

# 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\*

## *From the liability for latent defects to the conformity with the contract: considerations of the matter in Community Law according to the recent proposals for Directives on consumers' right*

por

JOSÉ RAMÓN DE VERDA Y BEAMONTE  
*Catedrático de Derecho civil*

*Departamento de Derecho civil, Universidad de Valencia*

**RESUMEN:** El presente trabajo examina los remedios jurídicos del consumidor frente a la falta de conformidad en las ventas de bienes de consumo y en los contratos de suministro de contenidos digitales. Se estudian dos recientes propuestas de Directiva sobre la materia.

---

\* El presente trabajo se corresponde con la ponencia pronunciada por el autor en el II Congreso Internacional de Derecho de Consumo: «La tutela del consumidor en la venta con disconformidad», que tuvo lugar en la Corte Suprema de Chile, organizado por la Universidad Alberto Hurtado, durante los días 4 y 5 de septiembre de 2018.

**ABSTRACT:** *The paper reviews the consumer's legal remedies against lack of conformity with the contract in sales of consumer goods and contracts for the supply of digital content. Two recent proposals for directives are studied.*

**PALABRAS CLAVE:** Consumidor. Compraventa. Derecho comunitario. Mercado único digital. Conformidad. Contenido digital.

**KEY WORDS:** *Consumer. Sale of goods. Community law. Conformity with the contract. Digital single market. Digital content.*

**SUMARIO:** I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.—II. LA INSEGURIDAD RESULTANTE DE LAS REGULACIONES CONTENIDAS EN LOS CÓDIGOS CIVILES DECIMONÓNICOS: EL CASO PARADIGMÁTICO DEL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS: 1. SENTIDO DE LAS ACCIONES EDILICIAS. 2. LA NATURALEZA DE LAS ACCIONES REDHIBITORIA Y ESTIMATORIA. 3. EL CARÁCTER ESPECÍFICO O GENÉRICO DEL BIEN COMPRADO COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO DE LAS ACCIONES EDILICIAS Y DE LAS DE INCUMPLIMIENTO. 4. EL PARADIGMA JURISPRUDENCIAL DE DISTINCIÓN: LA ARTIFICIOSA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL *ALIUD PRO ALIO*.—III. EL RÉGIMEN DE CONFORMIDAD Y LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS DEL CONSUMIDOR FRENTE A LOS DEFECTOS DE LOS BIENES: LA DIRECTIVA 1999/44, DE 25 DE MAYO: 1. EL DEBER DE CONFORMIDAD EN LAS VENTAS DE BIENES CORPORALES DESTINADOS AL CONSUMO PRIVADO. 2. LA REGULACIÓN DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS. 3. FALTAS DE CONFORMIDAD IMPUTABLES AL COMPRADOR. 4. PLAZO DE RESPONSABILIDAD Y PLAZO DE PRESCRIPCIÓN.—IV. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 44/99 EN EL DERECHO ESPAÑOL: EL DESPLAZAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS POR EL DEBER DE CONFORMIDAD.—V. LA REGULACIÓN DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS FRENTE A LA FALTA DE CONFORMIDAD EN EL TRLGDCU: 1. REMEDIOS PRIMARIOS: A. *La opción entre reparación o sustitución y sus límites:* a) La noción de imposibilidad. b) La noción de desproporción. B. *La gratuidad de la puesta en conformidad.* C. *La posibilidad de variar la modalidad de cumplimiento forzoso elegida, cuando no resulta exitosa.* 2. REMEDIOS SUBSIDIARIOS: A. *Supuestos:* a) La imposibilidad de llevar a cabo la puesta en conformidad. b) El transcurso de un plazo razonable. c) La falta de la puesta de conformidad «sin mayores inconvenientes». d) El propósito de no proceder a la puesta en conformidad del bien defectuoso. B. *La conveniencia procesal de que el consumidor que ejercita la resolución del contrato pida subsidiariamente la reducción del precio.* C. *La reducción del precio y su compatibilidad con el resarcimiento de daños*

