

IL FORO NAPOLETANO

dal 1897

Anno XIII n. 2 Maggio-Agosto 2024

Nuova serie



Edizioni Scientifiche Italiane

Il Foro Napoletano

Dialoghi tra la dottrina e la giurisprudenza locale, nazionale ed europea, pubblicazione quadrimestrale edita con la collaborazione scientifica del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università degli Studi della Campania «Luigi Vanvitelli» e della Scuola di Specializzazione in Diritto civile dell'Università di Camerino.

Il Foro napoletano dal 1897

Rivista quadrimestrale

Direzione

Ilario Alvino, Salvatore Boccagna, Clelia Buccico, Gian Paolo Califano, Alessia Fachechi, Paolo Ghionni Crivelli Visconti, Andrea Lepore, Giovanni Perlingieri, Elisa Scotti.

Comitato scientifico nazionale

Salvatore Aceto di Capriglia, Roberta Alfano, Raffaele Basile, Antonio Blandini, Giovanni Berti de Marinis, Roberto Bocchini, Consiglia Botta, Ciro Caccavale, Ilaria Amelia Caggiano, Roberta Catalano, Vincenzo Maria Cesàro, Paola Chirulli, Maria Antonia Gocia, Antonio Cilento, Oriana Clarizia, Alfredo Contieri, Luciana D'Acunto, Giovanna D'Alfonso, Lucia D'Arcangelo, Menita De Flora, Giuseppe della Pietra, Stefano Deplano, Antonio di Biase, Lucia Di Costanzo, Gaetano Di Martino, Daniela Di Sabato, Marco Esposito, Vincenzo Farina, Stefano Fiorentino, Andrea Federico, Pasquale Femia, Lourdes Fernandez Del Moral Dominguez, Edoardo Ferrante, Fabio Ferraro, Luigi Follieri, Massimo Gazzara, Gianluca Gentile, Rosaria Giampetraglia, Stefania Giova, Matteo Gnes, Ugo Grassi, Margherita Interlandi, Paolo Lazzara, Giuseppe Liccardo, Fiorenzo Liguori, Rita Lombardi, Tommaso Maglione, Vincenzo Maiello, Stefano Manacorda, Roberta Marino, Barbara Marucci, Antonio Maria Marzocco, Alessia Mignozzi, Enrico Minervini, Salvatore Monticelli, Antonio Nappi, Carolina Perlingieri, Giovanna Petrillo, Raffaele Picaro, Immacolata Prisco, Gian Maria Piccinelli, Luca Pisani, Federico Putaturo, Rolando Quadri, Adelaide Quaranta, Andrea Rallo, Giuseppe Recinto, Fabrizio Rippa, Francesco Rossi, Talita Rossi, Domenico Giovanni Ruggiero, Domenico Russo, Barbara Salvatore, Francesco Sangermano, Francesco Sbordone, Angelo Scala, Dario Scarpa, Anna Scotti, Chiara Tenella Sillani, Tommaso Maria Ubertazzi, Cristina Vano, Carlo Venditti, Camillo Verde, Roberto Virzo, Francesco Giacomo Viterbo, Mariacristina Zarro.

Comitato scientifico internazionale

María Teresa Álvarez Moreno, María Dolores Cervilla Garzón, María José Cervilla Garzón, Antonio Estella de Noriega, Lislene Ledier Aylon, Carmen Jover Ramirez, Martin Schmidt-Kessel, José Leyva Saavedra, Eugenio Llamas Pombo, Otto Pfersmann, José Ramón de Verda y Beamonte, Gustavo Tepedino, Ana María Rodríguez Tirado, Michel Troper, Isabel Zurita Martín.

Comitato Editoriale

Erica Adamo, Gianfranco Alfano, Raffaele Aveta, Sonia Tullia Barbaro, Luca Bardaro, Antonella Batà, Elena Belmonte, Giorgia Biferali, Maria Cimmino, Annalisa Cocco, Francesco Della Rocca, Silvia de Marco, Valeria De Oto, Mattia Di Florio, Francesca Di Lella, Giuseppe Doria, Salvatore Esposito, Maria Epifania, Matteo Maria Pietro Francisetti Brolin, Chiara Ghionni Crivelli Visconti, Francesca Ferretti, Marika Gimini, Virginia Giusti, Raffaella Grimaldi, Mario Griffo, Claudia Iodice, Chiara Iorio, Roberta Landi, Cristiana Lauri, Carlo Limatola, Enrico Locascio Aliberti, Margherita Magaldi, Gloria Marino, Francesco Maiello, Giuditta Merone, Antonella Miletta, Alessandro Milone, Martino Monaco, Fabio Ottombrino, Giuseppe Maria Palmieri, Salvatore Antonello Parente, Riccardo Pulcini, Maria Elena Quadrato, Francesco Rinaldi, Marianna Rinaldo, Rossella Rispoli, Marina Romano, Gennaro Santorelli, Raffaella Scotti, Alberto Mattia Serafin, Riccardo Sgobbo, Angelo Spatuzzi, Francesco Torchia, Valeria Verde, Lucia Ugolino, Gabriele Uva, Giorgia Vulpiani, Sara Zuccarino.

Osservatorio

Antonello Ardituro, Domenico Ardolino, Antonio Areniello, Francesco Astone, Francesco Caia, Edmondo Cacace, Eduardo Campese, Geremia Casaburi, Nello Caserta, Barbara Cavallo, Fabrizio Ciccone, Edoardo Cilenti, Massimo Cimmino, Stefano Cimmino, Marina Comenale Pinto, Mauro Criscuolo, Giuliano Cuomo, Corrado D'Ambrosio, Giampiero De Cesare, Stanislao De Matteis, Luca Della Ragione, Gaetano Di Giovine, Giuseppe Dongiacomo, Diomede Falconio, Marcello Fattore, Maria Vittoria Foschini Nunzio Fraiasso, Ida Frongillo, Antonio Gialanella, Luigi Giordano, Francesco Graziano, Raffaele Greco, Paolo Guida, Giancarlo Iaccarino, Marco Krogh, Gianfilippo Laurini, Antonio Lepre, Piero Lupi, Pasquale Macchiarelli, Maria Laura Maddalena, Raffaello Magi, Arturo Umberto Meo, Antonio Merone, Giancarlo Montedoro, Carla Musella, Maria Pia Nastri, Michele Nastri, Sergio Occhionero, Vincenzo Pappa Monteforte, Andrea Penta, Paolo Pittori, Enrico Quaranta, Francesca Rinaldi, Carmine Romano, Giovanni Russo, Raffaele Sabato, Stefano Santangelo, Michael Sciascia, Raffaele Sdino, Francesco Todisco, Domenico Zeuli, Sergio Zeuli.

Comitato valutazione esterno

Giuseppe Ferraro, Ferruccio Auletta, Giuliano Balbi, Angelo Barba, Vincenzo Barba, Mirzia Bianca, Roberto Calvo, Ernesto Capobianco, Felice Casucci, Antonio Cavaliere, Alessandro Ciatti, Alfredo Contieri, Astolfo Di Amato, Francesco Di Ciommo, Settimio Di Salvo, Guido Clemente Di San Luca, Angelo Federico, Fiorenzo Festi, Giampaolo Frezza, Tommaso Edoardo Frosini, Lucilla Gatt, Manlio Ingrosso, Marcello Maggiolo, Maria Rosaria Maugeri, Sergio Moccia, Mario Nussi, Mauro Orlandi, Gianmaria Palmieri, Ferdinando Parente, Stefano Polidori, Antonino Procida Mirabelli Di Lauro, Paolo Piscitello, Geremia Romano, Massimo Rubino De Ritis, Aldo Sandulli, Renato Santagata De Castro, Giancarlo Scalese, Antonio Sciaudone, Claudio Scognamiglio, Pietro Sirena.

Tribunale di Napoli al n. 4586/94. Responsabile Maria Rosaria Scotti

I lavori pubblicati in questo numero sono di: A. ALBANO, avvocato; A. APRILE, dottorando di ricerca; M. AUTIERI, avvocato; A. BIFULCO, dottoressa in giurisprudenza; V. CAMPPELLONE, dottorando di ricerca; R. CAROZZA, dottorando di ricerca; M. CIMMINO, ric. Univ. Napoli «Parthenope»; S. DEL GIUDICE, dottoranda di ricerca; A. GAMBARDELLA, dottoranda di ricerca; F. MAFFETTONE, dottoranda di ricerca; G. MAZZARA, dottoranda di ricerca; R. MEZZACAPO, dottoranda di ricerca; G. MUÑOZ RODRIGO, profesor ayudante doctor Univ. Valencia; F. OTTOMBRINO, assegnista ric. Univ. Salento; F. PAGANA, magistrato; R. PULCINI, dottore di ricerca; F. RIPPA, ass. Univ. Napoli «Parthenope»; R. SCOTTI, ric. Univ. Napoli «Federico II».

Responsabile della redazione: Marco Tanzillo

Hanno contribuito alla preparazione di questo fascicolo: F. Ferretti, M. Magaldi, G. Marino, F. Ottombrino, R. Rispoli, G. Vulpiani.

Criteri di selezione dei lavori pubblicati

La Rivista *Il Foro napoletano* sottopone i contributi destinati alla pubblicazione a una procedura di referaggio che garantisce l'anonimato dell'Autore e dei singoli revisori (c.d. *double blind peer-review*). A tal fine i Direttori delle diverse Sezioni, con la supervisione del referente di disciplina presente nel comitato di coordinamento, si avvalgono di almeno due componenti del comitato di valutazione e/o di *referee* esterni scelti tra i Professori ordinari di prima fascia, italiani e stranieri, in ragione della loro autorevolezza, della competenza specifica richiesta e dell'eventuale natura interdisciplinare del contributo. La procedura di valutazione è svolta in modo da garantire l'anonimato dell'Autore e dei valutatori. Il giudizio motivato potrà essere positivo (pubblicabilità); positivo con riserva, ossia con l'indicazione della necessità di apportare modifiche o aggiunte (pubblicabilità condizionata); negativo (non pubblicabilità). In caso di giudizio positivo con riserva, il referente di disciplina presente nel comitato di coordinamento e i Direttori della Sezione competente autorizzano la pubblicazione soltanto a seguito dell'adeguamento del contributo, assumendosi la responsabilità della verifica. Nell'ipotesi di valutazioni contrastanti dei *referee* sarà il referente di disciplina presente nel comitato di coordinamento, d'accordo con i Direttori della Sezione competente, a decidere circa la pubblicazione del contributo, anche affidando l'ulteriore valutazione a terzi. Il referente di disciplina presente nel comitato di coordinamento e i Direttori della Sezione competente possono assumersi la responsabilità delle pubblicazioni di studi provenienti da autori, stranieri o italiani, di consolidata esperienza e prestigio tali che la presenza del loro contributo si possa reputare di per sé ragione di lustro per la Rivista.

L'accettazione di un lavoro ai fini della pubblicazione implica il vincolo per l'Autore a non pubblicarlo altrove o a non pubblicare parti di esso in altra rivista senza il consenso scritto dell'Editore secondo le modalità concordate con l'Editore stesso.

Le medesime regole valgono anche per i *Quaderni de Il Foro napoletano*.

INDICE

DOTTRINA

- ANTONIO ALBANO, *Occultamento parziale del socio di società personale e gestione «di fatto» di accomandita semplice regolare* 295
- SERENA DEL GIUDICE, *Spunti ricostruttivi sulla rinegoziazione alla luce di un'analisi comparatistica* 313
- FABIO PAGANA, *Intercettazioni e messaggi di testo: tra esigenza di conformità al diritto sovranazionale e riscoperta di garanzie già immanenti al diritto interno* 339
- RICCARDO PULCINI, *Accordo e meritevolezza degli interessi nella contrattazione telematica* 367
- RAFFAELLA SCOTTI, *Il rapporto tra convivenza more uxorio e convivenza tout court alla luce dei recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di assegno divorzile* 401

ESPERIENZE STRANIERE E COMPARATE

- GONZALO MUÑOZ RODRIGO, *El régimen legal de la compraventa de bienes de consumo* 425

GIURISPRUDENZA

CIVILE E PROCESSUALE

- ANTONIO APRILE, *Il danno causato dalla fauna selvatica ai veicoli in circolazione: titolo e 'presunzioni' di responsabilità* (nota a Cass., ord., Sez. III, 10 novembre 2023, n. 31335) 487
- FABIO OTTOMBRINO, *Trasferimenti patrimoniali tra coniugi: il governo del caso concreto* (nota a Trib. Reggio Emilia, Sez. II, 11 maggio 2023, n. 560) 520

COMMERCIALE

- AMALIA GAMBARDELLA, *La responsabilità del socio di s.r.l. per aver 'deciso' o 'autorizzato' il compimento di atti di mala gestio* (nota a Trib. Napoli, Sez. spec. impr., 6 ottobre 2023, n. 9079) 554

RASSEGNE

DIRITTO CIVILE

- Quali sono i limiti del giudice nella riduzione d'ufficio della clausola penale?* (Cass., ord., Sez. III, 20 settembre 2023, n. 26901) [VINCENZO CAMPPELLONE] 573

<i>L'emptio rei speratae è una vendita con effetti meramente obbligatori?</i> (Trib. Napoli, Sez. XI, 4 marzo 2024, n. 2508) [RICCARDO CAROZZA]	576
<i>In tema di confondibilità fra marchi d'impresa la valutazione deve essere effettuata in maniera globale e sintetica? Il pubblico di riferimento da considerare quale parametro del giudizio di confondibilità è sempre quello qualificato?</i> (Trib. Napoli, Sez. spec. impr., 31 maggio 2023, n. 5651) [MARIA CIMMINO]	580
<i>Sussiste interferenza tra marchi figurativi caratterizzati da una spiccata similitudine delle rispettive componenti letterali? Su chi grava l'onere probatorio della concorrenza sleale interferente?</i> (Trib. Napoli, Sez. spec. impr., 1 marzo 2023, n. 2222) [MARIA CIMMINO]	584
<i>Si può includere in via interpretativa il convivente more uxorio tra i membri dell'impresa familiare, oppure c'è bisogno di una pronuncia della Corte costituzionale, anche per risolvere il disallineamento dell'art. 230 ter c.c.?</i> (Cass., ord., Sez. un., 18 gennaio 2024, n. 1900) [FEDERICA MAFFETTONE]	588
<i>Nell'ipotesi di danni da infiltrazioni d'acqua a una unità dell'edificio condominiale, dovuti a difetti imputabili all'originario venditore e già oggetto di transazione con gli acquirenti, il titolare dell'unità danneggiata può agire contro il condominio per ottenere il risarcimento dei danni?</i> (Cass., Sez. II, 9 ottobre 2023, n. 28253) [GIULIA MAZZARA]	594
<i>È possibile richiedere la nullità dei tassi effettivamente applicati se diversi da quelli convenuti, lamentando un difetto di determinatezza e di trasparenza?</i> (Trib. Napoli nord, Sez. III, 10 febbraio 2024) [ROSSANA MEZZACAPO]	598

DIRITTO PENALE

<i>È applicabile retroattivamente la causa di non punibilità per la particolare tenuità del fatto prevista dall'art. 131 bis c.p.?</i> (Cass. pen., Sez. V, 5 febbraio 2024, n. 5113) [MASSIMO AUTIERI]	603
<i>Quando viene a configurarsi la condotta di detenzione di materiale pedopornografico di cui all'articolo 600 quater, comma 1, c.p.? Nell'ipotesi di disponibilità di file di contenuto pedopornografico tramite accesso a un archivio cloud, è possibile che, in assenza del possesso fisico e diretto di suddetto materiale sul proprio dispositivo, tale condotta rientri nella fattispecie di detenzione prevista dal comma 1 dell'art. 600 quater c.p.? Oppure si configura come la meno grave condotta di accesso ai sensi del comma 3 dello stesso articolo?</i> (Cass., pen., Sez. III, 4 settembre 2023, n. 36572) [ASIA BIFULCO]	608
<i>Quali sono, a séguito delle modifiche introdotte dalla legge c.d. 'Severino' i criteri di distinzione tra le fattispecie di concussione e di induzione indebita, da un lato, e le fattispecie corruttive, dall'altro?</i> (Cass. pen., Sez. II, 15 maggio 2023, n. 27883) [FABRIZIO RIPPA]	612

GONZALO MUÑOZ RODRIGO

EL RÉGIMEN LEGAL DE LA COMPRAVENTA DE BIENES DE CONSUMO

SOMMARIO: 1. Introducción. – 2. Características generales de la Directiva 2019/711 y la Directiva 2019/770. – 3. Ámbito de aplicación de la Directiva 2019/771. – 3.1. Ámbito de aplicación subjetivo. – 3.2. Ámbito de aplicación objetivo. – 4. La falta de conformidad en la Directiva 2019/771. – 4.1. Criterios subjetivos de conformidad. – 4.2. Criterios objetivos de conformidad. – 5. Responsabilidad del vendedor y medidas correctoras. – 5.1. Presupuestos de la responsabilidad del vendedor. – 5.2. Posibilidad de extender la responsabilidad a otros sujetos. – 5.3. Remedios ante la falta de conformidad. – 5.3.1. Remedios primarios. – 5.3.1.1. Imposibilidad y desproporción. – 5.3.1.2. Gratuidad de las medidas primarias. – 5.3.1.3. Transcurso de un plazo razonable y sin mayores inconvenientes. – 5.3.1.4. La inexigibilidad de una indemnización por un uso normal. – 5.3.2. Remedios subsidiarios. – 5.3.2.1. Resolución del contrato. – 5.3.2.2. Reducción del precio. – 5.3.3. Pretensión indemnizatoria. – 6. Garantía comercial.

1. El incumplimiento del vendedor en la compraventa de bienes de consumo gira en torno al concepto de la falta de conformidad, el cual implica una superación de los clásicos dilemas que ha supuesto la inadecuación del objeto en el contrato de compraventa. Para empezar, la compraventa de bienes de consumo evita hacer una diferenciación entre la compraventa de cosa genérica o la compraventa de cosa específica. En ese sentido, la importancia que le podamos otorgar a la configuración del programa prestacional pasa a un segundo plano, pues las cualidades (o calidades) presupuestas o pactadas por las partes integrarían el contenido contractual. Asimismo, implica una mejora sustancial, por lo que respecta a la compraventa de cosa específica, a la dicotomía existente entre el incumplimiento contractual y el saneamiento por vicios ocultos, puesto que, enlazando con lo anterior, tanto la entrega de una cosa distinta, como la entrega de una cosa con vicios preexistentes será considerada falta de conformidad *ergo* incumplimiento contractual¹. Incluso el concepto de

¹ Véase J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Del saneamiento por vicios ocultos al deber de conformidad: un examen de la cuestión en el derecho comunitario a la luz de las recientes propuestas de Directiva en materia de consumo*, en *Rev. crít. der. in.*, 770, 2018, p. 2935 ss., quién acerta-

falta de conformidad resuelve los problemas armónicos que tradicionalmente han presentado los «vicios del objeto», ya que cualquier defecto sería susceptible de entrar en la categoría de falta de conformidad, por nimio que fuese, de la misma forma que la ausencia de cualquier funcionalidad que se entendiera relevante desde el punto de vista decisivo del comprador pertenecería a la misma categoría.

A mayor abundamiento, el nuevo concepto de la falta de conformidad pone en tela de juicio cuestiones como el carácter oculto que generalmente se ha exigido a los defectos que presentasen los bienes vendidos, unido a la irrelevancia del conocimiento que pudiera tener el adquirente sobre el estado de los mismos, así como la mejora de las reglas de la transmisión del riesgo, habida cuenta de que el vendedor debe proporcionar un bien conforme en el momento de entrega². En definitiva, garantiza el óptimo

damente precisa que «la obligación de saneamiento no delimita el objeto de la obligación de entrega». Por lo que, si el vendedor entrega el bien pactado con los defectos que preexistían cuando se perfeccionó el contrato habrá cumplido su obligación. Como señala el mencionado autor, esta tesis tiene prestigiosos defensores, véase, R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa*, en *An. der. civ.*, 22, 4, 1969, p. 777-838, A.M. MORALES MORENO, *El alcance protector de las acciones edilicias*, *ivi*, 33, 3, 1980, p. 665, y M^a.R. LLÁCER MATA CÁS, *El saneamiento por vicios ocultos en el Código Civil: su naturaleza jurídica*, Barcelona, 1992, p. 157 s.

