que se rompieron al cabo de seis semanas de la compraventa. El consumidor pidió su sustitución y el vendedor la rechazó alegando la desproporcionalidad del remedio. El Tribunal dio la razón al vendedor, interpretando la desproporcionalidad en clave medioambiental.

³⁵ VAN GOOL/MICHEL/KEIRSBILNK/TERRYN, «Public consultation», KU Leuven, p. 5. WATSON/TOJO/BAUER/MILIOS/GYLLING/THRONRE-HOLST «Circular Business Models in the Mobile Phone Industry», p. 58, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/345689895_Circular_Business_Models_in_the_Mobile_Phone_Industry. El artículo contiene la referencia de un caso de Dinamarca donde el consumidor reclamó la reparación de un teléfono móvil poco después de su adquisición. El fabricante le devolvió el teléfono con algunas piezas provenientes de otro teléfono. El consumidor reclamó un producto nuevo y el fabricante se negó a su pretensión.

3.2. Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico

En marzo de 2022, la Comisión Europea hizo pública una nueva ambiciosa propuesta de reglamento por la que se pretende que la Unión Europea cumpla algunos de los objetivos ambientales fijados en el Pacto Verde Europeo y en el Plan de Acción para la Economía Circular por una Europa más limpia y más competitiva. Se trata de la Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico, al cual ya nos hemos referido anteriormente. Según los considerandos de la norma, dicha propuesta de reglamento se erige como un instrumento fundamental para transitar hacia una economía climáticamente neutra y centra el foco regulatorio en el diseño sostenible de los productos.

El marco regulatorio actual viene constituido por la Directiva 2009/125/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de octubre de 2009, por la que se insta un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía. El ámbito de aplicación de la Directiva 2009/125/CE está limitado por los bienes que consumen energía, por lo que otras categorías de bienes escapan de su ámbito de aplicación. Esta es la razón por la que hay que adoptar una nueva regulación, es decir, la necesidad de dotarnos a nivel europeo de una nueva legislación aplicable con carácter general a todas las categorías de productos y que establezca requisitos vinculantes y transversales para asegurar que todos los productos que entran dentro del ámbito de la Unión Europea cumplan estos requisitos de sostenibilidad medioambiental. De esta forma, todos los productos que se introduzcan y comercialicen en el mercado a la Unión Europea deberán ser aptos para el tráfico circular.

El diseño ecológico de los productos constituye la base de las nuevas obligaciones que la Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico impone a los operadores económicos, mediante el cual el legislador europeo pretende reducir el impacto medioambiental de los productos. De esta forma, el diseño ecológico dejará de ser una decisión de política empresarial que dependa de los fabricantes y será la nueva metodología que se impondrá normativamente³⁶.

La Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico incide sobre diferentes materias que tienen un impacto medioambiental claro, donde destacan los requisitos de diseño ecológico (capítulo II); el pasaporte digital del producto (capítulo III); las etiquetas (capítulo IV); la prohibición de destruir productos de consumo no vendidos (capítulo VI); y las obligaciones de los agentes económicos (capítulo VII), entre otros. Por lo que atañe al objeto de este trabajo, nos centraremos en los requisitos de diseño ecológico, donde tienen especial relevancia los procesos de reacondicionamiento y de refabricación de productos.

a. *Ámbito de aplicación: los bienes físicos*

La Propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico incorpora una nueva definición de producto que se adapta a las exigencias de la nueva regulación. A tenor de la definición de producto

El caso llegó a los tribunales y el fabricante fue obligado a entregar un bien nuevo al consumidor en sustitución del defectuoso o bien a reembolsar el precio de la compraventa.

³⁶ Para un análisis de los presupuestos básicos del diseño ecológico, *vid.* DOPAZO FRAGUÍO, «El diseño de productos sostenibles como paradigma preceptivo: evolución normativa y régimen jurídico propuesto en la Unión Europea», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 139, 2023, p. 1-57.

contenida en el art. 2.1) PRDE, destaca el carácter físico o corporal de los bienes. Esto no debe sorprendernos si uno de los objetivos que se persiguen es reducir los residuos y aumentar el reciclado de los productos, algo que solo tiene sentido respecto de los bienes corporales, físicos o tangibles. No obstante, existen determinadas categorías de productos físicos que quedan fuera del ámbito de aplicación de la nueva regulación porque por su propia naturaleza no pueden cumplir requisitos de diseño ecológico. Es el caso de los alimentos; los piensos; los medicamentos para uso humano; los medicamentos veterinarios; las plantas; animales y organismos vivos; los productos de origen humano y los productos de origen vegetal y animal, directamente relacionados con su futura reproducción. Por tanto, la propuesta de Reglamento sobre diseño ecológico adopta una definición autónoma de producto que se amolda a las categorías de productos respecto de las cuales se exigen requisitos de diseño ecológico.

Una vez realizada la anterior precisión, el art. 1 PRDE precisa que su objeto es establecer requisitos de diseño ecológico que se refieren a: durabilidad y fiabilidad de los productos; reutilizabilidad de los productos; actualizabilidad, reparabilidad, mantenimiento y reacondicionamiento de los productos; presencia de sustancias preocupantes en los productos; eficiencia de los productos en cuanto al uso de energía y de recursos; contenido reciclado en los productos; refabricación y reciclado de los productos; huella de carbono y huella ambiental de los productos; generación prevista de residuos de los productos. Vemos, pues, que el reacondicionamiento y refabricación de productos son propiedad de los productos respecto de las cuales deben adoptarse requisitos de diseño ecológico que deberán cumplir los productos para entrar dentro de la Unión Europea. Esto quiere decir que la Comisión Europea deberá adoptar, mediante actos delegados, los requisitos que deberán cumplir los productos sobre reacondicionamiento y refabricación para certificar su diseño ecológico.

b. Requisitos de diseño ecológico relativos al reacondicionamiento y la refabricación

El art. 5 PRDE concibe el reacondicionamiento y la refabricación como dos procesos para alargar el ciclo de vida útil de los productos respecto de los cuales la Comisión Europea deberá adoptar, mediante actos delegados, requisitos de diseño ecológico. Es decir, los requisitos aplicables al reacondicionamiento y a la refabricación de productos tendrán, a la luz del nuevo reglamento, un impacto directo en el diseño ecológico de los productos para favorecer el tráfico circular.

La colocación sistemática de ambos procesos en el orden establecido en el art. 5 PRDE es reveladora de su distinta naturaleza. El art. 5.1.f) PRDE coloca en el mismo nivel el mantenimiento y el reacondicionamiento de productos, mientras que el art.5.1.k) PRDE coloca la refabricación junto al reciclado de productos. Ello es consecuente con la definición de ambos procesos que se ha analizado anteriormente, pues a diferencia del reacondicionamiento, la refabricación conlleva un proceso industrial que tiene lugar en el final del ciclo de vida útil del producto dirigido a la creación de un nuevo producto mediante residuos, componentes u otros productos (art. 2.16) PRDE).

El art. 5 PRDE no da más pistas sobre los parámetros que tendrá en cuenta la Comisión Europea para establecer los requisitos de diseño ecológico de los productos aplicables al reacondicionamiento y la refabricación. Por ello debemos remitirnos al anexo I PRDE, que dice lo siguiente:

«Los siguientes parámetros pueden, según proceda y, en caso necesario, complementados con otros, utilizarse como base para mejorar los aspectos del producto a los que se refiere el artículo 5, apartado 1:

c) facilidad de actualización, reutilización, refabricación y reacondicionamiento expresada mediante: el número de materiales y componentes utilizados; la utilización de componentes estándar; la utilización de normas de codificación de materiales y componentes con el fin de determinar los componentes y materiales; la facilidad para desmontar y volver a montar el producto sin dañarlo; las condiciones para acceder a los datos del producto; las condiciones para acceder a los equipos y los programas informáticos necesarios, y para utilizarlos; las condiciones para acceder a protocolos de ensayo o a equipos de ensayo que no estén disponibles habitualmente; la disponibilidad de garantías específicas para la refabricación o el reacondicionamiento de los productos; las condiciones para acceder a tecnologías protegidas por derechos de propiedad intelectual o para utilizarlas; la modularidad;»

A mi juicio, el reacondicionamiento y la refabricación vendrán determinados por dos categorías de parámetros. Por un lado, los materiales y componentes utilizados y, por otro lado, la posibilidad de acceder a determinada información sobre el producto que será determinante para acometer aquellos procesos.

El art. 5 PRDE establece que los parámetros para determinar los requisitos de diseño ecológico aplicables, entre otros, al reacondicionamiento y a la refabricación, deberán fijarse por la Comisión Europea mediante actos delegados. En este sentido, los considerandos núm. 18 y 19 PRDE obligan a la Comisión Europea a adoptar un enfoque científico basado, sobre todo, en la experiencia de la Directiva 2009/125/CE y en las mejores pruebas disponibles realizadas en los productos en todas las fases de su ciclo de vida útil. Además, para evaluar el establecimiento de requisitos de diseño ecológico, la Comisión Europea deberá ir más allá y tendrá que desarrollar herramientas de evaluación de base científica que sirvan para evaluar los métodos para establecer requisitos de diseño ecológico. Asimismo, el considerando núm. 19 PRDE también prevé que los actos delegados que adopte la Comisión Europea tendrán un impacto en otros aspectos conexos regulados en otras directivas, como la puntuación de reparabilidad que deberá informarse al consumidor previamente a la contratación de un bien o servicio³⁷.