y perjuicios. D. La resolución del contrato: a) La noción «de escasa importancia» de la falta de conformidad. b) La falta de entrega de la cosa comprada. c) Falta de conformidad y *aliud pro alio*.—VI. EL RESULTADO DE LA TRASPOSICIÓN: ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?: 1. LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE 2009. 2. LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL, ELABORADA POR LA ASOCIACIÓN DE DERECHO CIVIL DE 2016. 3. EL LIBRO VI DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA.—VII. PROPUESTA DE DIRECTIVA, DE 31 DE OCTUBRE DE 2017, RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE BIENES: 1. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL VENDEDOR Y EL CONOCIMIENTO DE LA FALTA DE CONFORMIDAD POR PARTE DEL COMPRADOR. 2. LA PERSISTENCIA DE LA JERARQUIZACIÓN DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS. 3. LA OPCIÓN DEL COMPRADOR ENTRE LA SUSTITUCIÓN Y LA REPARACIÓN: LA CONFIRMACIÓN DE LA LECTURA DE LA DESPROPORCIÓN EN CLAVE RELATIVA. 4. LA EXCLUSIÓN DEL REQUISITO DE QUE LA FALTA DE CONFORMIDAD NO SEA DE ESCASA ENTIDAD PARA PODER RESOLVER EL CONTRATO. 5. LA POSIBILIDAD DE ACUDIR A LOS REMEDIOS SUBSIDIARIOS, CUANDO SOLO UNA DE LAS MODALIDADES DE CUMPLIMIENTO FORZOSO SEA IMPOSIBLE. 6. LA FACULTAD DE SUSPENDER EL PAGO DEL PRECIO MIENTRAS SE LLEVA A CABO LA PUESTA EN CONFORMIDAD DEL BIEN. 7. LA AMPLIACIÓN A DOS AÑOS DEL PLAZO DE PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD. 8. LA DESAPARICIÓN DE LA POSIBILIDAD DE QUE LAS LEGISLACIONES ESTABLEZCAN LA EXIGENCIA DE UNA NOTIFICACIÓN PREVIA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD. 9. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA GRATUIDAD DE LA PUESTA EN CONFORMIDAD EN EL CASO DE SUSTITUCIÓN. 10. LA ADMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN MEDIANTE NOTIFICACIÓN EXTRAJUDICIAL. 11. REGULACIÓN DE CIERTOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO.—VIII. PROPUESTA DE DIRECTIVA, DE 9 DE OCTUBRE DE 2015, RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES: 1. LA IMPOSIBILIDAD DE QUE EL CONSUMIDOR OTE POR LA MODALIDAD DE PUESTA EN CONFORMIDAD. 2. LA EXIGENCIA DE QUE LA FALTA DE CONFORMIDAD AFECTE A LAS CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE FUNCIONAMIENTO PARA PODER RESOLVER EL CONTRATO. 3. LA INEXISTENCIA DE PLAZOS DE GARANTÍA Y DE INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA. 4. NORMAS RELATIVAS AL EJERCICIO Y EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN. 5. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS AL ENTORNO DIGITAL DEL USUARIO.—IX. CONCLUSIONES.

## I. CONSIDERACIONES PRELIMINARES

El 9 de diciembre de 2015 se presentaron dos Propuestas de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo que se enmarcan en el progresivo camino emprendido por la Unión Europea hacia la unificación del Derecho contractual, incidiendo sobre dos figuras contractuales clave en la economía moderna<sup>1</sup>.

Se trata de la Propuesta relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes<sup>2</sup> (PDirCL) y de la Propuesta relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales<sup>3</sup> (PDirSCD).

En sus respectivas Exposiciones de Motivos se explica que «El objetivo general de las propuestas consiste en contribuir a un crecimiento más rápido de las oportunidades que brinda la creación de un verdadero Mercado Único Digital, en beneficio de los consumidores y las empresas. Al eliminar los principales obstáculos relacionados con el derecho contractual que entorpecen el comercio transfronterizo, la normativa presentada en las propuestas reducirá la incertidumbre a la que se enfrentan las empresas y los consumidores por la complejidad del marco jurídico y los costes en que incurren las empresas como consecuencia de las diferencias en materia de derecho contractual entre los Estados miembro».

Su finalidad es, pues, clara, ofrecer una regulación unitaria y ordenada del sistema de remedios con que cuenta el consumidor frente a las faltas de conformidad de los bienes adquiridos en compraventas no presenciales y las que afectan a los contenidos digitales, con el fin de evitar incertidumbres y reducir costes de adaptación de las empresas a las respectivas legislaciones nacionales de los consumidores, favoreciendo, así, la contratación transfronteriza y, con ella, la circulación y el incremento de riqueza.