² A.M. MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Cizur Menor, 2006, p. 162, confirma el mayor nivel de protección que supone el concepto de «falta de conformidad», pues los riesgos no se transmiten hasta el momento de la *traditio*. En ese sentido, E. LLAMAS POMBO, *La compraventa*, Madrid, 2014, p. 311 ss., expone el problema con detalle y analiza la evolución histórica de la concepción romanista de los riesgos. Efectivamente, señala que dada la naturaleza consensual de la compraventa en España que contrasta con la existente en otros países de nuestro entorno (en Italia y Francia la propiedad se transmite por la sola perfección del contrato; en Alemania rige la distinción entre celebración y *traditio*, pero el riesgo se transmite con la entrega de la cosa); la propia tradición histórica y la interferencia de ciertas normas del Código Civil se debe llegar a esa conclusión. Tal y como está configurada la compraventa en nuestro país, se parte de la idea que el vendedor cumple poniendo a disposición del comprador la cosa comprada, por lo que, aunque el comprador aún no la tenga en su poder se transmiten los riesgos desde la celebración del contrato. Asimismo, la inexistencia de normas que regulen qué ocurre con la obligación del pago del precio en un contrato sinalagmático, como es la compraventa, cuando la obligación de entrega del vendedor se extingue sin culpa del deudor, no resuelve la cuestión satisfactoriamente, lo que nos conduce a aplicar los arts. 1.096 y 1182 CC (que llevarían al comprador a tener que pagar el precio, argumento que se reforzaría con la propia naturaleza genérica del dinero). Y, es más, las propias reglas sobre el daño y provecho de la cosa en la compraventa, parecen llevarnos a la conclusión de que si el comprador tiene derecho a los frutos (*commodum*) a pesar de no ser propietario aún, también tendrá que soportar los deterioros (*incommodum*). Partidario de esta tesis más purista cabe destacar a M. ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, p. 85 ss. Más adelante,

estado del bien desde el plano físico y funcional. Pero no solo eso, ya que actualmente el concepto de falta de conformidad se extiende a la dimensión jurídica, en la medida que se exige la ausencia de derechos y pretensiones de terceros sobre los bienes³. Del mismo modo, se tiene en consideración el aspecto digital que hoy en día afecta a tantos productos del mercado. Por último, la falta de conformidad ofrece un concepto unitario de incumplimiento contractual, en la medida que despliega una serie de remedios basados en la premisa básica, la inobservancia del deber de conformidad. A este respecto, en función de cómo podamos calificar dicho incumplimiento, el remedio disponible será uno u otro, vedando el acceso a la resolución del contrato cuando, por ejemplo, el defecto sea de escasa importancia.

Dicho esto, el actual régimen legal de la compraventa de bienes de consumo viene dado por la Directiva 2019/771, de 20 de mayo que fue traspuesta al ordenamiento jurídico español a través del Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril, de trasposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención de blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la

acaba diciendo que sería mucho mejor que los textos legales fueran más claros y resolviesen de forma adecuada la mencionada eventualidad, propone como solución que se debería repartir el riesgo por los «eventos fatales», de la que también toma partido E. LLAMAS POMBO, *o.u.c.*, p. 325. No obstante, esta tesis tiene fuertes opositores, el propio M. ALBALADEJO, *Derecho Civil II, Derecho de Obligaciones*, 2, Barcelona, 1989, p. 39 ss., quien indica que sobre la exigibilidad o no de la obligación del pago del precio deberíamos acudir a las normas sobre la extinción de las obligaciones recíprocas por imposibilidad sobrevenida fortuita, y A. COSSÍO Y CORRAL, *Los riesgos en la compraventa civil y mercantil*, en *Rev. der. priv.*, 1944, p. 361 ss., por ejemplo, señala en relación al argumento de que el vendedor cumple poniendo la cosa a disposición del comprador, que cuando se demuestre que el plazo solo jugó en beneficio del vendedor o con el consentimiento del comprador no se podrá imputar a este último el riesgo. Otra cosa sería que desde el momento en que se perfeccionó el contrato la cosa estaba a disposición del comprador y si no la retiró fue porque no quiso. Más contundente se muestra L. Díez-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, IV, *Las particulares relaciones obligatorias*, Madrid, 2010, p. 115, quién directamente afirma que no existe ningún motivo «de fondo, ni de justicia» para que, en un sistema desarrollado como el nuestro, el comprador se vea abocado a pagar el precio a cambio de nada, una regla que partiría de una concepción completamente desequilibrada a favor del vendedor. Por lo que, mientras la cosa permanezca dentro de la esfera de control del vendedor solo a él se le puede atribuir el riesgo de la pérdida de la cosa por caso fortuito.

³ «Cuando, a consecuencia de una vulneración de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual, se impida o limite la utilización de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, el consumidor o usuario podrá exigir igualmente, en el supuesto de su falta de conformidad, las medidas correctoras previstas en el apartado anterior, salvo que una ley establezca en esos casos la rescisión o nulidad del contrato» (art. 117.2 TRLGDCU).

prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores; que supuso la reforma del Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre (en adelante, TRLGDCU) para adaptar las normas relativas del Título IV (Garantías y servicios postventa) a la nueva regulación de la Unión Europea. Esta modificación legislativa entró en vigor el 1 de enero de 2022, de modo que todos los contratos que se realizaron a partir de dicha fecha caen, de un tiempo a esta parte, bajo el umbral de la nueva regulación.

2. La Directiva 2019/771 se enmarca dentro del objetivo fijado por la Comisión Europea de consolidar el llamado Mercado Único Digital eliminando los obstáculos para su pleno rendimiento⁴. Por ello, se parte de una Directiva de máximos a diferencia del modelo anterior de la Directiva 1999/44, que se configuraba como una Directiva de mínimos. Así, en sendas Directivas 2019/771 y 2019/770, se procedió a profundizar más aún el desarrollo legislativo de los Derechos de los consumidores y usuarios en su territorio. Mientras la primera tiene un esquema más clásico al regular algunos aspectos de la compraventa de bienes de consumo, la segunda introduce un nuevo contrato relativo al suministro de contenidos y servicios digitales del que no es objeto el presente trabajo. De esta forma, los Estados miembros no podrán otorgar ni más ni menos derechos a los consumidores, instaurando en consecuencia una plena armonización de ellos en toda la Unión⁵. Esto se debe a que a la Comisión le preocupaban

⁴ Un objetivo que nos puede parecer ambicioso, siempre y cuando consideremos que la idea de elaborar un Código Privado Europeo Común ha caído en saco roto, tras las Resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, sobre esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros (A2-157/89), y de 6 de mayo de 1994, sobre armonización de determinados sectores del Derecho privado de los Estados miembros (A3-0329/94 del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, sobre esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembros (A2-157/89), y de 6 de mayo de 1994, sobre armonización de determinados sectores del Derecho privado de los Estados miembros (A3-0329/94). Así como que los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL, en sus siglas inglesas), ni el Borrador del Marco Común de Referencia (DCFR, en sus siglas inglesas) hayan pasado, por el momento, de ser meras propuestas académicas. Sobre esta cuestión a A. FERRANTE, *La reducción del precio en la compraventa*, Cizur Menor, 1ª ed., 2012, p. 108 ss.

⁵ La elección del modelo de Directiva puede resultar un tanto desconcertante si se pretendía una verdadera armonización plena. No obstante, de la Exposición de Motivos de las anteriores Propuestas de 9 de diciembre de 2015 (PDirCL y PDirSCD) se desprende que: «La elección de una Directiva deja libertad a los Estados miembros para adaptar la implementación a su legislación nacional. Un reglamento exigiría un régimen mucho más detallado y amplio que una Directiva para que sus efectos fuesen directamente aplicables. En consecuencia, la interferencia en las leyes nacionales aumentaría notablemente».

las diferencias regulatorias que habían ido surgiendo por los territorios comunitarios y, según sus conclusiones, tal situación provocaba una mayor inseguridad entre los consumidores (al desconocer los derechos que tenían en caso de compraventas transfronterizas), como también a las empresas, que incurrían en costes al tener que adaptarse a las distintas legislaciones⁶.

Sin embargo, el resultado final es, a nuestro modo de ver, un tanto agri-dulce, pues si bien la Directiva es de máximos y, en principio, persigue una armonización plena de la cuestión en toda la Unión Europea, su artículo 4 reza lo siguiente: «Los Estados miembros no podrán mantener o introducir, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo que se disponga de otro modo en la presente Directiva». En definitiva, dicha cláusula final rompe, en cierta forma, la armonización de la que hacían gala las Propuestas desde el año 2015⁷. Más aún, si algunos Estados miembros en el momento de su transposición deciden conceder mayores derechos a los consumidores. Así, los aspectos más destacados donde la Directiva da margen a los países son: la fijación del plazo de garantía legal (art. 10), la extensión del plazo de presunción de falta de conformidad (art. 11) y la exigencia o no de comunicación previa de la falta de conformidad para hacer valer los derechos (art. 12), entre otros⁸.

A pesar de ello, la Directiva 2019/771 también presenta algunas novedades que resultan tan laudables como interesantes, como la que podríamos

⁶ La Exposición de motivos de la Propuesta de Directiva de 31 de octubre de 2017 (PDirCOM) observa como el sistema de mínimos establecido por la Directiva 1999/44 ha dado lugar a la existencia de diferentes normas nacionales imperativas que conceden a los consumidores mayores derechos de los que con carácter necesario exigía la mentada Directiva. Por tanto: «Al derogar la Directiva existente sobre ventas y garantías de los bienes de consumo y sustituirla por una Directiva de armonización plena con un ámbito de aplicación más amplio, que abarque tanto las ventas a distancia como las presenciales, se contribuirá a la creación de un marco jurídico coherente para apoyar el funcionamiento del mercado interior».

⁷ Basta comprobar como los artículos equivalentes tanto en la Propuesta de 2015 como en la de 2017, no hacían mención a esa posibilidad y simplemente se limitaban a constatar la armonización plena de la Directiva. Véanse, arts. 3 PDirCL y 3 PDirCOM.

⁸ Sobre la posibilidad de dejar al arbitrio de los Estados Miembros la determinación de cuestiones de crucial importancia véase, G. DE CRISTOFARO, *Il recepimento della Direttiva 2019/771/UE nel diritto italiano. Le opzioni fondamentali del legislatore nazionale. I limiti «soggettivi» ed «oggettivi» posti all'ambito di operatività della nuova disciplina*, en Id. (a cura di), *La nuova disciplina della vendita mobiliare del codice del consumo*, Torino, 2022, p. 13. Coincide, G. IZQUIERDO GRAU, *El nuevo régimen de la conformidad de los bienes. La directiva (UE) 2019/771 y su trasposición al ordenamiento jurídico español*, Tirant lo Blanch, 1ª ed., 2024, p. 34.

llamar «conformidad digital de los bienes». En la medida que el art. 6 relativo a los requisitos subjetivos para la conformidad incluye en su letra d) el suministro de «actualizaciones según disponga el contrato de compraventa» y el punto 3 del artículo 7 relativo a los requisitos objetivos de conformidad señala que: «el vendedor velará porque se comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener dichos bienes en conformidad».

Igualmente, el Considerando 32 indica que la «durabilidad» debe ser un criterio más a tener en consideración cuando se evalúe la conformidad de los bienes, es decir, «para que los bienes sean conformes deben poseer la durabilidad que sea habitual en bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar habida cuenta de la naturaleza de los bienes específicos (...). La evaluación debe tener en cuenta asimismo todas las demás circunstancias pertinentes, como el precio de los bienes y la intensidad o frecuencia del uso que el consumidor haga de estos». Incluso la Directiva pone de manifiesto que: «Garantizar una mayor durabilidad de los bienes es importante para lograr patrones de consumo más sostenibles y una economía circular»⁹.

Por último, es digno de mención que el espíritu del fallido Reglamento de Compraventa común de 2011 (CESL) no haya caído en el olvido¹⁰, pues el Considerando 21 pone de relieve que: «(...) Los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad de hacer extensiva la protección que la presente Directiva proporciona a los consumidores también a las personas físicas o jurídicas que no sean consumidores en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas emergentes y pymes»¹¹. No obstante, en la definitiva trasposición al

⁹ Sobre la durabilidad como «nuevo criterio de conformidad» de los bienes de consumo, véase, G. F. SIMONINI, *Verso una nozione allargata di difetto di conformità: sarà rilevante anche la «durabilità» del bene?*, in *Danno resp.*, 2019, p. 471 ss., M. BEGUINI, *I rimedi della riparazione e della sostituzione nella direttiva 2019/771/UE*, in T. DALLA MASSARA (a cura di), *La vendita di beni mobili*, Pisa, 2020, p. 322 ss.; M. GARCÍA GOLDAR, *Propuestas para garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles (ODS 12)*, en *Rev. fom. soc.*, 76/1, 299, 2021, p. 99 ss.; R. BARBER CÁRCAMO, *Garantías en las ventas de bienes de consumo y economía circular: ¿El inicio de un nuevo régimen?*, en *Rev. der. civ.*, 9, 2, 2022, p. 152 ss.; M. D'ONOFRIO, *Il difetto di durabilità del bene*, Napoli, 2023, p. 19 ss.

¹⁰ La regulación que planteaba el CESL era mucho más completa, aunque limitada al comercio transfronterizo, ya fuese compraventa de bienes o suministro de contenidos digitales y prestación de servicios relacionados (véase art. 1.1). J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Del saneamiento*, cit., p. 2932.

¹¹ La necesidad de extender la normativa de consumo, ya sea la relativa a las garantías en materia de compraventa como la relativa a las cláusulas abusivas, hacia otros horizontes como

ordenamiento español no se ha aprovechado la ocasión para extender el régimen.

3. Por lo que se refiere al ámbito de aplicación subjetivo serán consumidores y usuarios aquellas personas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, oficio o profesión, de esta forma aquello que define al consumidor y usuario no es una condición subjetiva de la persona, sino una concreta posición en la transacción contractual que tenga lugar (art. 3.1 TRLGDCU). Es decir, que en lugar de consumidores y usuarios se podría hablar de «actos de consumo»¹², siendo irrelevante tal y como ha definido la jurisprudencia que el consumidor tenga ánimo de lucro o no en la concreta transacción que estemos tratando¹³. El problema puede

pueden ser las pequeñas empresas, ya se observó en G. MUÑOZ RODRIGO, *El control de transparencia en las cláusulas suelo*, en *Rev. bol. der.*, 25, 2018, p. 268. En cambio, el ámbito de protección sí se extendería a personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

¹² Sobre este aspecto, véase, por ejemplo, la STJUE 3 octubre 2019, C-208/18, *Caso Petruchová/FIBO Group* que, en relación con un contrato CDF que celebró un particular con una sociedad de corretaje para operar en el mercado FOREX, entiende que la condición de consumidor debe valorarse forma restrictiva en relación con la posición que la persona tiene en el contrato determinado, poniendo el acento en cuestiones tales como la naturaleza del contrato y su finalidad. Por lo que cuestiones tales como el valor de las operaciones que lleva a cabo, los riesgos que asume con ellas o incluso los conocimientos técnicos que pueda tener al respecto son irrelevantes. La STJUE 10 diciembre 2020, C-774/19, *Caso A.B. y B.B./Personal Exchange International Limited*, resuelve un asunto muy interesante en relación con un jugador profesional de póker, en este asunto se debatía la competencia judicial internacional de los tribunales eslovenos, lugar donde residía el jugador, para resolver una disputa que había surgido entre el mismo y una sociedad maltesa que se dedica al póker online. Finalmente, el TJUE vino a subrayar que el jugador era una persona física que había suscrito un contrato con condiciones generales de la contratación con una sociedad mercantil que se dedicaba a ese sector y puesto que «no ha declarado oficialmente tal actividad ni ha ofrecido dicha actividad a terceros como servicio de pago, no pierde la condición de consumidor a efectos de esta disposición aunque dedique a ese juego un gran número de horas al día, posea amplios conocimientos y obtenga de dicho juego considerables ganancias».

¹³ La jurisprudencia del Tribunal Supremo es bastante clara a la hora de permitir el ánimo de lucro en los consumidores. Por ejemplo, la STS Pleno, 16 enero 2017 consideró, si bien, no con la unanimidad de la Sala, que era consumidora una persona que mediante un contrato de adhesión a un club podía revender los derechos vacacionales que le otorgaba dicho contrato. Posteriormente, la STS 4 octubre 2019, en relación con un contrato de aprovechamiento por turnos de uso turístico, estableció que el ánimo de lucro en un acto en concreto no excluye de protección a los consumidores, por lo que el límite vendrá dado si esa voluntad de enriquecerse es constante en el tiempo y actúa con regularidad y organización. A este respecto, véase S. CÁMARA LAPUENTE, *Comentario al Art. 3*, en *Comentarios a las Normas de Protección de los*

llegar cuando nos enfrentamos a actos con una finalidad mixta, es decir, compraventas en las cuales el comprador no adquiere el bien solamente para un uso personal, sino también para un uso profesional o comercial.

3.1. Para ello, *a priori*, tenemos como único recurso acudir a lo que indica el Considerando 22 de la Directiva UE 2019/771, que viene a decir que: «los Estados miembros también deben seguir teniendo la libertad de determinar, en el caso de los contratos con doble objeto, en los que el contrato se celebra con un objeto en parte relacionado y en parte no relacionado con la actividad comercial de la persona, y en los que el objeto comercial es tan limitado que no predomina en el contexto general del contrato, si dicha persona debe ser considerada un consumidor y en qué condiciones».

Si bien legislación española no aclara qué sucede en estos casos en que hay un doble uso o un uso comercial muy tangencial, otros países sí han apostado por una mayor profundización en la legislación de consumo y se han decantado por la utilización del adverbio «prevalentemente» para definir qué actos serían de consumo y cuáles no, en aquellos supuestos en que se mezclen dos finalidades¹⁴.

En España, sin perjuicio de que no haya una concreción legislativa al respecto, parece que sí que es posible llegar a una solución parecida a la de los países que han optado por tomar una decisión al respecto. En este sentido, acudiendo a la jurisprudencia, la STS 3 junio 2019, que confirma el criterio de la también STS 5 abril 2017¹⁵, considera oportuno dar importancia a cuál de los propósitos predomina en el contrato. Por tanto, cuando predomine un aspecto comercial el contratante debería calificarse como empresario, por el contrario, cuando el propósito principal sea

Consumidores (dir. S. Cámara Lapuente), Madrid, 2011, p. 135; M. J. REYES LÓPEZ, *De nuevo sobre el concepto de consumidor*, en *Estudios de Derecho Privado en Homenaje al Profesor Salvador Carrión Olmos* (dir. J.R. De Verda y Beamonte, coords. A. Carrión Vidal y G. Muñoz Rodrigo), Tirant lo Blanch, 2022, p. 959, cuando señala que: «la habitualidad es una de las características de la cualidad legal de empresario conforme establece el art. 1.1º C.Com».

¹⁴ Véase a este respecto el Código Civil Alemán que en su § 13 pone de manifiesto que será calificado de consumidor la persona que concluye un negocio jurídico con una finalidad que no resulta prevalentemente encaminada a su actividad empresarial o su actividad profesional autónoma.

¹⁵ SSTs 3 junio 2019 y 5 abril 2017. Véase, R. EVANGELIO LLORCA, *El concepto de consumidor en el acervo comunitario a la luz de la jurisprudencia del TJUE*, en *Act. jur. iber.*, 20, 2024, p. 893 s., entiende que en el fondo este es el criterio que sigue el Supremo para resolver el asunto, aunque la autora lo reconozca en el pie de página. De hecho, la doctrina extranjera también coincide en que el uso predominante debería ser la guía para resolver estos supuestos de doble finalidad, por lo que cuando el uso privado sea el primordial el sujeto tendría que ser considerado consumidor, véase, M. EBERS, *¿Quién es consumidor?*, en *An. der. civ.*, 1, 2006, p. 237 s.

privado el contratante tendría que ser calificado como consumidor. Esto contrasta, en cierta medida, con el criterio tradicional seguido por la STJCE 20 enero 2005, Caso Gruber¹⁶, según la cual solo debía recibir protección el consumidor si el uso profesional era marginal o insignificante. No obstante, la STJUE 25 enero 2018, Caso Schrems¹⁷, ha evolucionado en el sentido antes indicado y sigue el criterio de prevalencia.