3.3. Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos

El pasado 28 de septiembre de 2022 la Comisión Europea hizo pública la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos³⁸ (en adelante, la Propuesta de Directiva), que debe reemplazar la longeva Directiva

³⁷ Actualmente se encuentra tramitándose una reforma de la Directiva 2011/83/UE que incide sobre los deberes de información precontractuales del empresario con el consumidor para obligarle a informar sobre la reparabilidad del bien o servicio contratado antes de quedar vinculado contractualmente. *Vid.* COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que modifica las Directivas 2005/29/CE y 2011/83/UE en lo que respecta al empoderamiento de los consumidores para la transición ecológica mediante una mejor protección contra las prácticas desleales y una mejor información, Bruselas, 30.3.2022, COM(2022) 143 final, 2022/0092(COD).

³⁸ Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, Bruselas, 28.9.2022, COM(2022) 495 final 2022/0302 (COD). Para una introducción a la

85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (en adelante, Directiva 85/374/CEE)³⁹. La Propuesta de Directiva constituye, por tanto, el documento base que se discutirá en el Parlamento Europeo y en el Consejo y que puede culminar dentro de un par de años con la adopción de una nueva directiva sobre esta materia.

Sin entrar a valorar otras cuestiones novedosas que incorpora la Propuesta de Directiva podemos decir que el texto adoptado sigue unas directrices que ya estableció el legislador europeo cuando en 2019 se adoptó la DCCB: la concepción unitaria del bien, a pesar de que actualmente los bienes incorporan elementos digitales, y la concentración de la responsabilidad en el productor del bien. La Propuesta de Directiva amplía el grupo de sujetos que reciben la consideración de productor, incluyendo al programador del software y al desarrollador del sistema de inteligencia artificial. Asimismo, en lo tocante al objeto de este trabajo, es importante destacar que el sujeto que produce una alteración sustancial en un producto tiene la consideración de productor (considerando núm. 29 Propuesta de Directiva). Dicha medida se enmarca en la estrategia de la transición hacia el paradigma de la economía circular y trae causa en la necesidad de alargar el ciclo de vida útil de los productos. Veamos cuál es el tratamiento de los bienes reacondicionados y remanufacturados en esta Propuesta de directiva.

a. Fabricante y modificación sustancial de productos

El fabricante es el operador económico que se coloca en el centro de las reclamaciones de los perjudicados por los daños producidos por productos defectuosos. Así lo establece el art. 7.1 de la Propuesta de Directiva, siguiendo, por tanto, el mismo criterio que el art. 3 Directiva 85/374/CEE. En el supuesto que el fabricante no pueda ser identificado o no esté establecido en un Estado de la Unión, la responsabilidad se imputará a determinados operadores económicos que hayan intervenido en la cadena de distribución del bien (art. 3 Directiva 85/374/CEE y art. 7 Propuesta de Directiva).

La futura directiva que se adopte en esta materia va a ampliar el conjunto de sujetos que tendrán la consideración de productor. Uno de los principales problemas que se han planteado con la definición de producto del art. 2 de la Directiva 85/374/CEE es que solo pueden considerarse productores los fabricantes de bienes muebles tangibles y, por tanto, quedan al margen del concepto de productor los fabricantes de bienes intangibles como el software⁴⁰. Para remediar

Propuesta de Directiva, *vid.* VELDT, «The New Product Liability proposal – Fit for the Digital Age or in Need for Shaping Up?» *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 1, 2023, p. 24-31. BORGHETTI, «Taking EU Product Liability Law Seriously: How Can The Product Liability Directive Effectively Contribute to Consumer protection?», *French Journal of Legal Policy*, núm. 1, 2023, p. 1-41.

³⁹ Directiva 85/374/CEE del Consejo, de 25 de julio de 1985, relativa a la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados Miembros en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (Diario Oficial núm. L 210, de 7 de agosto de 1985).

⁴⁰ WENDERHORST, «Safety and Liability Related Aspects to Software», p. 64-66. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/study-safety-and-liability-related-aspects-software>.

La autora expone la problemática que existe en torno a la definición de software del art. 2 Directiva 85/374/CEE. *Vid.* Sentencia de 10 de junio de 2021, KRONE — Verlag Gesellschaft mbH & Co KG, C-65/20, ECLI:EU:C:2021:471. El TJUE también ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre el concepto de producto del art. 2 Directiva 85/374/CE y excluyó de su ámbito de aplicación un consejo de salud inexacto publicado en un periódico que ocasionó un daño corporal a un lector.

esta situación, el art. 4.1) de la Propuesta de Directiva incorpora una nueva definición de producto que incluye los programas informáticos (vid. Considerando núm. 12 Propuesta de Directiva). Por tanto, también tendrá la consideración de productor el desarrollador de programas informáticos o de sistemas de inteligencia artificial⁴¹. No es objeto de este trabajo analizar el concepto de fabricante que incorpora el art. 4.11) de la Propuesta de Directiva, pero difiere de la definición de productor del art. 3.1 Directiva 85/374/CEE.

Por lo que atañe a la transición hacia la economía circular, el considerando núm. 29 de la Propuesta de Directiva es el único que se refiere a esta cuestión, cuyo tenor literal dispone lo siguiente:

«En la transición de una economía lineal a una economía circular, los productos se diseñan para que sean más duraderos, reutilizables, reparables y mejorables. La Unión también promueve formas innovadoras y sostenibles de producción y consumo que prolonguen la funcionalidad de los productos y componentes, como la remanufacturación, el reacondicionamiento y la reparación.»

El considerando núm. 29 se refiere a la remanufacturación. A mi juicio, debería adoptarse el mismo concepto de refabricación que utiliza la Propuesta de Reglamento sobre diseño sostenible para manejar un mismo concepto y referirnos al mismo fenómeno: el proceso industrial que experimenta un producto y que es reintroducido en el mercado con una nueva garantía, después de alterarse su rendimiento, seguridad o finalidad. Asimismo, el considerando núm. 29 concibe la remanufacturación y el reacondicionamiento como dos procesos distintos a través de los cuales se alarga el ciclo de vida útil de los productos, pero que a los efectos de la responsabilidad del fabricante tiene el mismo efecto, como veremos posteriormente.

A continuación, se eleva a la categoría de fabricante al operador económico que ha modificado sustancialmente el bien mediante un proceso de remanufacturación o reacondicionamiento, a fin de que se le pueda imputar la responsabilidad resultante de un daño que trae causa en la modificación sustancial que ha experimentado el bien, es decir, un daño que trae causa de un defecto producido con ocasión de la modificación sustancial, idea que aparece claramente recogida, también, en el art. 7.4 de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos:

«Además, los productos permiten modificaciones mediante cambios en los programas informáticos, incluidas las mejoras. Cuando un producto se modifica sustancialmente fuera del control del fabricante original, se considera un producto nuevo y debería ser posible responsabilizar a la persona que realizó la modificación sustancial como fabricante del producto modificado, ya que según la legislación pertinente de la Unión es responsable de que el producto cumpla los requisitos de seguridad.»

A la vista de lo dispuesto en el considerando núm. 29, cualquier operador económico que modifique sustancialmente un producto, ya sea a través de la remanufacturación, reacondicionamiento o reparación, tiene la consideración de fabricante a los efectos de imputarle la responsabilidad dimanante de los daños provocados con posterioridad a su intervención, si el daño trae causa en ella. Se trata de la aplicación de uno de los principios sobre los que se asienta la legislación sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos: el productor

⁴¹ WAGNER, «Liability Rules for the Digital Age», *Journal of European Tort Law*, núm. 3, 2022, p. 201-202.

solo responde por los daños que hayan causado por productos defectuosos que introdujo en el mercado.