Las propuestas, sin duda, merecen una valoración positiva, pues profundizan en el camino emprendido por la Directiva 1999/44, de 25 de mayo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo; e, incluso, podrían parecer ambiciosas<sup>4</sup>, aunque, no lo son tanto, si se tiene en cuenta que fueron precedidas de una Propuesta de Reglamento Comunitario, de 11 de octubre de 2011<sup>5</sup> (CESL, por sus siglas en inglés), relativo a una normativa común de compraventa europea, el cual tenía como finalidad establecer una regulación mucho más completa de las transacciones (aunque solo transfronterizas) de compraventa de bienes, de suministro de contenidos digitales y de prestación de servicios relacionados (art. 1.1), la cual, no solo era aplicable a los contratos celebrados con consumidores, sino también con pequeñas y medianas empresas (art. 7)<sup>6</sup>.

No obstante, el Reglamento tenía un gran inconveniente: la regulación que establecía, si bien abarcaba «todo el ciclo de vida de un contrato», no tenía carácter imperativo, sino facultativo, desde el momento en que su aplicación requería el acuerdo entre las partes de sujetarse a ella (art. 8). En su Exposición de Motivos se explicaba, así: «La normativa común de compraventa europea será un segundo régimen de Derecho contractual dentro de los ordenamientos jurídicos de los distintos Estados miembro. Cuando las partes hayan acordado utilizar la normativa común de compraventa europea, sus normas serán las únicas normas nacionales aplicables en relación con las cuestiones que entran dentro de su ámbito de aplicación. Cuando una cuestión tenga cabida en el ámbito

de aplicación de la normativa común de compraventa europea, no existe pues margen para la aplicación de ninguna otra norma nacional».

Frente a ello, la PDirCL y la PDirSCD, como se dice en sus respectivas Exposiciones de Motivos «abandonan el enfoque de un régimen opcional y de un conjunto exhaustivo de normas. En lugar de ello, las propuestas contienen un conjunto de normas específicas y plenamente armonizadas».

Siguen, pues, el principio de proporcionalidad, en el sentido de que no regulan todos los aspectos relativos a los contratos que contemplan, centrándose, tan solo, en armonizar las normas que disciplinan el régimen de conformidad y los remedios jurídicos con que cuenta el consumidor en caso de falta de aquella, así como la modalidad de ejercicio de los mismos. Por lo tanto, no afectarán a las normas nacionales «sobre la celebración, la validez o los efectos de los contratos, incluidas las consecuencias de la resolución de un contrato» (art. 1.IV PDirCL y art. 1 PDirSCD).

Pero, en cambio, la regulación que establecen, si bien se proyecta sobre un reducido número de aspectos del contrato, no tiene carácter facultativo, sino imperativo (art. 18 PDirCL y PDirSCD). En las Exposiciones de Motivos se explica que «Un instrumento de carácter no vinculante, como un contrato modelo voluntario, no podría alcanzar el objetivo de mejorar el establecimiento y el funcionamiento del mercado interior. Los comerciantes seguirían estando obligados a cumplir las diferentes normativas nacionales imperativas del país del consumidor, cuando en este se prevea un nivel más elevado de protección de los consumidores que en el contrato modelo, y seguirían por tanto haciendo frente a costes superiores relacionados con el derecho contractual».

Además, a diferencia de lo que acontece con la Directiva 1999/44, de 25 de mayo, la armonización que se propone no es de mínimos, sino de máximos: «La propuesta —se explica en las Exposiciones de Motivos— se basa en la plena armonización de determinados derechos contractuales esenciales de los consumidores. Por ello, creará un conjunto único de normas que garanticen el mismo nivel elevado de protección de los consumidores en el conjunto de la Unión Europea, permitiendo al mismo tiempo que los comerciantes realicen ventas en todos los Estados miembro ateniéndose a los mismos términos contractuales». Como consecuencia de ello, «Los Estados miembro no podrán mantener o introducir disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un nivel diferente de protección de los consumidores» (art. 3 PDirCL y art. 4 PDirSCD).

Sin embargo, no todo son virtudes. En particular, la Propuesta DirCL tiene, como principal defecto, el dejar fuera de su ámbito de aplicación las compraventas presenciales, las cuales, por lo tanto, seguirán siendo reguladas por la Directiva 1999/44, de 25 de mayo, dando lugar a una duplicidad de regímenes legales (según que las compras sean presenciales o a distancia) de difícil justificación, si lo que se quiere evitar son fragmentaciones jurídicas que obstaculicen las operaciones comerciales.