De todos modos, para que el contrato sea calificado como una relación de consumo el vendedor necesariamente ha de ser un empresario, puesto que en una compraventa entre particulares (C2C), ambas personas (comprador y vendedor) cumplirían los caracteres propios de la figura del consumidor, pero, sin embargo, el comprador no podría, en defecto de los pactos a los que pudiesen llegar, beneficiarse frente al vendedor de las ventajas que otorgaría este régimen legal, en contraposición al régimen legal propio de las compraventa codicial. En ese sentido, solo las ventas B2C (*business to consumer*) se encontrarían bajo el umbral de la presente regulación.

La definición de empresario se extraería a través de la de consumidor; por ende, será empresario quien actúe con un propósito comercial o profesional¹⁸. Sobre esto, cabe precisar que, a raíz de las últimas sentencias del TJUE en la materia, la regularidad o habitualidad de una determinada actividad, como criterios para hacer perder a una persona la condición de consumidor, no son tan relevantes, puesto que, parece mucho más determinante que «declare oficialmente la actividad y la ofrezca a terceros como servicio de pago»¹⁹.

Cabe destacar que las Administraciones públicas podrán ser consideradas empresarias cuando actúen sometidas a las normas de derecho pri-

¹⁶ STJCE 20 enero 2005, C-464/01, *Caso Johan Gruber/Way Ba AG*.

¹⁷ STJUE 25 enero 2018, C-498/16, *Caso Maximilian Schrems/Facebook Ireland Limited*: «El contratante en cuestión deberá ser considerado como consumidor si el objeto profesional no predomina en el contexto general del contrato, atendiendo a la globalidad de las circunstancias y a la apreciación de los medios de prueba objetivos a su disposición, cuya valoración corresponde a la jurisdicción nacional» (Apartado 47).

¹⁸ El actual art. 4 TRLGDCU dispone que: «A efectos de lo dispuesto en esta norma, se considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión».

¹⁹ Véase a este respecto, la STJUE 10 diciembre 2020, C-774/19, C C-774/19, *Caso A.B. y B.B./Personal Exchange International Limited*. pero también STJUE 4 octubre 2018, C-105/17, *Caso Komisia za zashita na potrebitelite/Evelina Kamenova*. frente a la posición del Supremo que se centra más en la «habitualidad y organización» para calificar al profesional. Se refiere a esta particularidad, R. EVANGELIO LLORCA, *Los ricos también lloran... y pueden ser consumidores*, en *Estudios de Derecho Privado en Homenaje al Profesor Salvador Carrión Olmos*, cit., p. 635 ss.

vado en su actuación en el mercado²⁰, como también se podrá extender el presente régimen a las plataformas digitales cuando actúen como «socio contractual directo» del consumidor, a lo que nos referiremos más adelante. Por último, a efectos de la eventual responsabilidad subsidiaria será productor el fabricante del bien de consumo, como el intermediario que se encarga de ponerlo a disposición del distribuidor final al consumidor (el *retailer* o vendedor en sentido estricto). Asimismo, lo podrá ser la empresa importadora de los bienes en territorio de la Unión Europea, como también cualquier otro empresario que aparezca como tal en el producto por poner su nombre, su marca o símbolo en el mismo²¹.

3.2. El contrato al que se refiere la Directiva 2019/771 es el contrato de compraventa que define como aquel en el cual «el vendedor transmite o se compromete a transmitir la propiedad de los bienes a un consumidor, y el consumidor paga o se compromete a pagar su precio» (art. 2.1). Sin embargo, atendiendo a lo que seguidamente añade el artículo 3 de la Directiva 2019/771, el ámbito objetivo de la misma quedaría circunscrito a tres categorías contractuales: los contratos puros de compraventa de bienes muebles tangibles, los contratos de obra mueble y los contratos de suministro de bienes muebles. Por consiguiente, quedarían fuera de su ámbito de aplicación los contratos en los cuales el adquirente no obtiene como tal la propiedad de los bienes, sino simplemente el derecho de uso o disfrute bajo ciertas condiciones (pensemos en *leasing*, o cualquier otro contrato de características similares propio de la *sharing economy*)²².

La inclusión de la instalación de los bienes por parte del vendedor o bajo su responsabilidad, cuando así lo prevea el contrato dentro de la obligación de conformidad (art. 8 Directiva 2019/771), ha provocado que

²⁰ M. CASTILLA BAREA, *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores: Estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su trasposición por el Real Decreto-Ley 7/2021, de 27 de abril*, Cizur Menor, 1ª ed., 2021, p. 69.

²¹ «Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 138, a efectos de lo dispuesto en esta norma se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio su nombre, marca u otro signo distintivo». (art. 5 TRLGDCU)

²² De todos modos, J. MORAIS CARVALHO, *Introducción a las nuevas directivas sobre contratos de compraventa de bienes y contenidos o servicios digitales*, en *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dirs. E. Arroyo Amayuelas y S. Cámara Lapuente), Madrid, 2020, p. 36, apunta que los Estados miembros tenían plena libertad para poder extender la protección a los contratos de arrendamiento financiero.

la doctrina se pregunte si existiría una cuarta categoría contractual, tal y como las hemos clasificado en este apartado. Es decir, una especie de contrato mixto de compraventa y prestación de servicios, donde la instalación sería la otra obligación que asumiría el vendedor (un contrato de prestación de servicios).

De todos modos, no encontramos rastro en la trasposición final ninguna referencia a esta especie de *tertium genus*, como tampoco habría motivo para definir el contrato compraventa más instalación como una categoría aparte con sustantividad propia, en la medida que se trata de una prestación accesoria, aunque la Directiva dejaba al arbitrio de los Estados Miembros la posibilidad de definir como compraventa o como otra categoría contractual a los contratos que presentasen esta tipología mixta (Considerando 17)²³; lo único que se especifica es que sí será considerado globalmente como contrato de compraventa aquel contrato en que junto con la entrega del bien se contemple la instalación del mismo. *A contrario sensu*, cuando nos encontremos ante un contrato que mezcle una prestación de servicios y la entrega de un bien que no se pueda circunscribir al modelo de compraventa más instalación que sí contempla la Directiva, solamente se podrá aplicar la normativa contenida en la misma a la parte del contrato que se refiera a la compraventa. Es decir, para poder considerar la prestación de servicios dentro del ámbito de aplicación esta deberá tener necesariamente una relación de accesoriedad respecto del contrato principal de compraventa²⁴.

Por lo que respecta a los contratos que estarían excluidos de su ámbito de aplicación objetivo, serán aquellos contratos de compraventa o suministro que no sean de bienes muebles tangibles, sino de servicios o contenidos digitales. En ese sentido, la adquisición de una aplicación en un dispositivo móvil, la descarga de un videojuego o una película, o la suscripción de un servicio de streaming como puede ser Netflix, HBO, Amazon Prime Video, etc.; se regulará por la Directiva 2019/770²⁵. No

²³ «[...] Cuando un contrato incluya elementos tanto de venta de bienes como de suministro de servicios, debe dejarse a la determinación del Derecho nacional si la totalidad del contrato puede clasificarse como contrato de compraventa según la definición de la presente Directiva».

²⁴ La STJUE 7 septiembre 2017, C-247/16, *Caso Schottelius /Seifert* excluyó radicalmente del ámbito de aplicación de la Directiva 1999/44 un contrato que había sido calificado como de servicios, puesto que consistía en la reestructuración de una piscina, pero también se encargaba fabricar los elementos necesarios para llevar a término el trabajo como eran las baldosas, la bomba de filtración, etc. Se argumentó que la mencionada Directiva solo contemplaba aquellos contratos que tuvieran una instalación aneja a la misma o, que al menos, la prestación del servicio fuera accesoria a la venta.

²⁵ En términos similares M.J. MARÍN LÓPEZ, *Falta de conformidad del bien vendido y derechos del consumidor en la Directiva 2019/771/UE*, en *Diar. l. l.*, 461, 2019, p. 3, señala que: «son

obstante, aquellos bienes de consumo que, a su vez, contienen elementos digitales sin los cuales no podrían funcionar se encuentran enmarcados dentro del ámbito de aplicación de la Directiva 2019/771, a este respecto el art. 2.5.b)²⁶. Cabe destacar que el agua, el gas y la electricidad solo tendrían la consideración de bienes tangibles según la Directiva cuando se pusieran a la venta «en un volumen delimitado o en cantidades determinadas» (art. 2.5.a) Directiva 2019/771).

Sobre esta cuestión decir que según el art. 3.4.b), también estaría excluida de la regulación la venta judicial en subasta pública. Sin embargo, quedaría al libre arbitrio de los Estados Miembros decidir si quieren excluir de la regulación en el momento de trasposición de la Directiva la venta de animales vivos y la venta de bienes de segunda mano en subasta pública (art. 3.5). En cuanto a la opción española, el legislador patrio ha decidido excluir la venta de animales vivos, por lo que la adquisición de un perro o un gato doméstico no sería objeto de esta regulación. Por el contrario, solo ha excluido la «subasta administrativa» de bienes de segunda mano²⁷. A este respecto, podemos pensar que las subastas que se lleven a

contenidos o servicios digitales, entre otros, los programas informáticos, las aplicaciones, los archivos de video, audio o música, los juegos digitales, los libros electrónicos, los programas o servicios de intercambio de videos y audio, de alojamiento de archivos, el tratamiento de textos o los juegos que se ofrecen en el entorno de computación en nube y las redes sociales, etc.». Igualmente, M. CASTILLA BAREA, *La nueva regulación*, cit., p. 61.

²⁶ Sería el supuesto de los bienes con elementos digitales, a este respecto véase el Considerando 15: «La presente Directiva debe aplicarse a los contratos de compraventa de bienes, incluidos los bienes con elementos digitales en los que la ausencia del contenido o servicio digital incorporado o interconectado impediría que los bienes cumplieren su función y en los que el contenido o servicio digital se facilita con los bienes en virtud de un contrato de compraventa relativo a esos bienes. Si el suministro del contenido o servicio digital incorporado o interconectado forma o no parte del contrato de compraventa con el vendedor es algo que depende del contenido de dicho contrato [...]». Por el contrario, el art. 3.4.a) señala que cuando lo que tengamos sea solo bien físico que actúa como soporte del contenido digital, véase un CD o una tarjeta de memoria que contiene un videojuego, dicho contrato estará bajo la órbita de la Directiva 2019/770, sobre este tipo de bienes véase A. DE FRANCESCHI, *European Contract Law and The Digital Single Market. Current Issues and New Perspectives*, en ID. (a cura di), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Cambridge, 2016, p. 1-19.

²⁷ El art. 114.2 TRLGDCU dice expresamente que: «Lo previsto en este título no será de aplicación a: a) Los animales vivos. b) Los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente. (...)». Este aspecto ha dividido a gran parte de los Estados Miembros. Mientras que España, Portugal, Austria, Lituania y Bulgaria han decidido excluir la venta de animales vivos de su ámbito de aplicación, otros como Italia sí han decidido incluirla. Dentro de los que han decidido incluirla también cabe hacer matizaciones, pues Francia los ha incluido, pero solo respecto a los animales

cabo por el Estado (ya sean judiciales o por parte de las Administraciones Públicas) no se someterán a este régimen, pero los bienes de segunda mano vendidos por iniciativa privada en subastas públicas sí estarían bajo esta regulación.

4. Expuesto sobre qué clase de contratos recae el régimen legal de la venta de bienes de consumo, analizaremos el concepto de falta de conformidad previsto en la misma que, como ya hemos adelantado, supone una superación de las distintas categorías que debían ser observadas ante la inadecuación del objeto. Por lo que cualquier desviación del contenido contractual previsto o presupuesto por las partes sobre lo que razonablemente puede esperar el consumidor atendida la naturaleza del bien vendido se correspondería a un supuesto de falta de conformidad. De modo que, por ejemplo, instituciones como el error vicio, no contempladas expresamente en el esquema de la falta de conformidad, tendrían un margen de virtualidad escaso. Lo más novedoso en relación al concepto de falta de conformidad ofrecido por la Directiva 2019/771 sería la conformidad jurídica de los bienes, en ese sentido, el consumidor podrá exigir que los bienes estén libres de derechos y pretensiones de terceros. Por tanto, ante la existencia de dicha situación el consumidor podrá invocar los remedios previstos frente la entrega de un bien disconforme²⁸, pero, igualmente, creemos que nada impediría a que pueda invocar los otros remedios generales como la anulación del contrato por error²⁹.

No formaría parte del concepto de falta de conformidad la falta de entrega de los bienes en sentido estricto, ya que no desencadenaría las mismas consecuencias jurídicas que el defecto de conformidad³⁰. Dicho esto,

domésticos y Dinamarca si bien ha incluido con carácter general la venta de animales vivos, ha decidido excluir expresamente la venta de caballos.

²⁸ A este respecto, G. AFFERNI, *La nozione di «difetto di conformità»*, en G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina della vendita mobiliare del codice del consumo*, cit., p. 114 s. En términos similares, IZQUIERDO GRAU, G., *El nuevo régimen*, cit., p. 136, considera perfectamente aplicables los remedios previstos en la normativa de consumo, si bien entiende que la lógica dicta que sean los remedios de segundo nivel (reducción del precio y resolución de contrato), los más apropiados para dicha falta de conformidad.

²⁹ Además, no debemos olvidar que tanto «la venta de cosa ajena como la venta de bienes sobre los que pesa algún tipo de carga o gravamen y la doble venta se encuentran tipificados como delito de estafa impropia en el art. 251 Código Penal», sobre esta cuestión, véase, I. FERNÁNDEZ CHACÓN, *La transmisión de la propiedad en la compraventa*, Thomson Reuters Aranzadi, 1ª ed., 2018, p. 239.

³⁰ Esto se debe a que la regulación del régimen de entrega de los bienes de consumo, en defecto de pacto, fue ya establecido por la Directiva 2011/83/UE, introduciendo el mecanismo

sobre el funcionamiento de los criterios de conformidad no me detendré excesivamente en los subsiguientes epígrafes, habida cuenta de que me remito a un trabajo anterior en el cual son analizados de manera pormenorizada³¹. Solamente decir que, en mi opinión, la aplicación de los criterios subjetivos debe ser prioritaria respecto a los criterios objetivos, ya que los primeros hacen referencia a los concretos pactos a los que hayan llegado la partes o el consumidor haya aceptado, mientras los segundos se aplicarían de forma independiente frente a cualquier otra consideración³². Eso sí, una vez nos encontremos en cada grupo ninguno de ellos cobraría más importancia que cada uno, de la misma forma, sería posible que se aplicasen cumulativamente varios de ellos. En cuanto a la carga de la prueba sobre la inobservancia de uno de los criterios de conformidad, la STJUE 4 junio 2015 (Caso Faber) ha determinado que el consumidor debe alegar y probar que el bien vendido no es conforme con el contrato, eso sí, si el defecto se manifiesta durante el plazo de presunción de preexistencia de defectos, se presumirá que dicha falta preexistía y es imputable al vendedor, así que solo tendría que demostrar que, por ejemplo, el bien no disponía de una de las cualidades convenidas³³.

del *Nachfrist*. Actualmente, está presente en el art. 66 bis TRLGDCU que introduce un plazo suplementario para el acreedor en el caso de que el deudor no entregue la cosa en el plazo pactado o en el plazo máximo de 30 días que regula para los casos en los que no se haya indicado uno específico. Transcurrido ese plazo adicional el consumidor tendrá derecho a la resolución del contrato, es decir, se consideraría que ha habido un incumplimiento esencial. Se muestra muy crítico con la regulación de este plazo Á. CARRASCO PERERA, *Plazo suplementario para la entrega por parte del empresario vendedor (artículo 62 bis TRLGDCU)*, en *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos español y alemán* (coords. I. Sánchez Ruiz de Valdivia y A. Quesada Pérez), Cizur Menor, 2016.

³¹ G. MUÑOZ RODRIGO, *Los criterios subjetivos y objetivos de conformidad en la venta de bienes de consumo*, en *Act. jur. iber.*, 16 (extra), 2022, p. 3184-3229.

³² Coincide S. GRUNDMANN, *Article 2: Conformity with the contract*, in *EU Sales Directive. Commentary*, Oxford, 2002, p. 123. En sentido contrario, C. TWIGG-FLESNER, *Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services*, en *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dirs. E. Arroyo Amayuelas, y S. Cámara Lapuente), Marcial Pons, 1ª ed., 2020, p. 56, considera que los criterios subjetivos no deberían tener una mayor incidencia por aparecer en primer lugar. Asimismo, la parte de la doctrina alemana sostiene que los criterios objetivos deberían tener prioridad frente a los criterios subjetivos, y dentro de los objetivos debería haber una aplicación más priorizada de los criterios más específicos, véase, D. STAUDENMAYER, *Commentary art. 8: Objective requirements for conformity*, in *EU Digital Law Article-by-Article Commentary* (dir. R. Schulze y D. Staudenmayer), Baden-Baden, 2020, p. 135.

³³ STJUE 4 junio 2015, C-497/13, *Caso Kroukje Faber/Autobedrift Hazet Ochten BV*. La doctrina considera que, en el caso de que estemos tratando con criterios relativos a pactos entre las partes, parece mucho más razonable que el comprador asuma la carga de la prueba. En este

4.1. El precepto que introduce los criterios subjetivos en la Directiva 2019/771 es el art. 6, cual reza del siguiente modo: «Para estar en conformidad con el contrato de compraventa, los bienes, en particular, cuando sea de aplicación:

a) Serán acordes a la descripción, el tipo, la cantidad y la calidad y poseerán la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características según disponga el contrato de compraventa;

b) Serán aptos para los fines específicos para los que el consumidor los necesite y que este haya puesto en conocimiento del vendedor como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el vendedor haya expresado su aceptación;

c) Se entregarán junto con todos los accesorios e instrucciones, también en materia de instalación, según disponga el contrato, y

d) Se suministrarán con actualizaciones según disponga el contrato de compraventa»³⁴.

sentido, C. LASHERAS ROMERO, *La falta de conformidad en el derecho de consumidores: Especial referencia al concepto y tipos*, *Rev. der. pat.*, 35, 2014, p. 217, cuando señala que «es más adecuado este criterio, en tanto la falta de conformidad se sustenta sobre la insatisfacción personal del comprador, y, por tanto, debe soportar la carga de probar cuáles son los motivos de su insatisfacción, y si son lo suficientemente justificados como para activar los mecanismos y remedios que el TRLGDCU pone a su disposición». En cambio, cuando el criterio al que nos referimos está basado, por ejemplo, en el modelo que el vendedor muestra comprador, habida cuenta de la dificultad que puede tener este último para demostrar qué le enseñó «parece que lo más acertado es que sea el vendedor quien aporte la muestra», véase, J. GUTIÉRREZ DE COS, *La protección del consumidor en la compraventa de bienes de consumo*, Publicaciones de la Universidad de León, 2018, p. 67.

³⁴ Este artículo ha sido traspuesto en los arts. 115 y 115 bis TRLGDCU. Por lo que respecta al primero: «Los bienes, los contenidos o servicios digitales que el empresario entregue o suministre al consumidor o usuario se considerarán conformes con el contrato cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o integrados correctamente, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 117». En cuanto al segundo, se concreta que: «Para ser conformes con el contrato, los bienes y los contenidos o servicios digitales deberán cumplir, en particular y cuando sean de aplicación, los siguientes requisitos:

a) Ajustarse a la descripción, tipo de bien, cantidad y calidad y poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características que se establezcan en el contrato.

b) Ser aptos para los fines específicos para los que el consumidor o usuario los necesite y que este haya puesto en conocimiento del empresario como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el empresario haya expresado su aceptación.

c) Ser entregados o suministrados junto con todos los accesorios, instrucciones, también en materia de instalación o integración, y asistencia al consumidor o usuario en caso de contenidos digitales según disponga el contrato.

d) Ser suministrados con actualizaciones, en el caso de los bienes, o ser actualizados, en el caso de contenidos o servicios digitales, según se establezca en el contrato en ambos casos».