Según el considerando núm. 29, el resultado del reacondicionamiento, remanufacturación o reparación es un producto nuevo. A mi modo de ver las cosas, la expresión producto nuevo no es afortunada porque el bien no necesariamente se reintroduce en el mercado como tal, con una nueva garantía, sino que, como hemos visto, esto solo es un efecto propio de la refabricación. Quizá sería más oportuno hablar de una nueva “puesta en servicio” o de “nueva introducción en el mercado” y que fuera este momento el que permita diferenciar la responsabilidad del fabricante originario y del que realice la modificación sustancial del producto. La redacción del art. 7.4 de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos es más precisa y sí que habla de “introducción en el mercado” o de “puesta en servicio”. Por tanto, ante la realización de una modificación sustancial en el producto, hay que considerar que, habida cuenta que puede haber cambiado el riesgo asociado a un producto o que hayan aparecido nuevos riesgos, se ha producido una nueva puesta en servicio o una nueva introducción en el mercado para diferenciar el ámbito de responsabilidad del productor original y del que ha realizado la modificación⁴², siempre que la modificación se lleve a cabo fuera del ámbito de control del fabricante original⁴³. Sin embargo, esto puede ser problemático. En la era digital muchos productos incorporan un software que es imprescindible para que el producto pueda realizar sus funciones. Los usuarios de dichos productos en ocasiones cambian el sistema operativo que viene de serie con el producto o bien realizan cambios para que pueda cumplir otras funciones. Teniendo en consideración lo dispuesto en la Propuesta de Directiva, estos usuarios que realizan modificaciones no podrían dirigirse contra el fabricante original si el defecto trae causa en la modificación realizada en el producto. En estos casos, podríamos encontrarnos ante un supuesto de culpa exclusiva de la víctima o bien de concurrencia de culpas (art. 12 Propuesta de Directiva). La cuestión fundamental radicará en interpretar qué se entiende por modificación sustancial del producto, algo sobre lo que la Propuesta de Directiva no se pronuncia ni prevé ningún criterio interpretativo.

El nuevo Reglamento sobre la seguridad general de los productos sí que prevé en el art. 13.3 RSGP unos criterios que sirven para interpretar qué se entiende por modificación sustancial de un producto. Sería oportuno que la versión definitiva de la Propuesta de Directiva prevea unos criterios para determinarlo, o bien que se remita a lo dispuesto en el art. 13.3 RSGP.

⁴² ULFBECK, *European Journal of Risk Regulation*, núm. 13, 2022, p. 608. La autora llega a la misma conclusión, a pesar de que se basa en la responsabilidad del fabricante del producto en general y del fabricante de un componente. Se refiere a un caso de Estados Unidos, donde unos empleados sufrieron daños corporales como consecuencia de inhalar sustancias tóxicas liberadas en el proceso de desmantelamiento de las baterías de unos vehículos. Vid. *Johnson v. Murph Metals, Inc.*, 562 F. Supp. 246 (N.D. Tex. 1983): «*Nevertheless, there are necessarily some limits on the concept of product use. In each of the cases known to the court involving "use" of a product, the plaintiff had some contact, however brief, with the defendant's product. In this case, Defendants' product was necessarily destroyed prior to the alleged injuries. Stip. No. 14. Plaintiffs have stipulated that Defendants' product did not injure them while it was intact or while it was being destroyed. Stip. Nos. 15, 18. Rather, the alleged damage occurred after a portion of the destroyed battery was transformed, through the smelting process, into an allegedly injurious substance. During the time periods in question, Plaintiffs did not even come in contact with Defendants' product; Defendants' product had ceased to exist.*»

⁴³ Vid Art. 5.5) Propuesta de Directiva. Wagner, *Journal of European Tort Law*, núm. 3, 2022, p. 215. La expresión “fuera del control del fabricante original” debe interpretarse como una modificación no autorizada por parte del fabricante original.

La modificación sustancial en un producto debe ser realizada por un sujeto externo a la organización empresarial del productor original, de forma telemática, como puede ser una actualización del software, o bien mediante una intervención material en el producto, es decir, mediante una intervención activa tendente a modificar las propiedades del producto. A tenor de lo dispuesto en el considerando núm. 41 Propuesta de Directiva, no parece que la modificación sustancial pueda venir propiciada por una vulnerabilidad que presente el producto y que a causa de ello devenga defectuoso. El concepto de vulnerabilidad no aparece definido en la Propuesta de Directiva. Tampoco se trata de un concepto clave según el texto actual sobre el cual pivotan elementos fundamentales de la nueva regulación, por lo que hay que acudir a la definición de este concepto que aparece en el art. 6.15) de la llamada Directiva SRI 2: «deficiencia, susceptibilidad o fallo de productos de TIC o servicios de TIC que puede ser aprovechado por una ciberamenaza»⁴⁴. Vemos, pues, que el concepto de vulnerabilidad incluye términos como deficiencia o fallo, es decir, una debilidad que presenta el producto que lo convierte en vulnerable frente a amenazas de terceros malintencionados. Por tanto, el concepto de vulnerabilidad se basa en una deficiencia o debilidad que presenta el propio producto, mientras que una modificación sustancial requiere una conducta tendente a alterar las características de un producto.

b. Exoneración de responsabilidad del fabricante original en caso de modificación sustancial del producto

El efecto que se persigue otorgando la consideración de fabricante al operador económico que modifica sustancialmente un producto una vez ha sido introducido en el mercado y puesto en circulación es deslindar el ámbito de responsabilidad del fabricante originario de la del sujeto que ha modificado sustancialmente el producto, si este se manifiesta defectuoso y el defecto trae causa en su intervención. Esto permitirá que el perjudicado pueda dirigirse directamente contra el sujeto reacondicionador.

Para imputar y reclamar la responsabilidad de un daño causado por un producto reacondicionado o refabricado es necesario que la modificación operada en el producto sea sustancial. Para ello, el considerando núm. 29 da algunas pautas para interpretar qué debe entenderse por modificación sustancial: «El hecho de que una modificación sea sustancial se determina de acuerdo con los criterios establecidos en la legislación nacional y de la Unión en materia de seguridad, como las modificaciones que cambian las funciones originales previstas o que afectan al cumplimiento del producto con los requisitos de seguridad aplicables.»

El considerando núm. 29 nos remite a la legislación nacional y europea en materia de seguridad para determinar el alcance sustancial, o no, de la modificación realizada en un producto. Sin ánimo de exhaustividad, para realizar el análisis del carácter sustancial de la modificación debemos tener muy presente el nuevo Reglamento relativo a la seguridad general de los

⁴⁴ Directiva (UE) 2022/2555 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14 de diciembre de 2022 relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de ciberseguridad en toda la Unión, por la que se modifican el Reglamento (UE) núm. 910/2014 y la Directiva (UE) 2018/1972 y por la que se deroga la Directiva (UE) 2016/1148, «DOUE» núm. 333, de 27 de diciembre de 2022.

SCHMITZ/SCHIFFNER, «Responsible Vulnerability Disclosure under the NIS 2.0 Proposal», disponible en https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-5-2021/5495/schmitz_schiffner_pdf.pdf. «A vulnerability is a set of conditions that allows the violation of a security (or privacy) policy. Such conditions might be created by software flaws, configuration mistakes and other human errors of operators, or unexpected conditions of the environment a system runs in.»

productos, cuyo art. 6 RSGP determina los aspectos a considerar para evaluar la seguridad de los productos. Asimismo, la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales también prevé en el anexo I un conjunto de requisitos que deberán cumplir los productos con elementos digitales para certificar y presumir su ciberseguridad⁴⁵. Por tanto, una alteración de estos parámetros sobre la base de los cuales se certificó la seguridad y ciberseguridad de un producto puede suponer que estemos ante un bien reacondicionado y, por tanto, ante la posible exoneración del fabricante originario si el daño se encuentra relacionado con la intervención del nuevo fabricante.

c. Reinicio del plazo de prescripción en caso de modificación sustancial del producto

El art. 14.2 de la Propuesta de Directiva sigue previendo el plazo general de responsabilidad de 10 años del fabricante, a contar desde que el producto fue puesto en servicio o fue introducido en el mercado. Esto quiere decir que el fabricante no será responsable por los daños causados por un producto defectuoso una vez transcurrido el plazo de 10 años desde su puesta en servicio o introducción en el mercado. Se trata del mismo plazo de responsabilidad que actualmente prevé el art. 11 Directiva 85/374/CEE⁴⁶.

La novedad que trae la Propuesta de Directiva es el reinicio del plazo de responsabilidad del fabricante una vez se haya modificado sustancialmente el producto. Partiendo de la premisa que la Propuesta de Directiva considera los productos reacondicionados como bienes nuevos, una vez se haya acometido el reacondicionamiento, el nuevo fabricante o reacondicionador responderá por un plazo de 10 años por los daños que pueda provocar el producto reacondicionado (considerando núm. 44 Propuesta de Directiva). Sin duda alguna, con esta medida se trata de proteger a los consumidores, pero quedan sin resolver algunas cuestiones sobre cómo afectará el nuevo plazo de responsabilidad de 10 años al fabricante original y al nuevo fabricante. Antes hemos visto que el art. 10.1.g) de la Propuesta de Directiva prevé que el nuevo fabricante pueda eximirse de responsabilidad si el daño no trae causa en la modificación realizada en el producto. Por tanto, si la modificación sustancial de un producto conlleva que se reinicie el plazo de responsabilidad del fabricante, ¿qué pasará cuando los daños no se encuentren relacionados con la modificación sustancial? ¿debemos considerar que revive la acción contra el productor original? ¿responderá igualmente el nuevo fabricante? Imputar la responsabilidad al nuevo fabricante por el mero hecho del reinicio del plazo de prescripción significa desproveer al nuevo fabricante de la causa de exoneración de responsabilidad que le reconoce el art. 10.1.g) de la Propuesta de Directiva, que permite exonerar la responsabilidad si demuestra que el daño no se ha producido en ocasión de la modificación sustancial del producto. Lo más lógico, de acuerdo con la voluntad de la Comisión Europea de delimitar la responsabilidad de los operadores económicos, sería que siguiera respondiendo el productor original si logra demostrarse que los daños causados por el producto defectuoso no están relacionados con la modificación sustancial y, en todo caso, siempre que no haya transcurrido el plazo de diez años desde la introducción del producto en el mercado o desde su puesta en servicio.

⁴⁵ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a los requisitos horizontales de ciberseguridad para los productos con elementos digitales y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2019/1020, Bruselas, 15.9.2022, COM(2022) 454 final 2022/0272(COD).

⁴⁶ Sobre el plazo de prescripción previsto en el art. 11 Directiva 85/374/CEE, *vid.* Sentencia de 9 de febrero de 2006, *eclan O'Byrne contra Sanofi Pasteur MSD Ltd y Sanofi Pasteur SA.*, C-127/04, ECLI:EU:C:2006:93.

- d. ¿Cómo debe articularse la responsabilidad entre el fabricante original y el modificador sustancial?

El reinicio del plazo de prescripción de responsabilidad que prevé el considerando núm. 44 Propuesta de Directiva en caso de modificación sustancial del producto plantea el problema de determinar cómo deben responder el fabricante originario y el modificar sustancial y también cómo afectará la reclamación formulada al modificador sustancial, es decir, si la acción contra el modificador sustancial interrumpirá el plazo de prescripción frente al fabricante originario.

En primer lugar, considero que debemos partir del principio consagrado en el art. 11 Propuesta de Directiva, que prevé la responsabilidad conjunta y solidaria de dos o más operadores económicos que sean responsables de los mismos daños. El art. 11 Propuesta de Directiva, interpretado a la luz del considerando núm. 40 Propuesta de Directiva, deja entrever que la responsabilidad solidaria operará fundamentalmente en los casos de *bundled products*, es decir, «cuando un componente defectuoso esté integrado en un producto que cause daños». Sería el caso, por ejemplo, de un producto con elementos digitales que es introducido en el mercado o puesto en servicio como un todo, cuando el bien mueble tangible y el software se presenten ante la víctima como un conjunto integrado, es decir, porque ambos componentes se encuentran agregados. Lo que quiero decir es que la responsabilidad solidaria del productor del hardware y del software operará cuando el producto se introduzca en el mercado o se ponga en servicio como un todo, en la medida que si no fuera así no podría realizar sus funciones. Pero si finalmente un tercero modifica sustancialmente un producto fuera del ámbito de control del fabricante originario⁴⁷, creo que este supuesto no debería reconducirse al principio general del art. 11 Propuesta de Directiva y que debería considerarse al modificador sustancial como un tercero respecto del productor original, supuesto que nos conduce a lo dispuesto en el art. 12.2 Propuesta de Directiva.

El segundo apartado del art. 12 Propuesta de Directiva dice que la responsabilidad del operador económico, en nuestro caso el fabricante, «podrá reducirse o anularse cuando el daño sea causado conjuntamente por un defecto del producto y por culpa de la persona perjudicada o de una persona de la que la persona perjudicada sea responsable». Por tanto, si la defectuosidad de un producto viene propiciada por un tercero que, fuera del ámbito de control del fabricante originario, modifica sustancialmente un producto, la responsabilidad del fabricante podrá anularse si el daño puede imputarse exclusivamente al modificador sustancial.

En lo tocante a los efectos sobre el *dies a quo* del plazo de prescripción de la pretensión frente al modificador sustancial, si este es considerado un tercero que actúa fuera del ámbito de control del fabricante originario y, por tanto, no puede aplicarse la responsabilidad solidaria del art. 11 Propuesta de Directiva, lo mejor para la víctima sería demandar a ambos sujetos o al menos interrumpir la prescripción frente al fabricante originario extrajudicialmente.

⁴⁷ Considerando núm. 37 Propuesta de Directiva. «Sin embargo, dado que las tecnologías digitales permiten a los fabricantes ejercer control más allá del momento de la introducción del producto en el mercado o de la puesta en servicio, los fabricantes deben seguir siendo responsables de las deficiencias que se produzcan después de ese momento como resultado de programas informáticos o servicios conexos que estén bajo su control, ya sea en forma de mejoras o actualizaciones o de algoritmos de aprendizaje automático. Estos programas informáticos o servicios conexos deben considerarse bajo el control del fabricante cuando sean suministrados por él o cuando este los autorice o influya de otro modo en su suministro por un tercero.»

3.4. Reglamento de Seguridad General de los Productos

a. Consideraciones generales

El 23 de mayo de 2023 se publicó en el Diario Oficial de la Unión Europea el nuevo Reglamento (UE) 2023/988, relativo a la seguridad general de los productos (RSGP). El nuevo reglamento viene a derogar la Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos⁴⁸. Sin embargo, según los arts. 50 y 52 RSGP la nueva regulación no entrará en vigor hasta el 13 de diciembre de 2024. Los considerandos núm. 1 y 2 RSGP establecen que la reforma viene motivada por la necesidad de adoptar una nueva legislación adoptada a la realidad actual, donde han irrumpido productos complejos con la evolución de las nuevas tecnologías. En el momento actual los productos pueden ser vulnerables en cuanto a su seguridad, por lo que debe adoptarse una nueva legislación acorde con la evolución de las nuevas tecnologías. Asimismo, la nueva legislación adopta la forma de reglamento, a los efectos de dotar a la Unión Europea de una legislación transversal y uniforme en esta materia, que no dé lugar a transposiciones divergentes por parte de los Estados miembros (considerando núm. 3 RSGP).

A tenor de lo dispuesto en el art. 1 RSGP, el objetivo del nuevo reglamento es garantizar un nivel elevado de protección de los consumidores, estableciendo requisitos esenciales de seguridad que deberán cumplir los productos que se introduzcan y se comercialicen en el mercado europeo. Por lo que se refiere al ámbito de aplicación, el RGSP sigue una línea continuista respecto del enfoque adoptado por la Directiva 2001/95/CE y previene su aplicación en defecto de una legislación específica europea para determinadas categorías de productos (art. 2.1 RSGP), por lo que establece requisitos en materia de seguridad de los productos con carácter general. Si bien es cierto que se han adoptado regulaciones específicas para determinadas clases de productos, algunos tipos de productos carecen de una legislación sectorial aplicable, por lo que es necesario que exista una regulación horizontal y transversal sobre la seguridad de los productos (considerando núm. 6 RSGP).

b. ¿Qué es “producto” según el nuevo reglamento?

Antes de abordar el tratamiento de los productos reacondicionados y refabricados en el marco del RSGP debemos detenernos en el estudio de algunas definiciones que incorpora el RSGP, en tanto que determinan su ámbito de aplicación.

Por lo que respecta a la definición de “producto” del art. 3.1) RSGP aparecen pocos cambios respecto de la definición del mismo concepto del art. 2.a) Directiva 2001/95/CE: *«todo objeto, esté interconectado o no con otros objetos, suministrado o puesto a disposición, a título oneroso o gratuito, incluso en el contexto de la prestación de un servicio, destinado a los consumidores o que, en condiciones razonablemente previsibles, pueda ser utilizado por los consumidores, aunque no esté destinado a ellos»*.

⁴⁸ Directiva 2001/95/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 3 de diciembre de 2001, relativa a la seguridad general de los productos «DOUE» núm. L 011 de 15 de enero de 2002.

Desgranando los diferentes elementos de la definición, lo primero que hay que destacar es el carácter mueble y tangible de los productos que entran dentro del ámbito de aplicación del RGSP. El considerando núm. 17 RGSP establece que el nuevo reglamento no es aplicable directamente a los servicios, algo que ya preveía el considerando núm. 9 Directiva 2001/95/CE. No obstante, es posible que los consumidores contraten una prestación de un servicio que conlleve el suministro o puesta a disposición de un producto determinado (*incluso en el contexto de la prestación de un servicio*). En este caso, el mismo considerando declara su aplicabilidad a dichos productos. Finalmente, el considerando núm. 17 RGSP establece una excepción para aquellos equipos que los consumidores montan o en los que viajan, cuando dichos equipos sean manejados directamente por un prestador de servicios en el contexto de un servicio de transporte. En este caso, estos equipos no deben entrar en el ámbito de aplicación del reglamento, ya que debe considerarse en relación con la seguridad del servicio prestado. Por tanto, los equipos o productos utilizados en el marco de un servicio de transporte y que sean operados por el prestador del servicio quedan fuera del ámbito de aplicación del RGSP y se registrarán por la normativa específica. Esta distinción que determina que determinados productos que se suministran o se ponen a disposición del consumidor en el marco de una prestación de un servicio entren dentro del ámbito de aplicación del RSGP y otros queden excluidos no me parece justificable y no aporta seguridad jurídica⁴⁹.