Las referencias a conceptos como la descripción, la calidad o el tipo no resultan innovadoras. Por el contrario, sí lo sería la nueva referencia a la cantidad como criterio de conformidad. Sin embargo, ya hemos señalado que la falta de entrega en sentido estricto es un supuesto que no estaría dentro de la órbita de la falta de conformidad, al no estar regulado por la Directiva 2019/771, ni tampoco lo estuvo en el pasado en la Directiva 1999/44/CE. Esta circunstancia puede generar una serie de dudas, no solo porque el hecho de calificar el fenómeno como falta de entrega o falta de conformidad conduce a consecuencias jurídicas distintas, sino porque el propio régimen de la falta de conformidad no acaba de casar adecuadamente con la no entrega, aunque sea de parte de los bienes³⁵. De todos modos, ahora no hay duda de que la entrega parcial de los bienes se correspondería con un supuesto de falta de conformidad.

Este precepto también resulta interesante por añadir algunos sustantivos al concepto de conformidad, como son la «funcionalidad», «compatibilidad» e «interoperabilidad». Cabe señalar que dichas propiedades, en principio, solo se podrían predicar de bienes con elementos digitales, pues no será posible que un bien «no digital» pueda definir su conformidad con base en dichas características, habida cuenta de la definición que se hace de dichos términos en la Directiva 2019/771. La doctrina considera que la «funcionalidad» también podría exigirse de un bien sin elementos digitales³⁶ y, aunque el planteamiento es razonable, lo que pretende dicha expresión, a mi modo de ver, es recalcar la importancia de la variedad de funciones que pueden contener esa clase de bienes y que el vendedor se compromete a proporcionar.

El siguiente criterio subjetivo se corresponde con que el consumidor haya requerido un uso especial al vendedor y este haya aceptado el mismo. Como señala la doctrina, el correcto cumplimiento de este criterio de conformidad plantea principalmente un problema de prueba³⁷. De todos

³⁵ En relación con esto, L. ARNAU RAVENTÓS, *Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones*, en *El derecho privado en el nuevo paradigma digital* (dirs. E. Arroyo Amayuelas y S. Cámara Lapuente), Madrid, 2020, p. 86 ss., señala que el consumidor ante la entrega incompleta tendría dos opciones: por un lado, aceptar los bienes que ha recibido y exigir la «reparación» del resto, esto es, que se completase la prestación, o, por otro lado, directamente rechazar la entrega y exigir que esta se realizase correctamente en su totalidad. Otro interrogante podría ser si la entrega parcial es un defecto grave que legitimaría directamente al consumidor a solicitar la resolución o, si la respuesta es negativa, en qué medida la entrega parcial habilitaría al consumidor a solicitar la resolución del contrato; lo que analizaremos más adelante.

³⁶ M. CASTILLA BAREA, *La nueva regulación*, cit., p. 112.

³⁷ M. CASTILLA BAREA, *o.n.c.*, p. 114 s., la autora señala que la Directiva 2019/771 tampoco

modos, en mi opinión, la inclusión de este criterio de conformidad parece un tanto innecesaria, pues si se trata de una característica prevista en el contrato de compraventa, su no materialización final se podrá reclamar vía art. 6.a) como un supuesto claro de falta de conformidad subjetiva, por no cumplir lo dispuesto en el mismo.

Siguiendo la misma argumentación que el punto anterior, los puntos c) y d) plantean el cumplimiento de otras previsiones contractuales, en este caso, de los accesorios, instrucciones y también en materia de instalación, como también de las actualizaciones según prevea el contrato de compraventa.

4.2. Por lo que respecta a los criterios objetivos, ya hemos dicho que estos se aplicarán con independencia de los pactos a los que hayan podido llegar los contratantes, por lo que en ellos es dónde más podemos ver reflejada la tutela del consumidor³⁸. No obstante, el art. 7.5 Directiva 2019/771 señala expresamente que: «No habrá falta de conformidad en el sentido de lo dispuesto en los apartados 1 o 3 cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en los apartados 1 o 3 y el consumidor hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia en el momento de la celebración del contrato de compraventa». Por lo que será posible que, mediante una estipulación concreta entre las partes, y por separado, no se aplique uno de los cri-

profundiza mucho en la forma de verificar el pacto, si son necesarias declaraciones expresas o, por el contrario, bastarían actos concluyentes. En relación con este criterio de conformidad, la doctrina mayoritaria ha considerado que bastaría una aceptación tácita, véase, en este sentido, Á. JUÁREZ TORREJÓN, *La protección contractual del consumidor por las faltas de conformidad de los productos*, Valencia, 2015, p. 175. Sin embargo, no veo otra forma de probar la existencia de dicha admisión por parte del vendedor si no hay un reflejo en el propio contrato de compraventa, documento que haga las veces de resguardo de la misma u otra forma de verificarlo. No tendría sentido que el comprador pudiera alegar que el vendedor aceptó un uso especial si no se puede comprobar fehacientemente.

³⁸ S. CÁMARA LAPUENTE, *Un primer balance de las novedades del RDL 7/2021, de 27 de abril para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos y servicios digitales: (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)*, en *Diar. l. l.*, 9887, 2021, p. 37 s., señala la importancia que pueden tener los criterios objetivos como medida de protección al consumidor, de forma que, una cláusula contractual que de forma sorpresiva para el consumidor pueda alterar el contenido contractual causando un desequilibrio entre precio y contraprestación, por ejemplo, eliminando uno de los criterios objetivos podría ser abusiva por falta de transparencia. A mi parecer, esta cláusula debería ser analizada cuidadosamente, ya que es posible establecer un acuerdo expreso mediante el cual se elimine uno de los criterios de conformidad (art. 7.5 Directiva 2019/771).

terios objetivos de conformidad³⁹. Dicho esto, el art. 7.1 de la Directiva 2019/771 dispone lo siguiente: «1. Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad, los bienes:

a) serán aptos para los fines a los que normalmente se destinan bienes del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente de la Unión o nacional, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector;

b) cuando sea de aplicación, poseerán la calidad y corresponderán a la descripción de la muestra o modelo que el vendedor hubiese facilitado al consumidor antes de la celebración del contrato;

c) cuando sea de aplicación, se entregarán junto con los accesorios, en particular el embalaje, y las instrucciones de instalación o de otro tipo que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir;

d) presentarán la cantidad y poseerán las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad, funcionalidad, compatibilidad y seguridad, que presentan normalmente bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los bienes y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el vendedor, o en su nombre, por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado».

Este artículo debe ser estudiado junto con el art. 7.2 de la Directiva 2019/771, pues vendría a excepcionar la vinculación de las declaraciones públicas en algunos casos: «2. El vendedor no quedará obligado por las declaraciones públicas a que se refiere el apartado 1, letra d), si demuestra que:

a) desconocía tal declaración pública y no cabía razonablemente esperar que la conociera;

b) en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo modo en el que había sido realizada o de modo similar, o

c) la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir los bienes»⁴⁰.

³⁹ La doctrina italiana ha especificado que dicha exclusión de responsabilidad debería operar únicamente sobre «características particulares de los bienes», pero no tendría sentido que se pudiera excluir un requisito objetivo de conformidad en general, como el relativo a proporcionar actualizaciones de seguridad para mantener al bien en conformidad durante el plazo de garantía de legal, pues de lo contrario sería posible rebajar excesivamente la tutela del consumidor, véase A. DE FRANCHESCHI, *La vendita di beni con elementi digitali*, Napoli, 2019, p. 65.

⁴⁰ La trasposición española se ha efectuado en el art. 115 ter.1 y queda del siguiente modo: «1. Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad, los bienes y los contenidos o servicios digitales deberán cumplir todos los siguientes requisitos:

Igualmente, la Directiva 2019/771 presta especial atención a la obligación del vendedor de proporcionar actualizaciones necesarias para mantener los bienes en conformidad. Esto se puede observar en el art. 7.3, mientras que el siguiente, el 7.4, concreta las consecuencias de que el consumidor no instale las actualizaciones: «3. En el caso de los bienes con elementos digitales, el vendedor velará por que se comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener dichos bienes en conformidad, durante el período:

a) que el consumidor pueda razonablemente esperar habida cuenta del tipo y la finalidad de los bienes y los elementos digitales, y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato, cuando el contrato de compraventa establezca un único acto de suministro del contenido digital o servicio digital, o

b) señalado en el artículo 10, apartado 2 o apartado 5, según corresponda, cuando el contrato prevea el suministro continuo del contenido digital o servicio digital durante un período.

a) Ser aptos para los fines a los que normalmente se destinan bienes o contenidos o servicios digitales del mismo tipo, teniendo en cuenta, cuando sea de aplicación, toda norma vigente, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector.

b) Cuando sea de aplicación, poseer la calidad y corresponder con la descripción de la muestra o modelo del bien o ser conformes con la versión de prueba o vista previa del contenido o servicio digital que el empresario hubiese puesto a disposición del consumidor o usuario antes de la celebración del contrato.

c) Cuando sea de aplicación, entregarse o suministrarse junto con los accesorios, en particular el embalaje, y las instrucciones que el consumidor y usuario pueda razonablemente esperar recibir.

d) Presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad del bien, la accesibilidad y continuidad del contenido o servicio digital y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presentan normalmente los bienes y los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado. El empresario no quedará obligado por tales declaraciones públicas, si demuestra alguno de los siguientes hechos:

1.º Que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión.

2.º Que, en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo o similar modo en el que había sido realizada.

3.º Que la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir el bien o el contenido o servicio digital».

En caso de que el consumidor no instale en un plazo razonable las actualizaciones proporcionadas de conformidad con el apartado 3, el vendedor no será responsable de ninguna falta de conformidad causada únicamente por la ausencia de la correspondiente actualización, siempre que:

a) el vendedor hubiese informado al consumidor acerca de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias en caso de que el consumidor no la instalase, y

b) el hecho de que el consumidor no instalase la actualización o no lo hiciese correctamente no se debiera a deficiencias en las instrucciones de instalación facilitadas al consumidor»⁴¹.

Por último, el art. 8 de la Directiva 2019/771 al igual que ya hacía su predecesora equipara la incorrecta instalación de los bienes con una falta de conformidad. Igualmente, opta por una solución similar, esto es, la incorrecta instalación de los bienes podrá venir dada tanto si esta era a cargo del vendedor, como también si, aunque no era a cargo del vendedor y, en consecuencia, debía hacerla el consumidor, éste no ha conseguido

⁴¹ Las precisiones entorno a las actualizaciones de los bienes con elementos digitales han sido traspuestas en los arts. 115 ter.2, 3 y 4: «2. En el caso de contratos de compraventa de bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales, el empresario velará por que se comuniquen y suministren al consumidor o usuario las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener la conformidad, durante cualquiera de los siguientes períodos:

a) Aquel que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar habida cuenta del tipo y la finalidad de los bienes con elementos digitales o de los contenidos o servicios digitales, y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato, cuando el contrato establezca un único acto de suministro o una serie de actos de suministro separados, en su caso.

b) Aquel en el que deba suministrarse el contenido o servicio digital con arreglo al contrato de compraventa de bienes con elementos digitales o al contrato de suministro, cuando este prevea un plazo de suministro continuo durante un período de tiempo. No obstante, cuando el contrato de compraventa de bienes con elementos digitales prevea un plazo de suministro continuo igual o inferior a tres años, el período de responsabilidad será de tres años a partir del momento de la entrega del bien.

3. En caso de que el consumidor o usuario no instale en un plazo razonable las actualizaciones proporcionadas de conformidad con el apartado anterior, el empresario no será responsable de ninguna falta de conformidad causada únicamente por la ausencia de la correspondiente actualización, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

a) El empresario hubiese informado al consumidor o usuario acerca de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias de su no instalación; y

b) El hecho de que el consumidor o usuario no instalase la actualización o no lo hiciese correctamente no se debiera a deficiencias en las instrucciones facilitadas.

4. Cuando el contrato prevea el suministro continuo de contenidos o servicios digitales a lo largo de un período, estos serán conformes durante todo ese período».

realizarla correctamente por deficiencias en las instrucciones: «Toda falta de conformidad derivada de una instalación incorrecta de los bienes será considerada una falta de conformidad de los bienes, si:

a) la instalación formaba parte del contrato de compraventa y fue realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o

b) estaba previsto que la instalación la realizase el consumidor, fue realizada por este y la instalación incorrecta se debió a deficiencias en las instrucciones de instalación proporcionadas por el vendedor o, en el caso de bienes con elementos digitales, proporcionadas por el vendedor o por el proveedor de los contenidos o servicios digitales»⁴².

La referencia al «tipo» de los bienes como piedra guía para determinar los usos que podemos esperar de los bienes no resuelve mucho, porque como señala la doctrina inglesa es completamente *context-dependent*⁴³. Asimismo, poner el foco en la perspectiva del consumidor no ayuda nada, pues es posible que un determinado bien de consumo sea usualmente utilizado para un fin distinto para el que fue creado⁴⁴. Ante esta situación tenemos dos límites: Por un lado, el criterio de «normalidad» nunca permitiría poder relacionar un bien con un destino poco común, por mucho

⁴² La trasposición definitiva al ordenamiento español se ha concretado en el art. 115 quáter TRLGDCU, que sigue el mismo esquema recogido por la Directiva, salvo por la inclusión, como viene siendo habitual de los servicios y contenidos digitales en un mismo artículo. En ese caso, en lugar de hablar de instalación, el legislador opta por la palabra integración mucho más acorde con la naturaleza de esa clase de bienes: «La falta de conformidad que resulte de una instalación incorrecta del bien o integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales en el entorno digital del consumidor o usuario se equipará a la falta de conformidad, cuando se de alguna de las siguientes condiciones:

a) La instalación o integración incorrecta haya sido realizada por el empresario o bajo su responsabilidad y, en el supuesto de tratarse de una compraventa de bienes, su instalación esté incluida en el contrato.

b) En el contrato esté previsto que la instalación o la integración la realice el consumidor o usuario, haya sido realizada por éste y la instalación o la integración incorrecta se deba a deficiencias en las instrucciones de instalación o integración proporcionadas por el empresario o, en el caso de bienes con elementos digitales, proporcionadas por el empresario».

⁴³ C. TWIGG-FLESNER, *Conformity of Goods*, cit., p. 60.

⁴⁴ C. TWIGG-FLESNER, *o.u.c.*, p. 60 s., pone un ejemplo bastante curioso, señala que los destornilladores se usan muchas veces para abrir botes de pintura, a falta de un abrelatas, aunque el fin para el que fueron creados es quitar y poner tornillos. En realidad, lo que quiere poner de relieve es la poca finura del legislador de la Unión Europea a la hora de redactar el precepto, que lo hace demasiado enfocado en la perspectiva del consumidor cuando en realidad, debería poner la atención en el lado del proveedor «*supplier*». Esto contrasta con la *UK's Consumer Rights Act*, que en su art. 9.3.a) sí se pone en la perspectiva del «*supplier*» cuando dice «*purposes for which the goods are usually supplied*».

que haya bienes de la misma clase que sean capaces de cumplir dicho fin. Por otro lado, contemplado lo anterior, el vendedor siempre podrá protegerse haciendo uso del art. 7.5 que ya hemos puesto de manifiesto, en el supuesto de que sepa que un determinado bien que comercializa no responde a un fin al que normalmente se destinan bienes de la misma clase.

La inclusión de la muestra o modelo como parámetro de conformidad vendría a demostrar que la «venta de muestra», tal y como la ha definido la doctrina⁴⁵ no es atípica en nuestro derecho. Entonces, quedaría por fijar cuál es el valor que puede tener la misma a efectos de determinar el cumplimiento del contrato o no. A este respecto entendemos, que, si el vendedor entrega una muestra al comprador, este último podrá exigir al primero que todas las características observadas en ella se cumplan en el bien definitivamente entregado⁴⁶. Para terminar, la doctrina se ha hecho eco de los evidentes problemas de prueba que puede generar este tipo de compraventa⁴⁷, a mi parecer resultaría excesivo que el consumidor tuviera que probar la existencia de la muestra o modelo, del mismo modo que tener que consignarla como posible solución a este respecto. Parece mucho más razonable el recurso a la publicidad, al etiquetado y a las descripciones del vendedor, sin perjuicio de que este último pueda valerse de modelos en su tienda física de cara al consumidor.

En cuanto a lo que razonablemente puede esperar el consumidor recibir en relación a los accesorios debería ir en la línea de aquello que sea típico en dicho contrato y lo habitual en las prácticas y usos del sector. De lo contrario, no se podría determinar de forma objetiva lo esperable en este extremo. En consecuencia, si no es habitual recibir un paquete reciclable, no se podría exigir. Diferente sería el hecho que, en ese ámbito, sí que sea habitual o se corresponda con prácticas comunes⁴⁸.

⁴⁵ M.J. MARÍN LÓPEZ, *La muestra o modelo como parámetro de conformidad del bien vendido*, en *Rev. Cesco*, núm. 4, 2012, p. 214. Se trata de una compraventa que «se caracteriza por la forma especial de determinación del género al que ha de pertenecer la cosa que se entregue».

⁴⁶ A.M. MORALES MORENO, *Art. 35*, en *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena* (dir. L. Díez-Picazo), Madrid, 2006, p. 303, llama a esta cualidad la «función atributiva» de la muestra. La cual vendría a obligar al vendedor a entregar bienes que se correspondan con ella tanto por lo que respecta al tipo como a la calidad. Asimismo, la muestra puede jugar a favor del vendedor en el sentido de que el comprador no podrá exigir ninguna característica que estuviera presente en el bien cuando se lo mostró. Esto es lo que el citado autor denomina «función excluyente» de la muestra o modelo.

⁴⁷ A.M. MORALES MORENO, *o.u.c.*, p. 311, este autor también indica que dadas las peculiaridades probatorias de este extremo tendrá que ser el que alegue la falta de concordancia quien pruebe la utilización de la muestra o modelo.

⁴⁸ C. TWIGG-FLESNER, *Conformity of Goods*, cit., p. 64, para poner de manifiesto lo contro-

Sobre las características que el consumidor puede razonablemente esperar destacaría la referencia a cualidades como son la «cantidad», «durabilidad» y «seguridad». No parece que tenga mucho sentido incluir la cantidad como requisito objetivo de conformidad, cuando se corresponde con algo que el consumidor escoge expresamente. De hecho, es una de las pocas cosas que el comprador puede elegir a su antojo en la compraventa de consumo. Salvo que se refiera a algo más profundo, es decir, que algunos bienes suelen vender en ciertas cantidades y no tiene mucho sentido comprar uno solo. Por ejemplo, cuando se adquiere una caja de tapones para los oídos, la caja incluye varios pares, tal vez, un total de diez tapones.

No obstante, los cambios no acaban ahí, pues también se indica que los bienes deberán poseer «durabilidad» y «seguridad». En ese sentido, también nos podemos plantear en qué medida podemos fijar la durabilidad de los bienes y, más aún, como puede el vendedor o productor informar sobre ella de una forma transparente, habida cuenta del fenómeno de la «obsolescencia programada» que muchos conocemos⁴⁹. Respecto de la seguridad, llama especialmente la atención si pensamos en bienes con elementos digitales, puesto que eso implicaría necesariamente que el vendedor debería proporcionar actualizaciones de seguridad ya lo previese el contrato o no. Al menos, durante el plazo de garantía legal, debido a que, sin dichas actualizaciones, es muy seguro que el dispositivo en cuestión sea víctima de *malware* como virus, troyanos, *spyware*, etc. Con carácter general, entendemos que los bienes deberán presentar las medidas de seguridad necesarias para que estos no dañen al usuario o a sí mismos por un uso normal y adecuado.

En cuanto a la integración de la publicidad en el contrato, debemos tener claro que no toda afirmación publicitaria podrá tener como conse-

vertido de esta determinación plantea que lo que razonablemente puede esperar el consumidor siempre tendrá cierta subjetividad, y pone como ejemplo que el consumidor espere recibir un paquete o embalaje reciclable. Sin embargo, como sostengo, creo que esa exigencia podrá comprobarse atendiendo a lo que sea habitual en el ámbito o sector de que se trate.