A continuación, la definición alude a la posible interconexión del producto con otros objetos. En el caso de que el producto se encuentre interconectado con otro objeto para realizar todas o parte de sus funciones, la seguridad de dicho producto deberá valorarse conjuntamente (art. 6.1.b) RGSP). La definición de producto hace referencia a la interconexión del producto con otros objetos.

Es indiferente que el consumidor haya satisfecho una contraprestación para la adquisición del producto, puesto que el reglamento se aplicará independientemente de que el suministro o puesta a disposición del producto se haya producido a título oneroso o gratuito.

Los productos deben ser suministrados o puestos a disposición de consumidores o, a pesar de no ir destinados a ellos, que en condiciones razonables y previsibles, puedan ser utilizados por consumidores, aunque no sean los destinatarios directos. Esta previsión también aparecía en la definición de producto del art. 2.a) Directiva 2001/95/CE. Por tanto, en principio los productos que han sido diseñados exclusivamente para un uso profesional escapan del ámbito de aplicación del RSGP. No obstante, ante la posibilidad de que tales productos posteriormente sean utilizados por consumidores en condiciones razonables y previsibles entrarán dentro del ámbito de aplicación del RSGP (considerando núm. 9 RSGP). De esta forma, según algunos autores quedarán cubiertos por el RSGP productos como las herramientas de bricolaje y de jardinería⁵⁰. A mi modo de ver las cosas, a pesar del deseo del legislador europeo de proteger a los consumidores que adquieren productos destinados a usos profesionales, no es fácil que se produzca la adquisición de tales productos, pues muchas veces no se encuentran disponibles en las grandes plataformas de compraventa de bienes por consumidores y, en todo caso, productos destinados al bricolaje o jardinería sí que pueden ser adquiridos inicialmente por consumidores

⁴⁹ FAIRGRIEVE/GOLDBERG, *Product liability*, 2020, p. 869.

⁵⁰ Ídem, p. 868.

y se encuentran a su alcance fácilmente⁵¹. Quizá el legislador europeo esté pensando en productos destinados a usos profesionales adquiridos por consumidores como bienes usados a través de plataformas de bienes de segunda mano.

El art. 2.a) Directiva 2001/95/CE, en la definición de producto, aludía expresamente a los bienes usados o reacondicionados y esta referencia ha desaparecido en la nueva definición de producto que incorpora el art. 3.1) RSGP. No obstante, el art. 2.3 RSGP declara su aplicabilidad a los productos usados, reparados o reacondicionados, salvo que dichos productos se comercialicen o se introduzcan en el mercado como tales para ser reparados o reacondicionados (considerando núm. 16 RSGP). Es decir, no resulta exigible que en estas condiciones los productos puedan cumplir los requisitos que fija el RSGP porque son adquiridos o comercializados para ser reparados o reacondicionados. Una vez acometida la reparación o el reacondicionamiento, entonces sí que serán aplicables las previsiones del RSGP.

c. *Es fabricante quien modifica sustancialmente un producto*

Actualmente, los productos han evolucionado y son cada vez más complejos. Además, muchos incorporan contenidos digitales y por ello son vulnerables en cuanto a su ciberseguridad. El RSGP es consciente de ello y, por esta razón, declara que, ante una modificación realizada en un producto llevada a cabo, por ejemplo, a través de una nueva actualización, si dicha modificación es sustancial implica que el fabricante deba realizar una nueva evaluación de los riesgos si esta modificación afecta a la seguridad del producto (considerando núm. 25 RSGP).

Asimismo, siguiendo con lo que ya hemos comentado respecto de la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, el sujeto que realice la modificación sustancial en el producto tendrá la consideración de fabricante, a los efectos de delimitar el ámbito de responsabilidad del fabricante originario y del que ha operado la modificación sustancial (considerando núm. 34 y art. 13.2 RSGP)⁵². Esto conlleva que, como fabricante, deberá cumplir con las obligaciones que el RSGP impone a los fabricantes⁵³. En mi opinión, aunque el RSGP no lo diga expresamente, esto afecta directamente al reacondicionamiento y refabricación de bienes, pues son procesos que pueden conllevar una modificación sustancial en el producto.

Volviendo a lo dispuesto en el art. 13.2 RSGP, el fabricante que haya realizado la modificación sustancial en el producto estará obligado, respecto a la parte afectada por la modificación o respecto a la totalidad del producto, si la modificación sustancial afecta a su seguridad, a cumplir

⁵¹ FAIRGRIEVE/HOWELLS, «General Product Safety – a Revolution Through Reform?», *The Modern Law Review*, núm. 69, 2006, p. 60. En Inglaterra en la legislación de transposición de la Directiva 2001/95/CE optaron por imponer la obligación a los fabricantes de etiquetar los productos para determinar los usuarios de los mismos, imponiendo sanciones en caso de incumplimiento. De esta forma, el propio producto preveía quienes eran sus destinatarios.

⁵² La consideración de fabricante del operador económico que realiza la modificación sustancial del producto y la conceptualización del producto resultante de la modificación sustancial como producto nuevo plantea algunos problemas en relación con la protección de la marca del fabricante originario. Por el objeto de este trabajo no nos detendremos en este particular, por lo que nos remitimos al mejor estudio del estado de esta cuestión. En este sentido, *vid.* KUR, «‘As Good as New’ – Sale of Repaired or Refurbished Goods: Commendable Practice or Trade Mark Infringement?», *GRUR International*, núm. 70, 2021, p. 228-236. SENFTLEBEN, «Fashion Upcycling and Trademark Infringement – A Circular Economy/Freedom of the Arts Approach», *Institute for Information Law, Universidad de Amsterdam*, p. 1-21.

⁵³ HODGES, *European Regulation of Consumer Product Safety*, 2005, p. 93.

con las obligaciones que el art. 9 RSGP impone a los fabricantes. Entre estas obligaciones destaca el deber de realizar un análisis de riesgos interno y a elaborar la documentación técnica pertinente para evaluar su seguridad⁵⁴. Para efectuar el análisis de riesgos interno los fabricantes deberán dotarse de procesos internos relativos a la seguridad de los productos, mediante los cuales podrán evaluar los riesgos del producto. Sorprende que el RSGP deje en manos de los fabricantes todo lo relativo a los procesos internos de evaluación de los riesgos de los productos (considerando núm. 37 RSGP). El considerando que el RSGP dedica a este particular solo prevé que los procesos internos se ajustarán a la posición que ocupe el operador económico en la cadena de producción del bien y que adoptarán la forma de procedimientos organizativos, directrices, normas de normalización o en el nombramiento de un gestor ad hoc.

Los procesos internos para evaluar la seguridad de los productos tienen, como objetivo principal, analizar y certificar los riesgos relacionados con el producto y las soluciones adoptadas para eliminarlos o reducirlos (art. 9.2.a) RSGP). Por tanto, si la modificación operada en el producto tiene la consideración de sustancial, el fabricante que la haya realizado deberá proceder según lo previsto en el art. 9 RSGP y evaluar los riesgos que conlleva para el producto la modificación sustancial operada. En cambio, si la modificación realizada no es sustancial, el fabricante que la haya realizado no tendrá ninguna obligación de evaluar los riesgos que puedan comprometer la seguridad del producto. Por tanto, la cuestión fundamental reside en determinar cuándo se entiende que se ha producido una modificación sustancial en el producto.

d. *¿Qué entendemos por “modificación sustancial” a la luz del nuevo reglamento?*

A tenor de lo dispuesto en el art. 13.3 RSGP existen tres casos que dan lugar a entender que se ha producido una modificación sustancial en el producto. Si concurren las circunstancias del art. 13.3 RSGP se entenderá que estamos ante un producto nuevo (considerando núm. 35 RSGP) y que, como hemos visto, el sujeto que la ha realizado tendrá la consideración de fabricante.

«3. Se considerará que la modificación de un producto por medios físicos o digitales es sustancial cuando afecte a la seguridad del producto y se cumplan los criterios siguientes:

- a) la modificación altera el producto de una manera que no estaba contemplada en la evaluación inicial del riesgo del producto;
- b) la naturaleza del peligro ha cambiado, se ha generado un nuevo peligro o el nivel de riesgo ha aumentado debido a la modificación, y
- c) las modificaciones no han sido realizadas por los propios consumidores o en su nombre para su propio uso.»

En primer lugar, si la modificación comporta que se altere un producto de tal manera que cambie el resultado de la evaluación inicial del riesgo, estaremos ante una modificación sustancial del producto. Como hemos visto anteriormente, los fabricantes deben realizar un análisis de los posibles riesgos relacionados con el producto (art. 9.2.a) RSGP) y, de acuerdo con este análisis realizado conforme a los procesos internos que adopte el fabricante, documentar técnicamente los resultados. Por tanto, si la modificación operada en el producto comporta un cambio en la evaluación inicial del riesgo, es decir, un aumento de la probabilidad de que exista un peligro que cause un daño o perjuicio y la gravedad de ese daño o perjuicio (art. 3.4) RSGP), estaremos ante una modificación sustancial del producto, lo que obligará a evaluar de nuevo todos los riesgos

⁵⁴ Ídem. p. 106.

relacionados con el producto si la modificación ha alterado su nivel de seguridad, o bien a evaluar el riesgo implícito en la modificación si no afecta a la seguridad del producto en general. En este sentido, el considerando núm. 35 RSGP no obliga a la persona que lleve a cabo la modificación sustancial a repetir ensayos y aportar nueva documentación en relación con aspectos del producto que no se hayan visto afectados por la modificación. Será, por tanto, un análisis comparativo de los riesgos del producto lo que determinará el alcance de la modificación.

En segundo lugar, si la modificación cambia la naturaleza del peligro, se genera un nuevo peligro o aumenta el nivel del riesgo a causa de la modificación, también estaremos ante una modificación sustancial. El concepto de “peligro” no aparece definido en el art. 3 RSGP. No obstante, el art. 3.4) RSGP sí que define qué se entiende por riesgo, en cuya definición aparece el término peligro: «*la combinación de la probabilidad de que exista un peligro que cause un daño o perjuicio y la gravedad de ese daño o perjuicio*». Ambos términos evocan a una misma idea: la inminencia o proximidad de que suceda algún mal o daño. Por tanto, la modificación operada en el producto que incremento en el nivel de riesgo supondrá que estemos ante una modificación sustancial del producto. A mi juicio, aunque no lo establezca el art. 13.3.b) RSGP, en este caso también deberíamos partir de la evaluación inicial del riesgo realizada por el fabricante originario, a los efectos de tener un parámetro para valorar el cambio, aumento o el carácter novedoso del peligro o riesgo que afecta al producto.

En tercer lugar, por lo que atañe al tercer criterio, a mi modo de ver las cosas tiene que interpretarse de acuerdo con el considerando núm. 25 RSGP. El tercer criterio dice que estaremos ante una modificación sustancial del producto si dicha modificación no ha sido realizada por el consumidor o en su nombre para uso propio. En caso contrario, si la modificación se realiza por el consumidor o por un tercero en su nombre para uso propio no estaremos ante una modificación sustancial. Queda claro que si es el propio consumidor quien modifica el producto o un tercero en su nombre no se tratará de una modificación sustancial. Por tanto, la modificación debe realizarse por un tercero, ajeno al ámbito de la organización comercial o profesional del fabricante originario, para que sea sustancial y, en consecuencia, tener la consideración de fabricante y estar sujeto a las obligaciones que impone el art. 9 RSGP. Esta previsión reduce el conjunto de modificaciones que puede experimentar un producto que puedan recibir la consideración de sustancial. Por ello, nos trasladamos hacia un mercado emergente, basado en la adquisición de productos usados para su reacondicionamiento o refabricación y posterior venta, que se está estimulando por la Comisión Europea, como veremos a continuación.

La pregunta que nos planteamos es si deben cumplirse todos los criterios del art. 13.3 RSGP para que la modificación sea sustancial o solo es necesario que se cumplan algunos de ellos. Del tenor literal del artículo comentado se desprende que deben cumplirse todos los criterios «*y se cumplan los criterios siguientes*». El último criterio previsto en el art. 13.3.c) RSGP se refiere al sujeto que ha realizado la modificación sustancial, que debe actuar al margen del consumidor, por lo que es de aplicación general. Los demás, se refieren a los efectos que produce la modificación en el producto en cuanto al cambio del resultado de la evaluación inicial de riesgos, la naturaleza del peligro o el cambio del nivel de riesgo.

3.5. Propuesta de Directiva para promover la reparación de los bienes

a. Un nuevo impulso para la reparación de los bienes

El pasado 22 de marzo de 2023 la Comisión Europea dio a conocer la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes (en adelante, la PDRB)⁵⁵. La adopción de esta Propuesta de Directiva se enmarca dentro de la transición hacia la economía circular que ha iniciado la Unión Europea, de acuerdo con los objetivos fijados en el Pacto Verde Europeo. En aras a la sostenibilidad del Derecho de consumo europeo, uno de los ejes fundamentales de la Unión Europea es la promoción del derecho a reparar bienes. En este sentido, el nuevo Plan de acción para la economía circular y la Nueva Agenda del Consumidor abogan por la promoción del derecho a reparar⁵⁶. La reparación de los bienes de consumo no es un nuevo instrumento del que quiera valerse la Unión Europea para mejorar la sostenibilidad del consumo. La reparación ya aparecía como remedio ante la falta de conformidad de los bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE⁵⁷, actualmente derogada por la Directiva (UE) 2019/771. En estas directivas la reparación es un remedio contractual puesto al alcance de los consumidores y vendedores para que estos puedan subsanar cualquier falta de conformidad que se manifieste dentro del plazo de la garantía legal de dos años a contar desde el momento de la entrega del producto, ampliables por los Estados miembros (art. 10 DCCB). Una vez transcurrido el plazo de responsabilidad del vendedor, ningún operador económico está obligado a reparar el bien, salvo que el productor hubiera asumido este cometido en la garantía comercial (art. 17 DCCB)⁵⁸. Mediante el derecho a reparar, la Propuesta de Directiva comentada trata de alargar la vida útil de los productos, regulando un nuevo contrato para la prestación de servicios de reparación, que obligará a los productores o reparadores independientes a reparar el bien cuando se cumpla el iter contractual que prevé la Propuesta de Directiva⁵⁹. En consecuencia, el derecho contractual se coloca en el

⁵⁵ COMISIÓN EUROPEA, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2020/182, Bruselas, 22.3.2023, COM(2023) 155 final 2023/0083(COD). Para una exposición general de la Propuesta de Directiva, *vid.* GÓMEZ LIGÜERRE, «No lo tires, repáralo», *Indret*, núm. 2, 2023, p. 1-3. MARÍN LÓPEZ, «Hacia una regulación europea sobre la reparación de bienes de consumo: La Propuesta de Directiva de 22 de marzo de 2023», disponible en: https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Hacia_una_regulacion_europea_sobre_la_reparacion_de_bienes_de_consumo.pdf.

⁵⁶ HERNÁNDEZ/MIRANDA/GOÑI, «Empowering Sustainable Consumption by Giving Back to Consumers the ‘Right to Repair’», *Sustainability*, núm. 3, 2020, p. 8-10.

⁵⁷ 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 «DOCE» núm. L 171, de 7 de julio de 1999.

⁵⁸ El desenvolvimiento de la garantía legal de la Directiva (UE) 2019/771 casa mal con el funcionamiento del contrato para la prestación de servicios de reparación, donde se prevé que debe facilitarse la libre elección del consumidor a la hora de decidir quién repara sus bienes, pudiendo solicitar el formulario europeo de información sobre la reparación (FEIR) al productor, al vendedor o reparadores independientes (considerando núm. 8 Propuesta de Directiva). Asimismo, el art. 14.1.a) DCCB dispone que la reparación debe realizarse de forma gratuita, mientras que la Propuesta de Directiva prevé que el consumidor debe asumir los gastos necesarios para facilitar la información sobre la reparación (considerando núm. 9 Propuesta de Directiva) y, además, el precio es un elemento esencial del contrato para la prestación de servicios de reparación (considerando núm. 12 y art. 4.4.e) de la Propuesta de Directiva). Por ello, considero que cuando sea aplicable la garantía legal del vendedor de la Directiva (UE) 2019/771 por manifestarse el defecto dentro del plazo de responsabilidad del art. 10 DCCB, la Propuesta de Directiva sería aplicable cuando el defecto no existiera en el momento de la entrega sino acaecido con posterioridad (considerando núm. 11 Propuesta de Directiva). Podría ser el caso, por ejemplo, de defectos del bien imputables exclusivamente al consumidor (art. 13.7 DCCB), o bien imputables a un tercero.

⁵⁹ MONTALVO/PECK/RIETVELT, «A Longer Lifetime for Products: Benefits for Consumers and Companies», disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579000/IPOL_STU\(2016\)579000_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579000/IPOL_STU(2016)579000_EN.pdf) (consulta realizada el día 7 de junio de 2023). Existe algún estudio que demuestra que alargando la vida útil de determinados bienes de consumo, como una tostadora, un 10% se podrían ahorrar 4.000 toneladas de CO2 y 60 toneladas de residuos anuales.

centro de la intervención legislativa de la Comisión Europea en aras a la promoción del derecho a reparar mediante un nuevo tipo de contrato de prestación de servicios.

b. La plataforma en línea sobre reparaciones y bienes sujetos a reacondicionamiento

El segundo pilar sobre el cual se asienta el impulso de la reparación de bienes y el uso de bienes reacondicionados es la creación de una plataforma estatal, esta es la plataforma en línea sobre reparaciones y bienes sujetos a reacondicionamiento, mediante la cual se pretende explotar un nuevo mercado basado en la reparación y reutilización de bienes por parte de diferentes usuarios. A través de esta plataforma se pretende poner en contacto consumidores con reparadores y promover la reparación de bienes más allá del plazo legal de la garantía legal y el reacondicionamiento de bienes, estimulando el mercado de la reparación y el reacondicionamiento de bienes por reparadores independientes. De esta forma, los consumidores tendrán la posibilidad de contrastar diferentes ofertas y, así, favorecer la competencia entre los operadores económicos. No obstante, según el considerando núm. 26 PDRB uno de los objetivos de la plataforma también es poner en contacto a empresas interesadas en la adquisición de bienes para ser reacondicionados, por lo que la interacción en la plataforma no solo se debe producir necesariamente entre consumidores y reparadores (art. 7.2 PDRB).