⁴⁹ Coincide la doctrina en considerar que los avances en durabilidad que propone la Directiva son, en realidad, bastante «tímidos» pues poco se puede esperar teniendo en cuenta el problema de la obsolescencia programada o planificada, cuando la Directiva solamente obliga a establecer períodos de garantía de dos años. Véase, a este respecto, M. GARCÍA GOLDAR, *Propuestas*, cit., p. 100, J. MORAIS CARVALHO, *Introducción*, cit., p. 39 y A. MICHEL Y E. VAN GOOL, *The New Consumer Sales Directive 2019/771 and Sustainable Consumption*, in *Jour. eur. cons. mark. l.*, 4, 2021, p. 136-148. También resulta muy interesante el estudio de M. D'ONOFRIO, *Il difetto*, cit., pp. 53 y 119, quien incide en la configuración de la durabilidad de los bienes como nuevo criterio de conformidad, desarrollando cómo se podría combatir la circunstancia de que los bienes duren menos de lo esperable a pesar de que haya finalizado el plazo de garantía legal, especialmente cuando existe una acción u omisión por parte del fabricante para que así sea.

cuencia su integración en el contrato, sino que será necesario que cumpla ciertos presupuestos⁵⁰. Para empezar, deberá realizarse por el vendedor, o por cualquier otra persona que durante la cadena de transacciones hable en su nombre, como puede ser su representante comercial, pero también el propio artículo incluye al productor y, en segundo lugar, para poder desplegar el deber de conformidad con el contrato, no podrá referirse a cualquier circunstancia, sino que deberá centrarse en las concretas características o cualidades del bien⁵¹.

Sobre el etiquetado de los bienes cabe destacar la ingente normativa reglamentaria existente en relación con el mismo, que va, sin ánimo de ser exhaustivo, desde el Real Decreto 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, al Reglamento UE, 2017/1369 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de julio de 2017, por el que se establece un marco para el etiquetado energético, que entró en vigor el 1 de marzo de 2021.

En ese sentido, se puede argumentar que el incumplimiento de dicha normativa reglamentaria sobre etiquetado de los bienes de obligado cumplimiento para los Estados Miembros puede suponer un caso de falta de conformidad. Siguiendo los ejemplos anteriores, un electrodoméstico que no siguiese el etiquetado energético que marca el mencionado Reglamento no podría considerarse conforme en la medida que no cumpliría con las exigencias básicas que, por ejemplo, establece el art. 18 TRLGDCU, esto es, la identificación del bien es deficiente. Asimismo, un producto que pudiera considerarse inseguro desde la aplicación del Real Decreto 1801/2003 (imaginemos que no presenta la etiqueta CE [art. 3.5]) también debería ser considerado disconforme, simplemente porque no presentaría las características mínimas que un consumidor medio pueda razonablemente esperar.

⁵⁰ Para A.M. MORALES MORENO, *Declaraciones públicas y vinculación contractual (Reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)*, en *An. der. civ.*, 52, 1, 1999, p. 272-274, los presupuestos que se deben cumplir son los siguientes: «a) Que la afirmación publicitaria provenga del vendedor, del productor o de su representante; b) Que la afirmación publicitaria se refiera a cualidades del objeto que incidan en la conformidad del mismo; c) Que la declaración pública genere una confianza justificada en el consumidor acerca de las cualidades del bien; d) Que la atribución de características al bien sea concreta».

⁵¹ La doctrina es unánime al considerar que no cualquier tipo de declaración puede ser relevante a efectos del deber de conformidad, véase L.A. SANZ VALENTÍN, *La Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo*, en *Act. civ.*, 35, 1999, p. 1082, y M. CASTILLA BAREA, *La nueva regulación*, cit., p. 135. Esta autora, pone de manifiesto la diferencia entre la publicidad meramente persuasiva y la publicidad informativa. Entiende que la primera se corresponde con un tipo de publicidad que no puede vincular al vendedor, dado que simplemente tiene como finalidad incitar a la venta, pero, en ningún caso, atribuye una característica verosímil al bien.

5. El régimen contenido en la Directiva 2019/771 mantiene un esquema muy similar al que ya estableció en el pasado la Directiva 1999/44/CE, en ese sentido, la doctrina considera que la responsabilidad que asume el vendedor de bienes de consumo es una responsabilidad de corte objetivo por el incumplimiento de su obligación de entregar bienes de consumo conformes con el contrato⁵². Esto se debe, principalmente, a que para determinar si el vendedor ha cumplido o no se prescindiría de la diligencia desplegada por el mismo. No obstante, del análisis de las características de la responsabilidad del vendedor se puede concluir que su obligación de entrega estaría conectada con una garantía de conformidad⁵³, siendo obligación y garantía dos conceptos distintos⁵⁴, idea que vendría reforzada por el hecho de que, para la calificación de un defecto como falta de conformidad, resultaría irrelevante el conocimiento o desconocimiento de la misma por el vendedor, incluso por parte del consumidor.

Por este motivo, podemos indicar que las consecuencias jurídicas aplicables a la calificación de un supuesto como falta de entrega o como falta de conformidad son diferentes. Como se ha adelantado al principio, la falta de entrega *stricto sensu* no sería un supuesto de falta de conformidad y daría lugar a una solución diferente a la propia del régimen de garantías y servicios postventa. Es decir, la consecuencia de que el vendedor no entregue los bienes⁵⁵ sería la concesión de un plazo adicional adecuado a las circunstancias, cuyo incumplimiento habilitaría al consumidor a resolver el contrato, puesto que el incumplimiento en este caso ya sería esencial.

⁵² Véase, en este sentido, G. IZQUIERDO GRAU, *Análisis de los remedios de la Directiva UE 2019/771*, de 20 de mayo de 2019, en *Rev. crít. der. in.*, 779, 2020, p. 1619 y M. CASTILLA BAREA, *La nueva regulación*, cit., p. 166.

⁵³ G. DE CRISTOFARO, *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 1ª ed., 2000, p. 53 y ss.

⁵⁴ A. FERRANTE, *Obligación y garantía: la cripto-naturaleza de los remedios contractuales y de su jerarquía en el actual panorama jurídico*, en *An. der. civ.*, 69, 3, 2016, pp. 904 y 895.

⁵⁵ Cabe destacar que el propio Considerando 38 pone de manifiesto que: «La presente Directiva no debe regular el significado del término «entrega», que debe dejarse a la determinación del Derecho nacional, en particular, en lo que respecta a la cuestión de qué tiene que hacer el vendedor para cumplir su obligación de entrega de los bienes. Por otra parte, las referencias hechas en la presente Directiva al momento de la entrega se entienden «sin perjuicio de las normas sobre transmisión de riesgos establecidas en la Directiva 2011/83/UE e incorporadas en consecuencia al Derecho de los Estados miembros». De igual modo, la Directiva 2019/771 no regula en qué plazo deben ser entregados los bienes, para ello debemos acudir a la Directiva 2011/83/UE, la cual ha dado lugar a nuestro art. 66 bis TRLGDCU que, en defecto de pacto, señala que los bienes deben ser entregados en un plazo máximo de 30 días naturales.

5.1. En cambio, cuando el bien sí sea entregado se cumpliría el primero de los presupuestos para poder evaluar la conformidad de los bienes⁵⁶, mientras que el segundo sería la manifestación de la falta del deber de conformidad durante el plazo de garantía legal⁵⁷. Sin embargo, en relación con las ideas expuestas en el párrafo anterior, podríamos plantearnos si la entrega de un bien evidentemente disconforme podría ser un supuesto de no entrega o entrega no conforme. Parte de la doctrina sostiene que al consumidor podría interesarle, para no tener que someterse a la jerarquía de remedios, que dicha circunstancia se calificase como un supuesto de no entrega y, por tanto, rehusar el bien al objeto de dar un plazo adicional al vendedor para que proporcione un bien conforme⁵⁸. De todas formas, en mi opinión, la entrega de un bien claramente disconforme o prontamente disconforme podría ser un supuesto de falta de conformidad grave (art. 119.e) TRLGDCU) que podría habilitar al consumidor a acudir directamente a la resolución del contrato. Nada se dice si la gravedad puede derivar del hecho del carácter precoz de la falta de conformidad o necesariamente debe existir un criterio cualitativo o cuantitativo⁵⁹.

Dicho esto, la manifestación de la falta de conformidad preexistente exige que diferenciemos entre el plazo de garantía, prescripción y de presunción. La Directiva 2019/771 no obliga, en ningún momento, a los Estado Miembros a establecer un plazo de prescripción para exigir las medidas correctoras, por lo que la articulación de los remedios para corregir la falta de conformidad podría incardinarse en un único plazo de responsabilidad para el vendedor en el cual el defecto podría surgir. Eso sí, a la luz del Considerando 42, en el supuesto de establecer un plazo de prescripción para las acciones este no debe impedir a los consumidores poder ejercitar adecuadamente sus derechos durante el plazo de responsabilidad del vendedor. En ese sentido,

⁵⁶ El art. 123 TRLGDCU habla de factura o tique de compra en el que conste la fecha de la entrega a efectos de prueba del *dies a quo*, o albarán de entrega si la misma fuera posterior.

⁵⁷ Por lo que respecta a la manifestación de los defectos, la doctrina ha señalado que no es necesario que la falta de conformidad sea evidente, sino que basta con que sea «objetivamente susceptible de ser descubierta por el comprador mediante el empleo de una diligencia ordinaria», véase, M.J. MARÍN LÓPEZ, *Plazos de saneamiento y presunciones en el régimen de compraventa al consumo*, en *Tratado de la Compraventa, Homenaje al Profesor Rodrigo Bercovitz* (coord. Á. Carrasco Perera), Cizur Menor, 1ª ed., 2013.

⁵⁸ M. CASTILLA BAREA, *La nueva regulación*, cit., p. 172.

⁵⁹ A este respecto se echa en falta una posibilidad que permitía el Considerando 19 de la Directiva 2019/771, sobre la que no hay rastro en la trasposición final, una opción introducida por el legislador de la Unión Europea por la cual el consumidor podía acudir directamente a la resolución del contrato en el supuesto de faltas de conformidad ocurridas dentro de los primeros 30 días después de la entrega.

en el supuesto de que un Estado regulase un plazo de prescripción desvinculado del plazo de responsabilidad (garantía) o que comenzase a computarse desde el momento de entrega del bien (como sucedía antes en España), debería ser lo suficientemente generoso para no dificultar el ejercicio de los derechos al consumidor durante el plazo de responsabilidad del vendedor⁶⁰.

La trasposición española ha optado por establecer un plazo de garantía de tres años desde la entrega del bien (art. 120.1 TRLGDCU), conectado con un plazo de prescripción de cinco años desde el momento que se manifieste la falta de conformidad del bien (art. 124 TRLGDCU). Asimismo, junto con estos dos plazos se articula un plazo de presunción de preexistencia de defectos, que en España se ha ampliado hasta los dos años (art. 121.1 TRLGDCU), por el cual se presume que las faltas de conformidad que surjan durante el mismo eran preexistentes, es decir, no se han debido, por ejemplo, por un uso posterior del bien⁶¹.

Por tanto, a modo de recapitulación, si una vez entregado un bien de consumo se manifiesta una falta de conformidad al año de su entrega, en primer lugar, se presumirá que la falta de conformidad era preexistente, salvo que esta presunción sea incompatible con la naturaleza del bien o la índole de la falta de conformidad. Por tanto, el comprador solo tendrá que demostrar la existencia del defecto. En segundo lugar, el consumidor podrá exigir la puesta en conformidad del bien adquirido, en la medida que la falta de conformidad ha surgido durante el plazo de garantía legal. Y, en tercer lugar, el comprador dispondrá de cinco años desde el momento de acaecimiento del defecto conformidad para poder exigir el cumplimiento de las medidas correctoras al vendedor.

Cabe destacar que la Directiva 2019/771 no es ajena al fenómeno de los bienes digitales y establece cómo actuar en el supuesto de que los mismos lleven incorporados tales contenidos⁶². En ese caso, se distingue

⁶⁰ Por ejemplo, si el plazo de prescripción se inicia a la vez que el plazo de garantía legal, el primero debe, al menos, coincidir con el plazo de garantía legal. En ese sentido, si la falta de conformidad se manifiesta dentro del plazo de responsabilidad, el consumidor podrá ejercitar sus derechos antes de la finalización del mismo.

⁶¹ Véase art. 10 Directiva 2019/771, que ha sido traspuesto en los arts. 120, 121 y 124 TRLGDCU.

⁶² Sobre el plazo de presunción de preexistencia de defectos para estos bienes es interesante señalar que la trasposición española, si bien ha aumentado a dos años el plazo de presunción para los bienes, ha introducido un plazo de presunción de solo un año para los servicios y contenidos digitales. En ese sentido, el aspecto digital de los bienes parece que se sometería a un plazo de presunción inferior al del aspecto físico del mismo. Por el contrario, el art. 121.2 TRLGDCU señala que cuando los elementos digitales se suministren durante un período de tiempo determinado, la carga de la prueba será a cargo del empresario durante todo ese tiempo.

entre bienes con contenidos digitales suministrados en un único acto o una serie de actos individuales y, en cambio, aquellos que reciben un suministro continuo de contenidos digitales. La cuestión radicaría en el hecho de que, si el bien con elementos digitales no tiene previsto un suministro continuo de los mismos, al menos, el aspecto digital debe funcionar adecuadamente para mantener la integridad del todo. En consecuencia, el plazo de responsabilidad del vendedor se podría volver indeterminado⁶³, ya que el bien debería recibir actualizaciones durante un plazo razonable para poder estar en conformidad (pensemos simplemente en actualizaciones de seguridad). Por el contrario, si hay previsto un suministro continuo de contenidos o servicios digitales el plazo de responsabilidad deberá ser de, al menos, tres años no pudiendo ser inferior al previsto para los bienes.

Para terminar, señalaría que los bienes de segunda mano podrán someterse a un plazo de garantía inferior al exigido para los bienes nuevos, siempre y cuando se respete el mínimo inderogable de un año desde la entrega (art. 120.II TRLGDCU). En ese sentido, los empresarios podrán pactar un plazo menor al exigido por la norma para los bienes de segunda mano. Sobre la presunción de preexistencia de defectos, decir que, en la trasposición española, coincide con el plazo mínimo de un año de garantía. Desaparece para toda clase de bienes la notificación al vendedor del surgimiento de la falta de conformidad que antes regulaba el art. 123.5 TRLGDCU⁶⁴.

5.2. No hace falta decir que la responsabilidad que consigna todo el régimen de garantías y servicios postventa gira en torno a la figura del vendedor, que es, en última instancia, el responsable de las faltas de conformidad de los bienes que proporcione al consumidor.

Sin embargo, esto no impide que sea posible dirigirse a la persona responsable de la falta de conformidad en la «cadena de transacciones». De hecho, el art. 18 Directiva 2019/771 habilita expresamente al vendedor a poder repetir contra el responsable de la falta de conformidad: «Cuando el vendedor sea responsable ante el consumidor de la falta de conformidad resultante de una acción u omisión, en particular la omisión de suministrar actualizaciones de bienes con elementos digitales, de conformidad con el artículo 7, apartado 3, de una persona en fases previas de la cadena

⁶³ G. IZQUIERDO GRAU, *El nuevo régimen*, cit., p. 117 s.

⁶⁴ España no es el único país de la Unión Europea que ha eliminado el requisito de la notificación, pues Italia también lo ha hecho. Si bien, dentro de la habilitación que concede el art. 12 Directiva 2019/771 es perfectamente posible incluirlo.

de transacciones, el vendedor podrá emprender acciones contra la persona o personas responsables en la cadena de transacciones. El Derecho nacional determinará quién es el responsable y las acciones y condiciones de ejercicio correspondientes».

Por otro lado, la Directiva no permite directamente al consumidor poder ejercer por sí mismo una acción contra el productor, pero no cierra la ventana a que los Estados Miembros puedan autorizarlo. Así, el Considerando 63 apunta que: «La presente Directiva no debe regular la cuestión de si también el consumidor puede reclamar directamente contra una persona que interviene en fases anteriores de la cadena de transacciones, excepto en aquellos casos en que el productor ofrezca al consumidor una garantía comercial con respecto a los bienes».

No obstante, la trasposición española sí permite al consumidor poder actuar contra el productor cuando «le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse al empresario» (art. 125.1 TRLGDCU). Esto es, podemos imaginarnos un supuesto en el que el empresario haya cerrado su negocio, pero el producto sigue teniendo un fabricante, por ejemplo, la marca del bien vendido. Asimismo, la norma también podría estar pensando en una situación en que el bien haya sido adquirido en una tienda en el extranjero a la que sea muy complicado poder dirigirse. En cuyo caso, sería razonable que el consumidor no tuviera que acudir a la misma y pudiera simplemente reclamar directamente al productor del bien⁶⁵.

Para terminar, resulta muy interesante poner de relieve una cuestión que pasa desapercibida en el Considerando 23 de la Directiva 2019/771: «Los prestadores de plataformas pueden ser considerados vendedores a los efectos de la presente Directiva si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en la compraventa de bienes. Los Estados miembros deben seguir teniendo la libertad de ampliar la aplicación de la presente Directiva a los prestadores de plataformas que no cumplan los requisitos para ser considerados vendedores a los efectos de la presente Directiva».

⁶⁵ La doctrina plantea como supuestos de carga excesiva aquellos en los cuales al consumidor le suponga un coste económico muy elevado o un esfuerzo importante: «el vendedor ha devenido insolvente, cuando el establecimiento del vendedor está en el extranjero o, estando en el mismo país, está alejado del lugar de residencia habitual del consumidor, cuando se trata de un vendedor ambulante, cuando se ha reclamado previamente al vendedor y la reclamación ha resultado infructuosa (la reclamación es infructuosa si el vendedor se niega tarde excesivamente en contestar o si la reparación es defectuosa)», E. ALGARRA PRATS, *La acción contra el fabricante. Garantía del fabricante y acción directa*, en *Tratado de la Compraventa* (dir. Á. CARRASCO PERERA), II, Pamplona, 2013, p. 1584.

Es decir, la Directiva reconoce expresamente que cuando el prestador de la plataforma digital sea socio contractual directo del consumidor, el primero podrá ser considerado vendedor a efectos de la Directiva. Esto es bastante obvio, si Amazon vende directamente productos suyos a los clientes de su plataforma es prístino que será considerado vendedor. La cuestión que abre la Directiva es que puedan ser considerados vendedores cuando no cumplan los requisitos anteriores, esto es, entendemos que cuando sean meros intermediarios, circunstancia que es bastante habitual en este tipo de plataformas⁶⁶. Véase, en términos generales, Amazon Marketplace o Ebay.

De todos modos, no hay evidencias de dicha apuesta en la norma de trasposición por lo que podemos concluir fácilmente que solo habrá que tener presente la primera consideración. De haber decidido extender en ese sentido el ámbito de aplicación de la Directiva, se hubiesen desencadenado grandes repercusiones a nivel práctico y no menores problemas de orden sistemático que hubiera sido necesario abordar⁶⁷.

Aun así, no podemos sino criticar la decisión que ha tomado en última instancia la Unión Europea que pasa, como en otros aspectos de la Directiva analizada, por dejar un asunto de tal envergadura a la discrecionalidad de los Estados Miembros. Cuando no olvidemos que, en muchas ocasiones, será complicado determinar con exactitud si la plataforma online es simplemente es un mero intermediario o, en realidad, debería ser considerada parte contractual en atención a las obligaciones que asume con el consumidor. A este respecto, la doctrina italiana se ha planteado si las plataformas online deberían ser consideradas parte contractual cuando su rol en la transacción pueda afectar a las legítimas expectativas del consu-

⁶⁶ G. IZQUIERDO GRAU, *El nuevo régimen*, cit., p. 45, critica que no se haya definido adecuadamente cuando se podrá entender que las plataformas no cumplen los requisitos para no ser consideradas parte contractual directa, si bien coincide en la idea de que, con la mera intermediación, en principio, no les puede otorgar la categoría de vendedores. Sobre esta cuestión, véase F. GÓMEZ POMAR, *El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44*, en *Rev. InDret*, 4, 2019, p. 6 s., y E. ARROYO AMAYUELAS, *Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (Compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)*, en *Rev. Cesco*, 41, 2022, p. 22 s.