La PDRB impone a los Estados miembros la obligación de crear al menos una plataforma a nivel nacional, pero la Propuesta de Directiva no aclara si dicha plataforma debe ser de titularidad pública o privada, aunque del articulado de la norma se desprende que se está pensando en una plataforma de titularidad pública.⁶⁰ En mi opinión, no existe razón alguna para limitar el mercado de este tipo de plataformas y, por tanto, que puedan coexistir diferentes plataformas de explotación privada. A su vez, es difícil imaginar una plataforma en línea de reparadores de titularidad pública, habida cuenta de los costes asociados al mantenimiento de esta plataforma y por razones de competencia entre desarrolladores.

El registro a la plataforma será voluntario para los reparadores y para los vendedores de bienes sujetos a reacondicionamiento, así como para los consumidores y su uso también será gratuito para los consumidores (art. 7.3 PDRB).

4. Conclusiones

El régimen jurídico aplicable a los bienes reacondicionados o refabricados aún está por configurarse totalmente. En el momento actual se están tramitando tres propuestas de reglamento y directivas europeas que serán trascendentales para enjuiciar el impulso que la Unión Europea ha dado para la creación y crecimiento de un mercado de este tipo de bienes. No obstante, las propuestas legislativas planteadas nos dan unas orientaciones sobre cuál va a ser el tratamiento jurídico de los bienes reacondicionados o refabricados.

Empezando por la Directiva (UE) 2019/771, que regula la adquisición de bienes muebles adquiridos por un contrato de compraventa entre un consumidor y un vendedor, puede hacerse

⁶⁰ Parece que el legislador se ha inspirado en el caso de Irlanda, que cuenta con una plataforma en línea de reparadores donde se clasifican los productos por categorías y el consumidor puede comparar las empresas que ofrecen servicios de reparación o reacondicionamiento de bienes, teniendo en cuenta, también, la ubicación del reparador. Puede consultarse en: <https://www.repairmystuff.ie/> (consulta realizada el día 6 de junio de 2023).

una interpretación amplia para que esta categoría de bienes entre dentro de su ámbito de aplicación y, por lo tanto, que sean aplicables los criterios para determinar la conformidad y los remedios para subsanarla. Ello se consigue aproximando a los bienes reacondicionados o refabricados a los bienes nuevos, o bien a los bienes de segunda mano. En todo caso, no sería sobranante que la próxima revisión de la DCCB prevista para 2024 haga una referencia expresa a este tipo de bienes y, por tanto, despejar las dudas sobre su inclusión dentro de su ámbito de aplicación.

Asimismo, los bienes reacondicionados y refabricados plantean algunos problemas respecto a la aplicabilidad de los criterios para determinar la conformidad, la posibilidad de sustituir bienes defectuosos con bienes reacondicionados o refabricados y cómo opera la carga de la prueba de la conformidad a esta categoría de productos. Sin embargo, estos problemas se plantean porque la DCCB dispensa un tratamiento diferente a los bienes nuevos y a los bienes de segunda mano. Superando tales diferencias se podrían superar los perjuicios que tienen los consumidores sobre este tipo de bienes.

La Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos ofrece algunas novedades e incorpora algunas normas que serían aplicables a los bienes reacondicionados o refabricados. En primer lugar, se declara la aplicabilidad de la Propuesta de Directiva a los bienes reacondicionados, refabricados o reparados. En segundo lugar, se atribuye la condición de fabricante al sujeto que realiza una modificación sustancial del producto y, en tercer lugar, se exime de responsabilidad al sujeto que ha realizado la modificación sustancial en el producto si logra demostrar que el defecto del producto no está relacionado con su intervención. La incorporación de los bienes reacondicionados y refabricados en el ámbito de aplicación de la Propuesta de Directiva es bienvenida, máxime cuando estos bienes se comercializan como productos y progresivamente van a adquirir más cuotas de mercado.

El concepto de modificación sustancial del producto y, a resultas de su realización, la consideración de que estamos ante un producto nuevo y ante un nuevo fabricante, es clave para los bienes reacondicionados o refabricados, habida cuenta que sufren una modificación de sus propiedades que, en función de su incidencia, recibirá la consideración de sustancial o no, con las implicaciones que esto conlleva. La Propuesta de Directiva dice que el carácter sustancial de una modificación de un producto se determinará de acuerdo con la legislación nacional y de la UE y se trata de modificaciones que afectan a las funciones inicialmente previstas del producto o bien a su rendimiento. A mi juicio, sería más oportuno fijar unos criterios en el texto definitivo de la futura directiva, como los previstos en el art. 13.3 RSGP, o bien, por remisión, referirse a ellos. En todo caso, en función del alcance de la interpretación de este concepto que se acabe imponiendo puede dificultarse que los usuarios puedan reclamar la responsabilidad del fabricante. Piénsese en los casos de productos que son modificados o actualizados por los propios usuarios.

El concepto de modificación sustancial de producto exige una intervención de un tercero fuera del ámbito de control del fabricante original que altera el producto, bien telemática o mecánicamente. Por tanto, a mi juicio no puede aprovecharse una vulnerabilidad que presente el producto para propiciar una modificación sustancial del producto. El concepto de vulnerabilidad entraña una deficiencia o fallo del propio producto que se aleja de la actividad externa al fabricante tendente a alterar el producto que requiere una modificación sustancial.

Asimismo, el art. 7.4 de la Propuesta de Directiva, sobre la consideración de fabricante del sujeto que lleva a cabo una modificación sustancial del producto, no exige que la modificación afecte al software de los productos con elementos digitales y, por tanto, cabría también considerar que puede aplicarse la modificación de productos convencionales. No obstante, obvio es que el precepto operará fundamentalmente en los productos con elementos digitales cuyo software puede ser actualizado por terceros fuera del ámbito de control del fabricante original.

La intervención de un tercero que actúa fuera del ámbito de control del fabricante originario y modifica sustancialmente un producto es un supuesto que debe reconducirse al art. 12 Propuesta de Directiva. En virtud de este precepto, la responsabilidad del fabricante originario podrá anularse si el daño es imputable exclusivamente al modificador sustancial. En la medida que la el modificador sustancial opera fuera del ámbito de control del fabricante original, modificador sustancial y fabricante originario no pueden responder conjunta y solidariamente, con los riesgos que implicaría para el fabricante originario. A mi juicio, la responsabilidad solidaria del art. 11 Propuesta de Directiva está concebida para los supuestos de productos con elementos digitales que se introducen en el mercado o se ponen en servicio como un todo frente al adquiriente y que, por esta razón, la víctima del daño no puede distinguir a qué operador económico es imputable el daño. La solidaridad no tendría que operar, por tanto, cuando un tercero fuera del ámbito de control del fabricante originario modifica sustancialmente el producto.

Por lo que atañe al nuevo Reglamento sobre seguridad general de los productos, el art. 13.3 RSGP prevé unos criterios para determinar cuándo se ha producido una modificación sustancial del producto. Entre ellos destaca la letra c), que dice que la modificación no puede ser realizada por el consumidor o en su nombre. De ello se desprende que la modificación sustancial debe ser realizada por un tercer ajeno al fabricante original y, por tanto, las modificaciones realizadas por el consumidor no tendrán dicha consideración, algo que beneficia a los consumidores claramente. Por lo demás, incluye previsiones como la consideración de fabricante del sujeto que realiza una modificación sustancial en el producto, en la misma línea que la Propuesta de Directiva sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos.

Actualmente, está pendiente de adoptarse el futuro Reglamento sobre diseño ecológico que determinará los requisitos que deberán cumplir los productos en materia de diseño ecológico para ser introducidos y comercializados en el mercado de la UE. A tenor del art. 5 PRDE el reacondicionamiento y la fabricación son propiedades de los productos respecto de las cuales la Comisión Europea deberá adoptar, mediante actos delegados, los requisitos de diseño ecológico (art. 4 PRDE). Serán, por tanto, los actos delegados que adopte la Comisión lo que determinará cuando los procesos de reacondicionamiento o refabricación se ajustan a las exigencias del diseño ecológico.

Para finalizar, la propuesta de directiva para promover la reparación de bienes prevé la creación de una plataforma en línea para poner en contacto operadores económicos que comercialicen bienes reacondicionados o refabricados. Sin mencionarlo, la PDRB está pensando en una plataforma de titularidad pública, similar a la que actualmente existe en Irlanda. Pero lo cierto es que no debe limitarse la iniciativa privada en este nuevo mercado, por lo que abogamos por la creación de plataformas en línea desarrolladas por operadores económicos privados que ayuden a los consumidores a adquirir este tipo de productos y que, asimismo, faciliten el intercambio entre vendedores y fabricantes.