⁶⁷ Sobre plataformas que intermedian en línea véase el trabajo de M. CUENA CASAS, *La contratación a través de plataformas intermediarias en línea*, en *Cuad. der. trans.*, 12, 2, 2020, p. 336, quien acertadamente señala que: «Dado que la plataforma tiene la consideración de empresario, al contrato que celebre con los usuarios que tengan la consideración de consumidores le será de aplicación la normativa de protección de consumidores contenida en el Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuario (...) Cosa distinta es que, (...) sea difícil en ocasiones determinar si nos encontramos ante un *prosumer* o un empresario».

midor, ya que no es menos cierto que su imagen de marca puede jugar un papel decisivo en el comportamiento del consumidor⁶⁸.

5.3. Una vez verificada la falta de conformidad en el bien adquirido, la cual debe ser preexistente a la entrega y manifestarse durante el plazo de garantía legal, el comprador tendrá a su disposición una serie de remedios contenidos en la normativa de protección al consumidor (art. 117.1 TRLGDCU). Tales remedios responden a un esquema basado en la jerarquía entre primarios (reparación y sustitución) y secundarios (reducción del precio y resolución del contrato).

De esta forma, surgida la falta de conformidad, el consumidor no podrá elegir cualquiera de los remedios que dispone el TRLGDCU, como pudiera ser la resolución del contrato. Esto es, el cumplimiento en específico se erige como medida prioritaria ante el incumplimiento del vendedor, por tanto, solamente cuando el incumplimiento se haya vuelto esencial, por buscar una correspondencia con lo preceptuado en el art. 1124. II CC aplicable a las relaciones entre particulares, podremos acudir a los remedios subsidiarios⁶⁹.

No obstante, que se mantenga el mismo sistema de remedios no es óbice a que hayan tenido lugar algunos ajustes interesantes en el mis-

⁶⁸ A. DE FRANCHESCHI, *La vendita*, cit., pp. 72 y 73, señala que, tal vez, como en su día establecía la Propuesta de la Directiva 2011/83/EU en su art. 7, los prestadores deberían informar al consumidor claramente si son meros intermediarios, de forma que el consumidor sea siempre plenamente consciente de qué sujeto asume cada una de las obligaciones contractuales. De lo contrario, deberían ser considerados parte contractual directa.

⁶⁹ Se muestran favorables a primar las modalidades de cumplimiento forzoso frente a los defectos de conformidad, J. LETE ACHIRICA, *La propuesta de Directiva sobre Derechos de los Consumidores: nihil novum sub sole*, en *Estudios Jurídicos en memoria del profesor José Manuel Lete del Río* (coord. M.^a P. García Rubio), Madrid, 2009, p. 509; J. MARÍN LÓPEZ, *Comentario art. 117 TRLGDCU*, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Pamplona, 2009, p. 1486; E. TORRELLES TORREA, *Ad art. 119 TRLGDCU*, en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea* (dir. S. Cámara Lapuente), Madrid, 2011, p. 1091 s.; E. LLAMAS POMBO, *La compraventa*, cit., p. 933, K.J. ALBIEZ DOHRMANN, *Los modelos europeos en las proyectadas reformas de la compraventa en el Código civil*, en *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la Trasposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos españoles y alemán* (dirs. A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz), Cizur Menor, 2016, p. 85 s.; I. SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, *La reforma del contrato de compraventa a través de la adopción de un concepto único y articulado de incumplimiento*, en *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la Trasposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos españoles y alemán* (dirs. A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz), Cizur Menor, 2016, p. 194.

mo⁷⁰. La primera pregunta que nos podemos plantear es si resulta de aplicación el art. 3.7 de la Directiva 2019/771 en relación con el Considerando 19, que autorizaba a los Estados miembros a introducir la facultad consistente en que el consumidor pueda elegir una «medida correctora concreta» ante una falta de conformidad que se manifieste poco después de la entrega (en un plazo no superior a 30 días). De introducirse esta norma, tendría lugar una alteración del esquema de subsidiariedad que ha regido a la compraventa de bienes de consumo, siempre y cuando se trate de defectos precoces, lo que seguramente fomentaría entre los empresarios y vendedores una especial preocupación por ofrecer al consumidor bienes conformes.

De todos modos, en mi opinión, ni el legislador italiano ni el legislador español, han hecho uso de esta opción. Por tanto, acaecida la falta de conformidad prontamente, deberá seguir el mismo esquema que el resto de supuestos, salvo que, por dicha circunstancia podamos considerar que el defecto es de tal gravedad que sí que estaría justificada una inmediata resolución del contrato (art. 119.e) TRLGDCU).

Y, es que, por el contrario, sí que ha tenido lugar la inclusión de lo contemplado en el Considerando 52 de la Directiva 2019/771, que autorizaba a los Estados Miembros a introducir disposiciones relativas a la posibilidad de solicitar inmediatamente la resolución del contrato o la reducción del precio ante determinadas situaciones que lo justifiquen. En consecuencia, ahora los consumidores podrán acudir directamente a los remedios subsidiarios si: «la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato de compraventa».

Igualmente, se consolida una tendencia jurisprudencial consistente en admitir el recurso a los remedios subsidiarios cuando resulte evidente que el vendedor no tiene el propósito de proceder a la puesta en conformidad

⁷⁰ Sobre esta cuestión cabe tener presente la 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 2020/1828 (COM (2023) 155 final), publicada el pasado mes de marzo de 2023, y que pretende establecer la reparación como medida preferente respecto de la sustitución, así como introducir un derecho a la reparación post-garantía, aunque sea bajo precio. Concretamente, sugiere una nueva redacción para el art. 13: «No obstante lo dispuesto en la parte introductoria del presente apartado, cuando los costes de sustitución sean iguales o superiores a los costes de reparación, el vendedor reparará los bienes para ponerlos en conformidad». Por lo que respecta a los interrogantes que puede generar esta modificación, véase M.J. 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*, en *Cesco*, Publicaciones Jurídicas, 2 junio 2023.

del bien defectuoso, tras haber sido requerido por el comprador (judicial o extrajudicialmente) para llevarla a cabo⁷¹.

La nueva Directiva 2019/771 ya lo contempla en sus preceptos, concretamente el art. 13.4.d), cuando dice que «el consumidor podrá exigir una reducción proporcionada del precio con arreglo a lo dispuesto en el artículo 15 o bien la resolución del contrato con arreglo a lo dispuesto en el artículo 16, en cualquiera de los supuestos siguientes: (...) d) el vendedor ha declarado, o así se desprende claramente de las circunstancias, que no pondrá los bienes en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor», cuya plasmación definitiva se puede ver en el art. 119.f) TRLGDCU.

Para el resto de supuestos, en principio, deberemos pasar inicialmente por los remedios primarios y, en su defecto⁷², por los remedios subsidiarios⁷³. Por lo que respecta a la relación de los remedios primarios con el resto de remedios y, entre ellos, cabe referirse a una nueva circunstancia y, es que, podemos considerar que, en atención a los pronunciamientos jurisprudenciales en la materia, especialmente el Caso Weber/Putz, se ha introducido el criterio de desproporcionalidad absoluta para su inaplicación⁷⁴. Esto es, no solo se podrá matizar el *ius electionis* del consumidor respecto del criterio primario elegido, cuando el escogido sea imposible

⁷¹ SAP Madrid, 5 diciembre 2007 (*Tol 1278904*).

⁷² Por ejemplo, si el empresario no ha llevado a cabo la puesta en conformidad o no lo ha hecho en un plazo razonable (art. 119.b) TRLGDCU), como también si aparece una falta de conformidad después del intento de poner los bienes en conformidad (art. 119.d) TRLGDCU).

⁷³ El consumidor es el titular del *ius electionis* entre los remedios disponibles. No obstante, como se ha indicado, el vendedor puede matizar la elección entre medidas primarias, en atención a la desproporción o imposibilidad de las mismas, como también negar la posibilidad de acudir directamente a las medidas secundarias, salvo que se trate, por ejemplo, de una falta de conformidad de tal gravedad que justifique acudir sin más preámbulos a una resolución del contrato. De la misma forma, aunque el vendedor quisiera forzar una resolución del contrato o una reducción del precio, el consumidor podría obligarle a pasar por las medidas primarias, pues es él el titular del *ius electionis*, siempre y cuando no hubiere una razón que impidiese servirnos de ellas. Sin embargo, no hay que olvidar que nada impediría que las dos partes pactasen un remedio concreto para solventar el incumplimiento y que se sometiesen a él. Es decir, cabe plantearse la posibilidad de que tanto comprador como vendedor consideren como medida más adecuada, por ejemplo, la reducción del precio, puesto que, tal vez, el bien presenta un defecto de difícil reparación, pero sigue funcionando y el consumidor quiere conservarlo, y, aunque, en principio, habría que pasar por las medidas primarias (puede que sea perfectamente posible una sustitución), en realidad, no existiría la obligación de tener que ceñirse a ellas, siempre y cuando, como he dicho, ambas partes se pongan de acuerdo.

⁷⁴ STJUE 16 junio 2011, C-65/09 y C-87/09, *Caso Weber GmbH/Jürgen Wittmer y Caso Ingrid Putz/Medianess Electronics GmbH*.

o desproporcionado en relación con el otro remedio disponible, sino que también el empresario podrá negarse a implementar la medida correctora elegida cuando la misma sea, por ejemplo, desproporcionada (implique un coste irracionalmente elevado en atención al valor de los bienes y la relevancia de la falta de conformidad) y sea la única posible⁷⁵.

Por poner un ejemplo, la transposición española no lleva a confusión y, a nuestro parecer, es claro que el vendedor podrá negarse a la reparación y a la sustitución tanto si son imposibles o desproporcionadas, en la medida que, el art. 118.3 TRLGDCU indica lo siguiente: «El empresario podrá negarse a poner los bienes o los contenidos o servicios digitales en conformidad cuando resulte imposible o suponga costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias». De hecho, el propio Considerando 49 nos saca de dudas y sentencia sin ambages que: «El vendedor debe poder negarse a poner los bienes en conformidad si tanto la reparación como la sustitución resultan imposibles o le imponen unos costes desproporcionados. El mismo principio debe aplicarse si la reparación o la sustitución resultara imposible y la medida correctora alternativa impusiera al vendedor unos costes desproporcionados. Por ejemplo, cuando los bienes se encuentren en un lugar distinto a aquel en el que fueron entregados inicialmente, los costes de franqueo y transporte podrían ser desproporcionados para el vendedor».

La normativa sobre venta de bienes de consumo también introduce otros remedios que, de alguna forma, estarían fuera de la estructura jerárquica, que son el remedio de la suspensión del pago del precio y el remedio de la indemnización de daños y perjuicios. Sobre la suspensión del pago del precio, aunque no estuviera previamente regulada, la jurisprudencia la había admitido dentro de la *exceptio no rite adimpleti contractus*, en ese sentido, en una relación sinalagmática, nadie estaría obligado

⁷⁵ Coincide, G. IZQUIERDO GRAU, *El nuevo régimen*, cit., p. 207. En el mismo sentido, se pronuncia la doctrina extranjera, véase A. DE FRANCHESCHI, *La vendita*, cit., p. 137, y B.A. KOCH, *Das System der Rechtsbehelfe*, en *Das neue europäische Gewährleistungsrecht: Zu den Richtlinien (EU) 2019/771 über den Warenkauf sowie (EU) 2019/770 über digitale Inhalte und digitale Dienstleistungen* (dir. J. Stabentheiner), Vienna, 2019, p. 185. Opina en sentido contrario, J. LETE ACHIRICA, *Comentario al art. 118*, en *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios* (dir. A. Cañizares Laso, coord. L. Zumaquero Gil), Tirant Lo Blanch, 2022, p. 1725 s. Quien sostiene que el criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, por lo que respecta a los bienes de consumo, ha sido considerar que existía un criterio de desproporcionalidad relativa, en cambio, el criterio de desproporcionalidad absoluta sí sería aplicable a los bienes con elementos digitales o al suministro de contenidos o servicios digitales aisladamente considerados. Sin embargo, en mi opinión, esta conclusión no se puede extraer, tal que así, de la literalidad se la norma, más aún, teniendo en cuenta su trasposición.

a cumplir mientras la otra parte no hubiese cumplido. Por consiguiente, aplicado al caso concreto, cabría la posibilidad de que en una venta con precio diferido o a plazos, el comprador/consumidor no tuviera que llevar a cabo el desembolso del precio si el vendedor no había cumplido o había cumplido defectuosamente su obligación de entrega. Sobre esta cuestión, es interesante poner de relieve que el texto ahora habla de retención de parte del precio, este inciso ha sido interpretado por la doctrina italiana en el sentido de que el comprador podría moderar el pago del precio en atención al defecto que tuviese el bien, dando lugar a lo que podríamos denominar una reducción del precio invertida⁷⁶.

La última de las medidas disponibles sería la indemnización de daños y perjuicios, el remedio indemnizatorio se encuentra desvinculado del texto de la Directiva 2019/771, habida cuenta de que la misma no entra a regular dicho remedio, solamente indica que el consumidor, ante la falta de conformidad podrá recurrir a esta medida, siendo perfectamente acumulable a cualquiera de las otras. En consecuencia, si, por ejemplo, tras las reparaciones infructuosas de un vehículo, el consumidor solicita la resolución del contrato, este podrá acumular una indemnización de daños y perjuicios consistente en las pérdidas patrimoniales y podríamos pensar incluso morales, que haya sufrido por la incompetencia del vendedor de proporcionarle un bien conforme. Uno de estos daños podría ser los gastos por pérdida de utilidad del vehículo, es decir, el consumidor podría solicitar el reembolso de los costes que un coche de sustitución le hubiese podido irrogar⁷⁷.

5.3.1. Expuesto lo anterior, si nos centramos en los elementos que pueden matizar la elección del consumidor (imposibilidad y desproporción), la imposibilidad se ha entendido, generalmente, como la razón por la cual algunos objetos debido a sus características o la entidad del defecto no son susceptibles de reparación y, en el caso de la sustitución, el hecho por el cual el bien sea único y no sea posible dar otro igual (por ejemplo, bienes de segunda mano).

⁷⁶ A. VENTURELLI, *I remedi esperibili dal consumatore: il risarcimento del danno e l'exceptio inadimplenti contractus*, en G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina della vendita mobiliare del codice del consumo*, cit., p. 381.

⁷⁷ A este respecto, M^a.P. GARCÍA RUBIO, *Non conformity of Goods and Digital Content and its Remedies*, in *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer, Berlin, 2015, p. 179. Defiende la idea de que es perfectamente posible reclamar una indemnización de daños y perjuicios por el retraso en la puesta en conformidad, siempre y cuando exista una relación de causalidad entre el mismo y el perjuicio sufrido.

5.3.1.1. La doctrina mayoritaria defiende que la imposibilidad que maneja la legislación comunitaria es una imposibilidad objetiva⁷⁸. Es decir, no es objetivamente posible reparar el bien u obtenerlo de otra forma. De todos modos, parte de la doctrina considera que es posible modular esta circunstancia según la diligencia y comportamiento exigible al deudor, por lo que el vendedor se podría negar, simplemente, porque a él le resulta subjetivamente imposible⁷⁹. Si bien, esto no impediría, en nuestra opinión, que el consumidor pudiera acudir a un tercero para que llevase a cabo la medida de saneamiento primaria, a costa del deudor original, siempre y cuando no implicase un coste desproporcionado en atención al valor del bien y la entidad de la falta de conformidad.

De todos modos, los interrogantes no acaban aquí, porque la pregunta será ahora determinar: ¿qué es que la medida imponga un coste desproporcionado? Podemos concluir que el valor del bien puede actuar como límite de la desproporción, es decir, aquella medida que supere el valor de mercado del bien o del valor de venta sería desproporcionado. No, en cambio, aquella que tenga en cuenta el valor de adquisición del vendedor, pues no se compadecería bien con el coste real que asume el consumidor.

La comodidad también podría ser un parámetro a tener en cuenta, imaginémonos una medida que fuese muy complicada, aunque el coste en sí no fuese muy elevado, como podría ser una reparación que verdaderamente no implicase grandes costes, pero fuese técnicamente muy difícil, en el sentido que el vendedor no estuviese capacitado para poder realizarla o directamente que el riesgo de rotura del bien fuese elevado; o pensemos en un transporte desde un país lejano, que por diversas circunstancias no fuese costoso (tener un proveedor habitual, ser un país muy pobre, etc.), pero sí tedioso desde otro punto de vista más organizativo: problemas de aduanas, una guerra, poca seriedad/formalidad, entre otros aspectos.

⁷⁸ «Esta imposibilidad en coherencia es objetiva, no subjetiva, y así lo ha entendido el Gobierno al redactar el art. 119 TRLGDCU, que, a diferencia del Legislador de 2003, se refiere expresamente a que la reparación o la sustitución sea objetivamente imposible para eliminarlas como alternativas», Á. JUÁREZ TORREJÓN, *La protección*, cit., p. 317.

⁷⁹ Véase, M. CASTILLA BAREA, *La nueva regulación*, cit., p. 194, la autora hace referencia al supuesto de que un bien de imposible reparación deje de fabricarse y el vendedor no tenga más en el almacén, salvo que se sabe que hay uno en una tienda de Australia. Obviamente, este hecho haría que objetivamente la obligación de sustitución no fuera imposible, porque físicamente existe un ejemplar en una tienda de nuestras antípodas, pero, lógicamente, la obligación de sustitución se volvería excesivamente onerosa haciendo que, en términos generales, fuera imposible (pensemos en una pequeña tienda de barrio). No obstante, a nuestro modo de ver, este supuesto podría reconducirse a un caso de desproporción, más que imposibilidad subjetiva.

5.3.1.2. Cualquiera que sea la forma de cumplimiento forzoso que se elija, la misma será gratuita. En ese sentido, siguiendo la línea de lo que ya en su día recogía el art. 120. a) TRLGCU (según la Directiva 1999/44), el nuevo art. 118.4.a) indica que: «Serán gratuitas para el consumidor o usuario. Dicha gratuidad comprenderá los gastos necesarios en que se incurra para que los bienes sean puestos en conformidad, especialmente los gastos de envío, transporte, mano de obra o materiales».

No obstante, una de las cuestiones que ha suscitado controversia en la interpretación de la Directiva fue si la gratuidad de la puesta en conformidad contemplaba también la retirada de los bienes a reparar y sustituir cuando habían sido instalados correctamente a cargo del consumidor. Ciertamente, si la instalación hubiese sido a cargo del vendedor se podría entender implícitamente considerada en su obligación la retirada de los mismos, si después adolecían de una falta de conformidad, ya fuera por la propia instalación o por un defecto interno de los mismos.

Este supuesto se resolvió en la ya mencionada STJUE 16 junio 2011 (Caso Weber), asuntos acumulados C-65/09 y C-87/09. El núcleo de la argumentación radica en considerar si, con sustitución, la Directiva se refiere únicamente a proporcionar un bien de reemplazo o, en cambio, se incluyen también los gastos que puede ocasionar ese reemplazo. Finalmente, el TJUE concluye que es obligación del empresario la retirada del bien defectuoso que hubiera sido instalado por el consumidor de buena fe y conforme a su naturaleza, así como asumir el coste de la nueva instalación.

5.3.1.3. La presupuesta gratuidad de las medidas correctoras genera interferencias con la obligación del consumidor de poner los bienes a disposición del vendedor, en la medida que, debido a las dimensiones del bien o las características de la transacción dicha obligación pueda convertirse también en disuasoria para el consumidor. Esta cuestión puede ser parcialmente solucionada acudiendo al Caso Füllä⁸⁰, en esta sentencia, el Tribunal de Luxemburgo indica que el lugar en el cual tiene que producirse la puesta en conformidad será «aquel que resulte más adecuado para garantizar tal subsanación sin cargo alguno, en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para los consumidores dependerá de las circunstancias de cada caso», pero al mismo tiempo indica que «los Estados Miembros conservan la competencia para fijar el lugar en que los consumidores deban poner a disposición de los vendedores, para que se subsane

⁸⁰ STJUE 23 mayo 2019, C-52/18, *Caso Christian Füllä/Toolport GmbH*.

con arreglo a dicho precepto su falta de conformidad, bienes adquiridos en una venta a distancia»⁸¹.

A decir verdad, esta indeterminación no ayuda mucho a clarificar la cuestión, pues, en defecto de voluntad manifiesta de las partes, las circunstancias aplicables pueden ser muy cambiantes, como en el caso enjuiciado que se trataba de una carpa de cinco por seis metros. En ese sentido, la doctrina española ha considerado que: «Los bienes manejables podrían ser puestos a disposición del vendedor en su establecimiento comercial sin causar un inconveniente significativo al consumidor. Si debido a la naturaleza del bien no está claro si entregar el bien en el establecimiento comercial del vendedor causaría inconvenientes significativos al consumidor; este podría ponerlo a disposición del vendedor en su domicilio o, en caso de bienes como coches o veleros, en el garaje o puerto más cercano»⁸².

Las consideraciones anteriores nos tienen que hacer ver que, en ese sentido, sí que sería razonable que el consumidor tuviese que asumir un mínimo de molestia para, por ejemplo, llevar el bien de consumo al taller dónde deba ser reparado. Cosa distinta sería que, por ejemplo, al tratarse de una venta a distancia el coste o inconveniente que tuviese que asumir el consumidor fuese irrazonable. Por todo ello, aunque la STJUE indica que, en principio, no es obligación de los vendedores pagar por anticipado los gastos de transporte en el supuesto de que el consumidor tuviese que, por alguna razón, enviar los bienes a su costa, la garantía de gratuidad implicaría que sí deberían hacerlo si «el pago por anticipado de dichos gastos por los consumidores constituya una carga tal que pueda disuadirlos de hacer valer sus derechos, extremo que corresponde comprobar a los tribunales nacionales»⁸³.

5.3.1.4. Además de lo anterior, las medidas correctoras «deberán llevarse a cabo en un plazo razonable a partir del momento en que el empresario haya sido informado por el consumidor o usuario de la falta de conformidad» (sí que es nueva la referencia al momento en que el empresario haya sido informado) y «deberán realizarse sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario, habida cuenta de la naturaleza de los bienes o de los contenidos o servicios digitales y de la finalidad que tuvieran para el consumidor o usuario».

Esto nos tiene que hacer llegar a la conclusión de que la reparación de los bienes llevará más o menos tiempo en función de la complejidad de los mis-

⁸¹ Punto 45, STJUE 23 mayo 2019.

⁸² La solución a la que llega G. IZQUIERDO GRAU, *Análisis*, cit., p. 6, es bastante lógica y razonable, y perfectamente podría haber sido incluida en la Directiva 2019/771.

⁸³ Punto 56, STJUE 23 mayo 2019.

mos. De igual manera, si para la sustitución o reparación del bien es necesaria la importación del mismo o de los materiales (ya sea porque el bien o sus piezas solo se fabrican en otro país)⁸⁴. Por otro lado, el cómputo del plazo razonable dependerá, en mi opinión, de quién se tiene ocupar de la recogida del bien. En la medida que, si es el empresario, sí que se podrá entender que este plazo razonable se extenderá desde el momento en que se comunique la falta de conformidad al vendedor. Por el contrario, si es el consumidor quien debe encargarse de llevar el bien al taller, el plazo razonable comenzará a computarse desde el momento en que lo ponga a disposición del vendedor.

La referencia a la naturaleza de los bienes nos tiene que hacer pensar que, en función de las materias primas, complejidad del bien, e incluso los usos del comercio, la reparación o sustitución pueden tardar más o menos tiempo. De hecho, la doctrina ha querido ver en los usos del comercio un apoyo para poder objetivar cuanto más el mentado «plazo razonable»⁸⁵. No obstante, aunque la objetivación del plazo nos da seguridad, puede que no sea lo único que tenemos que buscar, pues la finalidad que los bienes tengan para el consumidor nos puede dar un enfoque mucho más subjetivo al plazo⁸⁶. Esto es, no es lo mismo que el bien adquirido en cuestión no cumpla ninguna necesidad urgente para el consumidor, pues se trate de un bien de mero recreo, que, en cambio, un automóvil que necesite para desplazarse o un ordenador que también pueda necesitar para trabajar. Esta subjetividad nos daría la pista de la velocidad que el consumidor puede esperar a la hora de ver subsanada la falta de conformidad.

Cambiando de tercio, la expresión «sin mayores inconvenientes para el consumidor» plantea dudas respecto de su exacto significado. Principalmente, por su confusa redacción en relación con la del conjunto del precepto en que se inserta. No puede significar que la reparación o sustitución no se haya llevado en un tiempo razonable, porque, en ese caso, este supuesto sería totalmente redundante⁸⁷.

⁸⁴ SAP Las Palmas, 19 enero 2016, que considera que no es desmesurada la espera de dos meses, habida cuenta de que se trata de una pieza específica (diferencial trasero) de un automóvil de la marca extranjera «Sangyong».

⁸⁵ G. IZQUIERDO GRAU, *Análisis*, cit., p. 1602, propone como ya lo hacía el CESL el plazo de 30 días. La búsqueda de la objetivación por medio de los usos del comercio se apoya en el hecho que la Convención de Viena también lo contemplaba como criterio de puesta en conformidad de los bienes. De forma que, los resultados de la aplicación de la misma nos podrían orientar en este punto.

⁸⁶ En el mismo sentido, A. ORTÍ VALLEJO, *La Directiva 1999/44/CE: un nuevo régimen para el saneamiento por vicios en la compraventa de consumo*, en *Rev. pod. jud.*, 66, 2002, p. 220.

⁸⁷ J.R. DE VERDA Y BEAMONTE, *Del saneamiento*, cit., p. 2956. La doctrina ha considerado que inconveniente puede ser «cualquier irregularidad distinta al retraso», véase, M.J. MARÍN

Podríamos pensar, por ejemplo, en el caso de una reparación hecha en un vehículo, sin excesivas dilaciones, pero sin garantías de que no vuelva a reproducirse posteriormente, o seguida de otras averías, que, aunque no sean graves y sean rápidamente reparadas, puedan causar graves molestias al comprador (visitas al taller, privación del uso del vehículo durante los períodos de reparación, etc.). Generalmente, la doctrina ha querido ver en este inciso un derecho del consumidor a no verse obligado a tener que pasar por otra reparación o sustitución cuando no ha sido satisfactoria y no ha resuelto los problemas que acarreaba el bien; pues entienden que: «el consumidor no debería verse obligado, en contra de su voluntad, a soportar la repetición de la misma medida de saneamiento que ya se ha intentado»⁸⁸. Eso sí, los inconvenientes, como dice la norma, deben ser «mayores», habrá inconvenientes que el consumidor sí deberá soportar, lo importante es que, si surge la falta de conformidad, esta sea corregida y el consumidor quede satisfecho.

5.3.1.5. La STJUE 17 de abril de 2008, Caso Quelle⁸⁹, planteó un asunto en la cual se discutía si era posible que el vendedor de un bien defectuoso pudiera exigir una indemnización por el tiempo utilizado por parte del consumidor cuando este producto era sustituido. Todo ello a raíz de las dudas que el Considerando 15 de la Directiva 1999/44 había generado.

LÓPEZ, *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea: La Directiva 1999/44/CE y su incorporación en los distintos Estados Miembros*, I, Instituto Nacional de Consumo, 2004, p. 174. No obstante, esa afirmación tiene el peligro de que la inconveniencia pueda convertirse en un cajón de sastre en el que cabe cualquier desilusión o frustración que se haya producido por la falta de conformidad, a este respecto, véase, J. AVILÉS GARCÍA, *Compraventa de bienes de consumo*, en *Tratado de Contratos* (dir. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), II, Valencia, 2009, p. 1884.

⁸⁸ Coinciden, M^a.J. MONFORT FERRERO, *La resolución de la venta de bienes de consumo*, en *Rev. bol. der.*, 27, 2019, p. 10, y M. CASTILLA BAREA, *La nueva regulación*, cit., p. 222. Sin embargo, la misma doctrina también apunta, como he adelantado anteriormente, que no hay forma de aclarar con seguridad esta cuestión a la luz de la literalidad de la norma. De todos modos, la jurisprudencia respalda esta interpretación, habida cuenta de que la SAP A Coruña, 25 enero 2007, apunta que «no puede obligarse al consumidor a una nueva sustitución o reparación». Igualmente, la SAP Alicante, 18 diciembre 2009 en relación con la venta de un *Land Rover Freelander* en 2003 que había sufrido hasta ocho reparaciones en menos de un año, señala que el comprador no puede ser obligado «a soportar nuevas privaciones del uso del vehículo al tener que trasladarlo al taller proceder a sucesivas e indefinidas reparaciones, ni tampoco puede obligársele a la sustitución del vehículo por otro nuevo pues es comprensible su falta de confianza con ese modelo».

⁸⁹ STJUE 17 abril 2008, C-404/06, *Caso Quelle AG/Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände*.

De todos modos, el TJUE puso de relieve que la previsión contenida en el Considerando 15 de la Directiva 1999/44 tenía un sentido propio, pero no el que se planteaba en el asunto en cuestión, lo que viene a decir el TJUE es que el precepto no está hablando de la sustitución propiamente dicha, sino que habla de una restitución. De hecho, su segunda parte se refiere a las «modalidades de resolución de los contratos».

Qué quiere decir esto, pues seguramente que aquello a lo que se abría puerta, y se sigue abriendo, es que los vendedores puedan reducir en parte la cantidad que deben restituir al consumidor por la resolución del contrato, debido al uso que hubieran hecho del bien, en aplicación del principio de restitución recíproca de las ventajas obtenidas, que no es exactamente lo mismo. Por tanto, lo que no se puede defender es que la norma «faculta a los Estados miembros a tener en cuenta, en todas las situaciones en las que lo deseen, incluida la de una simple solicitud de sustitución [...], el uso que el consumidor ha hecho de un bien no conforme»⁹⁰.

5.3.2. No siempre las medidas primarias van a satisfacer el interés del comprador producida la falta de conformidad. Como ya hemos visto, el vendedor podrá vetar la elección del consumidor respecto de las medidas primarias cuando estas sean imposibles o desproporcionadas, asimismo, si la falta de conformidad es de considerable gravedad, el consumidor, si así lo desea, podrá acudir directamente a una resolución del contrato o reducción del precio, sorteando la aplicación de los remedios primarios. Junto con estas circunstancias, la Directiva 2019/771 y su texto de transposición incluyen otros supuestos que permitirían al consumidor acudir a los remedios subsidiarios, principalmente cuando las medidas primarias hayan sido infructuosas.

El primero y más obvio es que el empresario, una vez instada la medida primaria correspondiente, ya sea la reparación, ya sea la sustitución, no

⁹⁰ Sobre esta cuestión, véase Y.M. ATAMER, *Replacement of nonconforming goods «free of charge»: is there a need to differentiate between B2B and B2C sales contracts*, in *Unif. L. Rev.*, 25, 2020, p. 77, quien entiende que podría exigirse una compensación si ha habido un uso anormal del bien, esta postura estaría en parte respaldada por la STJUE 3 septiembre 2009, C-489/2007, *Caso Pia Messner/Firma Stefan Krüger*, que admitió la posibilidad de que se pudiera reclamar una compensación al consumidor por «el uso de dicho bien de un modo incompatible con los principios de Derecho Civil, como la buena fe o el enriquecimiento sin causa, siempre que no se menoscabe la finalidad de dicha Directiva y, en particular, la eficacia y la efectividad del derecho de rescisión, extremo que deber determinar el juez nacional». De todos modos, no hay que perder de vista que un uso no conforme podría hacer decaer el requisito de preexistencia de defecto y que, en consecuencia, no pueda calificarse el defecto como falta de conformidad, por lo que no habría responsabilidad del vendedor.

la lleve a término, porque no pueda, no quiera, o no la haga en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes (art. 119.b) TRLGDCU). Por tanto, no sería necesario esperar a que el empresario muestre su incapacidad ante la reparación y que esta no haya podido solucionar el problema del que adolecía el bien, sino que simplemente bastaría que haya transcurrido un plazo razonable desde la solicitud de reparación o sustitución y el vendedor no haya finalizado la misma, para poder acudir a los remedios subsidiarios.

El segundo supuesto, relacionado con ello, sería que, efectuada la puesta en conformidad, vuelva a reaparecer la misma o surja una nueva falta de conformidad, es decir, no ya que una vez el bien, por ejemplo, sea, en principio, reparado se demuestre que la falta de conformidad no ha podido ser solucionada, sino que surja cualquier otro nuevo defecto (art. 119.d) TRLGDCU). Estas consideraciones nos llevarían a preguntarnos si el consumidor está obligado a soportar más de una reparación sobre el adquirido. Parte de la doctrina afirma que la interpretación más acorde con el espíritu de la Directiva sería que el consumidor no está obligado a pasar por dos reparaciones sobre el mismo bien. No obstante, esto habría que ponerlo en relación con el Considerando 52 que, en su último inciso, sostiene que sí podría defenderse que el vendedor pueda reparar dos veces un bien caro y complejo. Pensemos en un automóvil, el cual seguramente debe sufrir más de una reparación en su vida útil.

El tercer supuesto sería que el vendedor haya declarado o así se desprenda de las circunstancias que no va a poner lo bienes en conformidad en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes (art. 119.f) TRLGDCU). Aquí la Directiva ofrece una perspectiva diferente, no solo se podrá acudir a las medidas subsidiarias cuando las primarias no se lleven en plazo razonable o sin mayores inconvenientes, sino también cuando sea posible determinar *ex ante* que este extremo no va a tener lugar. ¿Cuándo se va a poder establecer con claridad esto? La verdad es que no es tarea fácil y, a menos que sea el propio empresario el que lo manifieste previamente, no se trata de algo que sea sencillo de concluir. Podría darse esta circunstancia cuando el vendedor a la vista de la falta de conformidad advierta que no va a poder reparar el bien o sustituirlo en un plazo prudencial, ya sea por propia incapacidad o simplemente porque no tiene su alcance los medios necesarios.

5.3.2.1. Una vez expedita la vía para solicitar los remedios subsidiarios, el primero que puede resultar de gran interés para el comprador puede ser la resolución del contrato, en la medida que, seguramente, habrá tenido lugar una frustración del interés contractual al no haber podido poner en

conformidad el bien adquirido. Esta resolución contractual es unilateral y recepticia, asimismo, de acuerdo con la doctrina jurisprudencial existente en la materia puede ser ejercida de manera extrajudicial⁹¹.

De todos modos, cabe destacar que para poder acudir a dicha resolución contractual el defecto no puede ser de «escasa importancia». Inevitablemente, la elección de un criterio como el mencionado para discernir si procede o no la resolución nos aboca a una gran imprecisión. Parte de la doctrina se inclina a pensar que para establecer la gravedad de la falta de conformidad podemos valernos de los mismos criterios que se utilizan para la determinación de la misma, sin embargo, otro sector entiende que no son válidos para cumplir dicha función y, por tanto, el juzgador deberá interpretar el contenido contractual y analizar todos los elementos de la situación tanto los objetivos como los subjetivos⁹².

Igualmente, concretar el concepto de escasa importancia implica una tarea adicional⁹³. La conclusión más razonable, por la que se inclina la doctrina, es entender que hay todo un abanico de situaciones entre las que se comprende la gravedad y la levedad. Principalmente, por dos motivos, primero porque es el que más protección le otorga al consumidor y, en segundo lugar, porque coincide más con el espíritu de la Directiva de intentar que ninguna falta de conformidad quede fuera del ámbito de aplicación de la misma.

Por lo que respecta a los efectos de la resolución, la Directiva 2019/771 no aclara mucho al respecto. No obstante, la transposición española mejora sustancialmente esta indeterminación. Mientras que la norma europea solamente señalaba que el consumidor restituirá a expensas del vendedor el bien y que este último reembolsaría al primero el precio una vez recu-

⁹¹ L.P. SAN MIGUEL PRADERA, *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2004, p. 353 ss. Sobre el ámbito concreto que nos ocupa, G. IZQUIERDO GRAU, *Análisis*, cit., p. 241, la declaración se debe: «comunicar de forma fehaciente al vendedor su voluntad de resolver el contrato debido al incumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo que debería realizarse de forma escrita y con acuse de recibo a efectos probatorios».

⁹² Como representante de la primera postura encontramos a A. ORTÍ VALLEJO, *La Directiva*, cit., p. 186 s., quien afirma que: «En cuanto a los criterios para determinar la menor entidad de la falta de conformidad a los efectos que nos ocupan, no parece que puedan ser otros que los que vimos en el Capítulo II que servían para determinar la existencia de éstas, a los que nos remitimos. O sea, que la menor gravedad de la falta es también relativa como el defecto mismo». En sentido contrario, M. CASTILLA BAREA, *La nueva regulación*, cit., p. 226 s.

⁹³ A. ORTÍ VALLEJO, *o.u.c.*, p. 184 s., se hace la misma pregunta, concluyendo que «el defecto no sea de escasa importancia, obviamente, no es lo mismo que exigir que sea grave». En términos similares se pronuncia, G. IZQUIERDO GRAU, *Análisis*, cit. p. 1626 ss.

perado el mismo o, al menos, una prueba de su recepción, el TRLGDCU precisa que la restitución de las prestaciones deberá hacerse sin demoras indebidas y, en todo caso, en el plazo de 14 días (art. 119 quater.1 TRLGDCU), desde la notificación de resolución en el caso del comprador y, desde la recepción de los bienes (o prueba de ello), en el caso del vendedor (art. 119 ter. 4.a TRLGDCU). Como también que deberá utilizarse el mismo método de pago utilizado para llevar a cabo el reembolso (art. 119 quater.2 TRLGDCU).

Lo anterior se traduciría en que, una vez instada la resolución, el consumidor deberá restituir al vendedor los bienes adquiridos en el menor plazo posible (como máximo 14 días), devolución que deberá hacerse a expensas del empresario para mantener la gratuidad de las medidas correctoras, por lo que tendrán aquí aplicación todas las consideraciones efectuadas anteriormente en relación a los remedios primarios. En consecuencia, podría darse el caso que el vendedor tuviera que asumir los costes de devolución de los bienes si así lo exigen las circunstancias (art. 119 quater.3 TRLGDCU).

Devueltos los bienes al vendedor, este deberá proceder al reembolso del precio, que tendrá que hacerse a través del mismo método de pago que usó el comprador para adquirir los bienes. Por tanto, si el consumidor utilizó una tarjeta de crédito, deberá recibir un reembolso en su cuenta corriente y no podrá ser obligado a aceptar dinero en efectivo. Igualmente, dicho reembolso deberá ser sin demoras indebidas y en un plazo máximo de 14 días, pero aquello a que obliga a realizar sin demora al vendedor es la ejecución de la orden de reembolso, por lo que las condiciones aplicables a cada caso podrán variar en mayor o menor medida.

El régimen de legal actual de la compraventa de bienes de consumo contempla también una modalidad de resolución parcial que, a su vez, se desdobra en dos supuestos diferentes: La verdadera resolución parcial y un supuesto de resolución total por caso de disconformidad parcial. Esto es, el art. 13 de la Directiva 2019/771, permite resolver el contrato de compraventa respecto de los bienes disconformes, pero también la totalidad si no se puede razonablemente esperar que el consumidor conserve solo los bienes conformes⁹⁴. La norma no aclara el motivo objetivo o subjetivo por la que tiene lugar la compraventa de varios bienes a la vez, de forma que

⁹⁴ Véase art. 119.ter.3 TRLGDCU: «Cuando la falta de conformidad se refiera sólo a algunos de los bienes entregados en virtud del mismo contrato y haya motivos para su resolución, el consumidor o usuario podrá resolver el contrato sólo respecto de dichos bienes y, en relación con cualesquiera de los otros bienes, podrá resolverlo también si no se puede razonablemente esperar que el consumidor o usuario acepte conservar únicamente los bienes conformes».

podría corresponderse tanto a una venta en globo o a tanto alzado, como también podría amparar una compraventa meramente eventual, es decir, una adquisición por internet de varios productos a la vez.

La doctrina ha puesto ejemplos de compraventa de muebles o bienes para el hogar en el cual la falta de conformidad de uno podría comprometer el todo. Por lo que, sí se podría defender la tesis de que solo procede el supuesto de la redhibición total cuando exista una razón estética, económica o funcional que haya justificado la compra conjunta⁹⁵.