5. Bibliografía

ABBEY, James. D, MELOY, Margaret G, BLACKBURN, Joseph, DANIEL, V, GUIDE, R, «Consumer Markets for Remanufactured and Refurbished Products» *Universidad de California*, núm. 4, 2015, pp. 26-42.

BEN-SHAHAR, Omri, SCHNEIDER, Carl E., *More than you wanted to know. The Failure of Mandate Disclosure*, Princeton University Press, Princeton, 2014.

BORGHETTI, Jean-Sébastien, «Taking EU Product Liability Law Seriously: How Can The Product Liability Directive Effectively Contribute to Consumer protection?», *French Journal of Legal Policy*, núm. 1, 2023, p. 1-41.

BRACQUENÉ, Ellen, BRUSSELAERS, Jan, DAMS, Yoko, PEETERS, Jef, DE SCHEPPER, Karel, DUFLOU, Joost DEWULF, Wim, «Repairability criteria for energy related products. Study in the BeNeLux context to evaluate the options to extend the product life time. Final Report», 2018, disponible en: https://www.benelux.int/files/7915/2896/0920/FINAL_Report_Benelux.pdf.

Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. El Pacto Verde Europeo, Bruselas, 11.12.2019 COM(2019) 640 final.

Comisión Europea, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Nuevo Plan de acción para la economía circular por una Europa más limpia y más competitiva, Bruselas, 11.3.2020 COM(2020) 98 final.

Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre responsabilidad por daños causados por productos defectuosos, Bruselas, 28.9.2022 COM(2022) 495 final 2022/0302 (COD).

Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo, por la que se establecen normas comunes para promover la reparación de bienes y se modifican el Reglamento (UE) 2017/2394 y las Directivas (UE) 2019/771 y (UE) 2020/182, Bruselas, 22.3.2023, COM(2023) 155 final 2023/0083(COD).

Comisión Europea, Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo por el que se insta un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos sostenibles y se deroga la Directiva 2009/125/CE, Bruselas, 30.3.2022, COM(2022) 142 final 2022/0095(COD).

DOPAZO FRAGUÍO, María Pilar, «El diseño de productos sostenibles como paradigma preceptivo: evolución normativa y régimen jurídico propuesto en la Unión Europea», *Actualidad Jurídica Ambiental*, núm. 139, 2023, p. 1-57.

ESMAELIAN, Behzad, SAMINATHAN, Pradeep Onnipalayam, CADE, Willie, BEHDAD, Sara «Marketing strategies for refurbished products: Survey-based insights for probabilistic selling and technology level», *Resources, Conservation & Recycling*, núm. 167, 2021, p. 1-10.

EUROCONSUMERS, «Refurbished iphones are getting better and better», <https://www.euroconsumers.org/activities/refurbished-iphones-improve>.

EUROPEAN LAW INSTITUTE, «European Commission's Public Consultation on Sustainable Consumption of Goods – Promoting Repair and Reuse. Response of the European Law Institute», 2022, disponible en https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Response_Sustainable_Consumption_of_Goods.pdf.

EUROPEAN LAW INSTITUTE, «Feedback of the European Law Institute on the European Commission's Proposal for a Directive on Common Rules Promoting the Repair of Goods (COM(2023) 155 final)» disponible en: https://www.europeanlawinstitute.eu/fileadmin/user_upload/p_eli/Publications/ELI_Feedback_Right_to_Repair.pdf.

FAIRGRIEVE, Duncan, GOLDBERG, Richard, *Product liability*, Oxford University Press, Oxford, 2020.

FAIRGRIEVE, Duncan, HOWELLS, Geraint, «General Product Safety – a Revolution Through Reform?», *The Modern Law Review*, núm. 69, 2006, p. 59-69.

GARCÍA GOLDAR, Mónica, «The inadequate approach of Directive (EU) 2019/771 towards the circular economy», *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, vol. 29, núm. 1, 2022, pp. 9-24.

GÓMEZ LIGÜERRE, Carlos Ignacio, «No lo tires, repáralo», *Indret*, núm. 2, 2023, p. 1-3.

HERNÁNDEZ, Ricardo J., MIRANDA, Constanza, GOÑI, Julian, «Empowering Sustainable Consumption by Giving Back to Consumers the 'Right to Repair'», *Sustainability*, núm. 3, 2020, p. 1-15.

HODGES, Christopher, *European Regulation of Consumer Product Safety*, Oxford University Press, Oxford, 2005.

KRYLA-CUDNA, Katarzyna, «Sales Contract and the Circular Economy», *European Review of Private Law*, núm. 6, 2020, p. 1207-1229.

KUR, Annette, «'As Good as New' – Sale of Repaired or Refurbished Goods: Commendable Practice or Trade Mark Infringement?», *GRUR International*, núm. 70, 2021, p. 228-236.

LOOS, Marco, B. M, «Rubbish or recycling? Furthering sustainability by developing specific provisions for the sale of second-hand goods» Amsterdam Law School Legal Studies

Research Paper núm. 2022-15, Amsterdam Centre for Transformative private law Working Paper núm. 2022-02, 2002, p. 1-23.

MAITRE-EKERN, Eléonore, DALHAMMAR, Carl, «A Scandinavian Perspective on the Role of Consumers in the Circular Economy», en KEIRSBILCK, Bert, TERRY, Evelyne (eds.), *Consumer Protection in a Circular Economy*, Intersentia Publishing nv, Cambridge, 2019, pp. 201-223.

MAK, Vanessa, TERRY, Evelyne, «Circular Economy and Consumer Protection: The Consumer as a Citizen and the Limits of Empowerment Through Consumer Law», *Journal of Consumer Policy*, núm. 43, 2019, pp. 227-248.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, «La reforma de la Directiva 2019/771, de contratos de compraventa de bienes de consumo, contenida en la Propuesta de Directiva de 22 de marzo de 2023», disponible en https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/La_reforma_de_la_Directiva_2019_771_.pdf.

MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús, “Hacia una regulación europea sobre la reparación de bienes de consumo: La Propuesta de Directiva de 22 de marzo de 2023”, puede consultarse en: https://centrodeestudiosdeconsumo.com/images/Hacia_una_regulacion_europea_sobre_la_reparacion_de_bienes_de_consumo.pdf.

MICKLITZ, Hans W., SCHIEFKE, Nikola, LIEDTKE, Christa, KENNING, Peter, SPECHT-RIEMENSCHNEIDER, Louisa, BAUR, Nina «E-commerce and the trade-off between consumer protection and sustainability», Advisory Council for Consumer Affairs at the German Federal Ministry of Justice and Consumer Protection, 2020, pp. 1-47.

MONTALVO, Carlos, PECK, David, RIETVELT, Elmer, «A Longer Lifetime for Products: Benefits for Consumers and Companies», disponible en: [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579000/IPOL_STU\(2016\)579000_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/579000/IPOL_STU(2016)579000_EN.pdf) (consulta realizada el día 7 de junio de 2023).

SENFTLEBEN, Martin, «Fashion Upcycling and Trademark Infringement – A Circular Economy/Freedom of the Arts Approach», *Institute for Information Law*, Universidad de Amsterdam, p. 1-21.

SCHMITZ, Sandra, SCHIFFNER, Steffan, «Responsible Vulnerability Disclosure under the NIS 2.0 Proposal», disponible en https://www.jipitec.eu/issues/jipitec-12-5-2021/5495/schmitz_schiffner_pdf.pdf.

ULFBECK, Vibe, «From Linear to Circular Value Chains: A Role for Tort Liability in Recycling Practices?», *European Journal of Risk Regulation*, núm. 13, 2022, p. 603-617.

VAN GOOL, Elias, MICHEL, Anaïs «The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption: A Critical Analysis», en *European Journal of Consumer and Market Law*, núm. 4, 2021, pp. 136-148.

VAN GOOL, Elias, MICHEL, Anaïs, KEIRSBILNK, Bert, TERRY, Evelyne, *Public consultation as regards the Sustainable consumption of goods – promoting repair and reuse initiative*, KU Leuven, p. 1-10.

VELDT, Gitta, , «The New Product Liability proposal – Fit for the Digital Age or in Need for Shaping Up?» *Journal of European Consumer and Market Law*, núm. 1, 2023, p. 24-31.

WAGNER, Gerhard, «Liability Rules for the Digital Age», *Journal of European Tort Law*, núm. 3, 2022, p. 191-243.

WATSON, David, TOJO, Naoko, BAUER, Bjorn, MILIOS, Leonidas, THRONE-HOLST, Herald, GYLLING, Anja Charlotte, *Circular Business Models in the Mobile Phone Industry*», p. 58, disponible en: https://www.researchgate.net/publication/345689895_Circular_Business_Models_in_the_Mobile_Phone_Industry.

WENDERHORST, Christiane, «Safety and Liability Related Aspects to Software», p. 64-66. Disponible en: <https://digital-strategy.ec.europa.eu/en/library/study-safety-and-liability-related-aspects-software>.