Igualmente, es significativa la mención de «haya motivos» que hace el precepto estudiado, lo que nos llevaría a considerar que se tienen que cumplir los mismos requisitos que anuda la legislación de consumo a la resolución del contrato. Por tanto, si uno de los bienes está aquejado de una falta de conformidad, *a priori*, procederá el intento de reparación o sustitución. De la misma forma, si falta uno de los bienes, en principio, parece que inicialmente habría que solicitar su entrega en un plazo razonable. Más conflictivo puede ser el supuesto de que la gravedad de la falta de conformidad justifique la resolución del contrato, esto es, puede ser que uno de los bienes adquiridos tenga una falta de conformidad significativa que justifique la resolución por sí mismo, en cuyo caso no se podría negar la resolución parcial, pero podría ser discutible que se pudiese justificar la resolución total del contrato si respecto del conjunto tiene escasa importancia⁹⁶. Eso sí, sería perfectamente posible acudir a la resolución total del contrato cuando respecto a la totalidad la disconformidad de algunos bienes sea grave, ya sea por su entidad o por la cantidad, imaginemos que solo se entregan unos pocos bienes de todos aquellos que se deberían haber entregado por el contrato.

En cuanto a cómo operaría esta resolución parcial del contrato, autorizada doctrina señala que no habría problema en articular una especie de *pseudoresolución* (el término es mío), que de alguna forma combinase el

⁹⁵ P. GUTIÉRREZ SANTIAGO, *Estándares legales de falta de conformidad. en la compraventa de consumo: experiencias judiciales*, en *Tratado de la compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz* (dir. Á. Carrasco Perera), Cizur Menor, 2013, p. 9, habla de bienes que compongan una unidad estética como un dormitorio, un salón, etc. En los mismos términos, M. CASTILLA BARRERA, *La nueva regulación*, cit., p. 244, se refiere a un conjunto de mobiliario compuesto por un sofá, un sillón y una mesa, en el cual la falta de conformidad de uno de ellos podría justificar la resolución del todo, pues no habría razón para conservar todos los bienes, si no es posible obtener el efecto estético deseado.

⁹⁶ L. ARNAU RAVENTÓS, *Remedios*, cit., p. 93, pone el ejemplo de la compraventa de 500 bolígrafos y uno no escribe o no tiene tinta. Obviamente, el consumidor debería tener acceso a los remedios por falta de conformidad respecto del bolígrafo en cuestión, incluso los secundarios, pues el defecto no es leve. Pero sería absurdo que se pudiese resolver la totalidad del contrato por esta circunstancia.

efecto de la resolución con la reducción del precio. En otras palabras, que tuviera lugar una aplicación conjunta de la acción de resolución como de la reducción del precio en los supuestos de resolución parcial *stricto sensu*, es decir, en los casos en los cuales el comprador desea conservar parte de los bienes adquiridos. Simplemente porque la falta o disconformidad de ciertos bienes desmerezca el conjunto⁹⁷.

Finalmente, independientemente de los motivos que hayan desencadenado la resolución, pueden surgir dudas en torno al precio a devolver, es decir, si es posible que el vendedor reduzca el importe en atención al uso que ha hecho el consumidor del bien. A pesar de que ya hemos manifestado con anterioridad que no es exigible una indemnización por el uso normal del bien, cuando tratábamos una simple sustitución de los bienes, cabe destacar que por lo respecta a las modalidades de resolución del contrato, el TJUE no niega que pueda tener lugar en algunos casos bajo el principio de restitución recíproca de las ventajas obtenidas. De hecho, alguna sentencia señala que «a ese importe hay que reducirle un 20%, cantidad que se estima prudencialmente como acorde con el tiempo en que se ha utilizado el vehículo, teniendo en cuenta que el uso durante ese período de tiempo no ha sido el idóneo para un vehículo de las características del adquirido, y que se han ocasionado múltiples molestias e incomodidades»⁹⁸. Cosa distinta, sería el hecho de que el bien haya sufrido un daño por acción u omisión del comprador, en cuyo caso, sí que podríamos concluir sin muchas dudas que el vendedor deducirá parte del importe a devolver por dicha circunstancia.

5.3.2.2. El otro remedio subsidiario que está al alcance del consumidor es la reducción del precio, este remedio se caracterizaría por ser más partícipe del principio de conservación de los contratos, en la medida que el consumidor, de escoger este remedio, decidiría continuar con la relación contractual a pesar de los defectos que presente el bien vendido. Asimismo, esta medida correctora puede llegar a tener un papel más preponderante, habida cuenta de que no estaría sujeta a ningún tipo de condición, a diferencia de la resolución del contrato que no podría ejercitarse ante defectos de escasa importancia. Cabe destacar que, en el caso de los remedios subsidiarios, el *ius electionis* del consumidor no ser vería tan afectado, pues salvo lo referente a la entidad del defecto, el vendedor no podría negarse a la medida escogida alegando la imposibilidad o desproporción del remedio.

⁹⁷ L. ARNAU RAVENTÓS, *Remedios*, cit., p. 95.

⁹⁸ SAP Castellón, 28 noviembre 2005.

Como se puede observar, la acción de reducción que contempla tanto la Directiva como el texto de trasposición es una acción de reducción del precio proporcional al valor del bien. Un matiz que no aclaraba el texto de la Directiva 1999/44 y seguía abonando planteamientos jurisprudenciales erróneos sobre la misma⁹⁹. Asimismo, hace referencia al valor en el momento de entrega, no al valor que tuviese en el momento de celebración del contrato. Este método de cálculo se corresponde con el que la doctrina ha denominado «método Viena» o «modelo Viena», pues se corresponde con el sistema que propugna desde sus inicios la CISG en su art. 50 (no solo la CISG sigue este sistema sino también el III. – 3:601 del DCFR, el art. 9:401 PECL y el art. 541-11 de la Propuesta de Código Civil de la Asociación de Profesores)¹⁰⁰. La característica principal de este sistema es que sigue un criterio proporcional para la rebaja de precio, atendiendo a la pérdida objetiva del valor del bien de haber sido conforme. No obstante, el principal problema que presenta es que no acaba de precisar cómo determinar el valor objetivo de dicho bien. Dicho en otras palabras, ¿se trata del valor de mercado? o ¿del precio que pagó? La doctrina señala que el valor objetivo del bien debe identificarse necesariamente con el valor de mercado, de lo contrario se quebraría la finalidad del «método proporcional»¹⁰¹.

5.3.3. Es importante señalar que junto con el resto de remedios disponibles por una falta de conformidad se puede solicitar también cumulativamente el resarcimiento de los daños y perjuicios provocados por dicha falta de conformidad y que no estén cubiertos por las medidas ejercitadas¹⁰². Así, por ejemplo, si instada la puesta en conformidad, esta no se toma en consideración por parte del empresario en un plazo razonable, lo que conduce al consumidor a ejercitar la resolución del contrato, cabría la

⁹⁹ Los gastos de reparación pueden englobarse en el *damnum emergens* de la acción de indemnización de daños y perjuicios, pero no se corresponden a la reducción de precio, pues la misma parte de la premisa que el comprador acepta el bien con sus defectos, pero al mismo tiempo supone que el bien tenga menos valor del que pagó por él. Véase, SAP Huesca, 7 mayo 2008 y SAP Castellón, 19 enero 2009.

¹⁰⁰ Para ayudarnos en la aplicación de este método de cálculo nos puede servir de gran ayuda el trabajo que realiza A. FERRANTE, *Nuevas tendencias en la reducción de la cuantificación del precio*, en *Rev. Indret*, 4, 2011, p. 8 s., en él explica que «precio reducido (PRE) es igual al valor del bien no conforme multiplicado por el precio de compra (PC), dividido por el valor objetivo del bien como si fuera conforme en el momento de la entrega (VOE). Es decir, el precio reducido (PRE) es igual a $(VNC \cdot PC) / VOE$ ».

¹⁰¹ A. FERRANTE, *o.u.c.*, p. 13 s., a pesar de que, en ocasiones, la jurisprudencia lo relacione con el precio de compra.

¹⁰² Art. 117 TRLGDCU, como también Considerandos 18 y 61 Directiva 2019/771.

posibilidad de que, en atención la inacción del vendedor, el consumidor acumule un resarcimiento de los daños y perjuicios por el tiempo que se ha visto privado del bien, ya que, tal vez, dicho bien cubría una necesidad importante del comprador, como puede ser un automóvil.

Las mismas consideraciones se podrían trasladar a otro supuesto similar, en el cual lo que sucede es que tras varios intentos de reparación el bien en cuestión no consigue nunca estar en conformidad, por lo que, instada la resolución del contrato, el consumidor solicita el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos por la pérdida de utilidad del bien, en atención al largo período de tiempo del que estuvo privado del mismo¹⁰³.

Una de las características principales de la indemnización de daños y perjuicios por falta de conformidad es que no se encuentra expresamente regulada por la Directiva 2019/771, al igual que acontecía con la Directiva 1999/44. En consecuencia, pueden surgir dudas sobre qué normativa debe ser aplicada cuando se ponga en práctica, que, a falta de más indicación, será la correspondiente del Estado Miembro en cuestión. Por lo que respecta a España, la doctrina más autorizada ha reinterpretado la responsabilidad contractual en clave de responsabilidad objetiva, por ello, parece razonable pensar que acaecida la falta de conformidad será posible reclamar los daños derivados del incumplimiento del vendedor si el comprador acredita los mismos junto con su causalidad¹⁰⁴. De modo que, el vendedor solo podrá exonerarse de aquellos daños que demuestre que

¹⁰³ Las SSAP Madrid, 15 septiembre 2017 y Tarragona, 20 febrero 2019 condenaron al demandado al pago de una indemnización de daños y perjuicios en atención, entre otros extremos, a los trastornos que le provocaron al consumidor las anomalías que presentaban los vehículos, no constando, en ningún caso, que se le proporcionara un coche de sustitución al mismo. Por otra parte, la SAP Navarra, 27 diciembre 2012, concedió una indemnización por daño moral de 2.000 € a causa del perjudicial impacto anímico que tuvieron las constantes averías en la consumidora, las cuales se prolongaron durante largo tiempo.

¹⁰⁴ F. PANTALEÓN PRIETO, *El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)*, en *An. der. civ.*, 44, 3, 1991, p. 1064 ss. Coincide N. FENOY PICÓN, *El sistema de protección del comprador*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2006, p. 803, F.J. SÁNCHEZ CALERO, *La obligación de saneamiento por vicios o gravámenes ocultos y la Ley de garantías en la Venta de Bienes de Consumo (Ley 23/2003, de 10 de julio)*, en *La compraventa: Ley de Garantías* (dir. J.P. Aguirre Zamorano), Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 2006, p. 69 s., y Á. JUÁREZ TORREJÓN, *El remedio indemnizatorio en la compraventa de bienes de consumo*, en *Rev. der. priv.*, 3, 2014, p. 13 señalan que el deudor debe responder no cuando se dé culpa o dolo, sino solo cuando no se pueda exonerar ex art. 1.105 CC. En contra, P. MARTÍN ARESTI, *Las garantías de los productos de consumo*, Navarra, 2010, p. 178 s., para quién los daños deben ser imputables a la negligencia del vendedor para que el incumplimiento genere la obligación de indemnizar.

tuvieron lugar por caso fortuito o fuerza mayor (art. 1.105 CC), esto es, que se encontraban fuera de su ámbito de control y que eran imprevisibles o, aun siendo previsibles, eran inevitables¹⁰⁵.

6. Por lo que se refiere a la garantía comercial y el servicio postventa, hay que manifestar la especial fijación por la durabilidad de los bienes, en consonancia con lo dispuesto en la Exposición de Motivos del Real Decreto de trasposición, puesto que se hace hincapié en la Resolución de 25 de noviembre de 2020 del Parlamento Europeo: «Hacia un mercado único más sostenible para las empresas y los consumidores». De hecho, esta circunstancia se puede observar en el nuevo art. 127.1 TRLGDCU (de conformidad con el art. 17 Directiva) que pone especial énfasis en la vinculatoriedad de la eventual garantía de durabilidad durante todo el período que se determine tanto a la reparación como a la sustitución, añadiendo que la publicidad será igualmente vinculante a menos que se haya corregido. Del mismo modo, se señala en el art. 127.3.a) TRLGDCU que deberá haber una indicación precisa del derecho a las medidas correctoras y a la gratuidad de la puesta en conformidad.

En cuanto al servicio postventa, se incrementa a un total de diez años el plazo por el cual el empresario debe tener repuestos desde que el bien deje de fabricarse (art. 127 bis.1 TRLGDCU). Por el contrario, se reduce a solo un año el plazo de prescripción del derecho del consumidor a recuperar el bien después de su entrega para la reparación (art. 127 bis.3 TRLGDCU). Como sabemos, el hecho de que el único responsable que se establezca en vía directa según la legislación de consumo sea el vendedor, no obsta a que por vía convencional se pueda ampliar la garantía a otros

¹⁰⁵ «Debe tenerse en cuenta que si bien a tenor del régimen jurídico de responsabilidad del vendedor por falta de conformidad, éste se concibe como un sistema de responsabilidad de naturaleza objetivo, en el que la culpa o negligencia del vendedor no posee relevancia alguna. Pues bien, si la acción de daños y perjuicios se configura como una de las consecuencias del incumplimiento contractual calificado en virtud del juicio de responsabilidad como idóneo para generarlas, será una más del conjunto de medidas que el acreedor dispone ante el mismo en defensa de su derecho, de manera que este juicio de responsabilidad debe formularse de forma idéntica para todas estas medidas, también para la indemnización de daños y perjuicios. Entonces, en los casos de falta de conformidad, el éxito de la acción acumulada de indemnización de daños y perjuicios experimentados por el consumidor/comprador requerirá la prueba de la existencia de los daños y perjuicios (art. 1.106 CC) y de la relación causal con el incumplimiento (art. 1.101 CC), resultando de aplicación las previsiones de los arts. 1.103 y 1.107 CC». Véase, J.M. BUSTO LAGO, *Comentario del artículo 21 TRLGDCU*, en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (Real Decreto Legislativo 1/2007), (coord. R. Bercovitz Rodríguez-Cano), Pamplona, 2009, p. 299 s.

sujetos. Concretamente, al productor, quien puede ofrecer una garantía de durabilidad sobre los bienes que fabrica. Asimismo, la garantía comercial puede operar desde el lado del vendedor, mejorando las condiciones que la ley le exige imperativamente sobre los productos que comercializa¹⁰⁶.

Por este motivo la garantía comercial responde a los principios de voluntariedad y complementariedad. Voluntariedad en el sentido de que la garantía comercial es una opción a la que se puede acoger el consumidor por la mera voluntad del oferente de mejorar las condiciones que la ley exige a los bienes que comercializa y, complementariedad, pues como se dice la oferta de la misma no hace más que suponer un plus a lo que ya otorgan las disposiciones legales¹⁰⁷.

Esta garantía se puede ofrecer gratuitamente o a cambio de una contraprestación¹⁰⁸. No es extraño que ciertos comercializadores de bienes que, a su vez, son los productores la utilicen en la práctica, con el objetivo de fidelizar a los clientes o buscar que les compren directamente los productos. Eso sí, al igual que la garantía legal, la garantía comercial se somete a la armonización plena de la Directiva 2019/771, pues el legislador de la Unión Europea también busca que dicha garantía se acomode a una serie de normas a pesar de su origen puramente contractual y no legal.

¹⁰⁶ El aumento de la protección que le otorga la ley al comprador no es una novedad de la legislación de consumo, pues ya con la regulación del Código Civil era perfectamente posible realizar un acuerdo con base en el art. 1.255 CC que le permitiera al mismo obtener unas mejores condiciones de las que le ofrecía, por ejemplo, el art. 1.490 CC. De hecho, es posible encontrar jurisprudencia donde se evidencia que se había otorgado al comprador una garantía de buen funcionamiento, por la cual podía incluso reclamar la reparación o sustitución del bien vendido, véase, en este sentido, SSAP Asturias, 22 febrero 2000, Baleares, 10 octubre 2000 y Almería, 29 enero 2003.

¹⁰⁷ J. GUTIÉRREZ DE COS, *La protección*, cit., p. 147. Véase, S. CHERTI, *Le garanzie commerciali*, en G. DE CRISTOFARO (a cura di), *La nuova disciplina della vendita mobiliare del codice del consumo*, cit., p. 417 ss. La doctrina se ha planteado si es posible que se ofrezcan otro tipo de garantías que no se refieran necesariamente a la durabilidad de los bienes, circunstancia a la que no habría obstáculo de la interpretación de la normativa europea, véase, M. CASTILLA BAREA, *La nueva regulación*, cit., p. 377.

¹⁰⁸ El carácter oneroso o gratuito de la garantía comercial puede ofrecer algunos interrogantes sobre su carácter contractual o no. Cuando se trata de una garantía a cambio de una contraprestación no hay duda de su naturaleza contractual, que puede derivar de los artículos 1.254 y 1.261 CC. Sin embargo, cuando es gratuita esto se puede solventar acudiendo al art. 1.089 CC, entendiendo que se trata de una oferta *ad incertam personam*, de modo que, la vinculación del productor surgiría de su declaración de voluntad unilateral sin necesidad de que haya una aceptación simultánea o previa al contrato. Por tanto, en ambos casos, el incumplimiento de la garantía comercial se consideraría un incumplimiento contractual con las consecuencias del art. 1.101 y ss. del Código Civil.

Asimismo, el art. 127. 2 TRLGDCU exige que la garantía se entregue en un soporte duradero, lo que supone una importante mejora respecto de la Directiva 1999/44, ya no es necesario que el consumidor solicite por escrito o en soporte duradero y accesible la garantía comercial. La propia norma lo exige a todos los productores o vendedores. Igualmente, la garantía debe estar redactada de forma «clara y comprensible». A continuación, siguiendo lo dispuesto en el art. 17.4 Directiva 2019/771, el art. 127.2 TRLGDCU dispone que la garantía comercial «estará redactada, al menos, en castellano y en su caso, a petición de cualquiera de las partes, deberá redactarse también en cualquiera de las otras lenguas oficiales en el lugar de celebración del contrato». Esto, a mi modo de ver, implica un reconocimiento de los derechos lingüísticos que existen en España de forma que, si el consumidor lo exige, el empresario deberá no solo proporcionarle la garantía comercial en castellano, sino también en catalán, valenciano, gallego o euskera.

Por último, el art. 127.3 TRLGDCU transcribe una lista de requisitos que debe presentar el contenido de la garantía comercial, como es el nombre y la dirección del garante, el procedimiento que debe seguir el consumidor para aplicar la misma, los bienes sobre los que recae la garantía comercial y, especialmente, las condiciones que presente como su duración y alcance territorial. Lo más destacable es que el inciso final señala que el incumplimiento de alguno de estos apartados no implicará la pérdida del derecho a reclamar la garantía comercial, lo que es lógico, pero eso no impide que, entonces, puedan surgir obstáculos para su correcta exigencia. Algunos de los aspectos reseñados podrán integrarse con más facilidad como la dirección del garante, que se puede averiguar, o el procedimiento para exigir las medidas correctoras que podría ser el mismo que existe con la garantía legal. Sin embargo, más dificultad puede presentar el plazo de duración de la misma, si no se señala expresamente.

Abstract

El presente artículo tiene como objeto exponer de forma completa y sintética el actual régimen legal aplicable a las compraventas de bienes de consumo. Para ello, primeramente, se describen las características principales del texto europeo que actualmente ha modificado esta normativa, la Directiva 2019/771, como también su ámbito de aplicación. Igualmente, se trata de delimitar el incumplimiento del vendedor, el cual gira, principalmente, en torno al concepto de falta de conformidad. Asimismo, se analizan de forma sistemática los distintos remedios al alcance del consumidor, en caso de que el empresario no cumpla con su obligación de entregar bienes conformes al contrato. Por último, se recoge la posibili-

dad de que el vendedor pueda otorgar una garantía comercial u otro sujeto, como puede ser el fabricante.

The purpose of this article is to present, in a comprehensive and concise manner, the current legal framework applicable to the sale of consumer goods. To this end, the main characteristics of the European text that has recently modified this regulation, Directive 2019/771, are first described, along with its scope of application. Likewise, an effort is made to define the seller's breach, which primarily revolves around the concept of lack of conformity. Furthermore, the various remedies available to the consumer, in the event that the business fails to fulfill its obligation to deliver goods in conformity with the contract, are systematically analyzed. Finally, the possibility is considered that the seller or another party, such as the manufacturer, may offer a commercial guarantee.