De hecho, en la propia Exposición de Motivos de la PDirCL se llama la atención sobre este extremo, justificándolo en que es necesario «actuar rápidamente en relación con la compraventa en línea de bienes», pero se reconoce que «la armonización de la normativa sobre las ventas a distancia puede conllevar el riesgo de que haya normas relativas a las ventas a distancia que sean diferentes de las normas relativas a las ventas presenciales», por lo que, «Teniendo en cuenta la creciente importancia del modelo de distribución omnicanal (es decir, vender al mismo tiempo a través de múltiples canales, por ejemplo, directamente en una tienda, en línea u otro tipo de ventas a distancia), la Comisión adoptará medidas para evitar que esto se produzca y garantizar que los consumidores y comerciantes puedan confiar realmente en un marco jurídico coherente que sea fácil de aplicar en cualquier país de la UE».

La insatisfacción generalizada respecto a la dualidad legislativa resultante de la PDirCL<sup>7</sup> ha hecho que, posteriormente, haya sido formulada otra Propuesta de Directiva, con fecha de 31 de octubre de 2017, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (PDirCOM)<sup>8</sup>, en la que se opta por establecer una regulación única del contrato de compraventa por cuanto concierne al régimen jurídico de la conformidad y al sistema de remedios del consumidor, para lo cual se propone la derogación de la Directiva 1999/44, de 25 de mayo<sup>9</sup>.

En la Exposición de Motivos de la PDirCOM se explica así el cambio: «A la luz de la rapidez de la evolución tecnológica y comercial debido a la digitalización, la Comisión, en su propuesta original, pretendía abordar urgentemente los principales obstáculos que dificultan el comercio transfronterizo. Presentó, por consiguiente, como cuestión prioritaria, una propuesta que abordaba únicamente las ventas en línea y otras ventas a distancia de bienes». Pero se constata que «Las diferencias entre las legislaciones contractuales nacionales sobre consumo afectan también a las empresas y a los consumidores que realizan ventas presenciales transfronterizas» y que los comerciantes que venden o consideran la venta transfronteriza presencial también se ven afectados por la incertidumbre y los costes resultantes de las diferencias entre las normativas contractuales nacionales, que, a su vez, suponen una reducción de las ventas transfronterizas, así como menos posibilidades de elección y precios menos competitivos para los consumidores»<sup>10</sup>.

En definitiva, se extiende la regulación de la PDirCL de 2015, la cual queda prácticamente inalterada, a las ventas presenciales.

## II. LA INSEGURIDAD RESULTANTE DE LAS REGULACIONES CONTENIDAS EN LOS CÓDIGOS CIVILES DECIMONÓNICOS: EL CASO PARADIGMÁTICO DEL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS

La pluralidad de respuestas, típica de los códigos decimonónicos, se traduce en una notable inseguridad sobre el remedio jurídico aplicable en el caso concre-

to<sup>11</sup>, lo que se constata perfectamente cuando se trata de coordinar las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos, reguladas en sede de compraventa, con las generales de incumplimiento, ubicadas entre las disposiciones generales de las obligaciones y contratos.

La dificultad para llevar a cabo dicha coordinación no puede resolverse, si más, mediante la aplicación de la regla, según la cual la ley especial excluye la ley general, sencillamente, porque las acciones de saneamiento no son acciones de incumplimiento.

## 1. SENTIDO DE LAS ACCIONES EDILICIAS

Las normas que disciplinan el saneamiento por vicios ocultos tienen su origen en el Derecho romano, concretamente, en la venta en mercados públicos de esclavos y animales, aunque posteriormente acabaran generalizándose<sup>12</sup>. Sin embargo, su presupuesto (y el de la consiguiente responsabilidad objetiva del vendedor que de dicha disciplina deriva) fue siempre la venta de cosa específica, respecto de la cual, desde la óptica de los códigos civiles decimonónicos de inspiración francesa (y, por tanto, en este punto, romana), la existencia en ella de vicios ocultos no implica un cumplimiento defectuoso de la obligación de entrega.

Dicho de otro modo, la obligación de saneamiento no delimita el objeto de la obligación de entrega, sino que este viene determinado (en el derecho codificado español) por el artículo 1468.I del Código civil, a cuyo tenor el vendedor ha de poner en poder y posesión del comprador la cosa vendida «en el estado en que se hallaba al perfeccionarse el contrato». De este precepto se deduce que solo cuando el vendedor pone en poder y posesión del comprador una cosa distinta a la que efectivamente vendió puede hablarse de un defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega: ej., vende el caballo «X» y entrega el caballo «Y», o vende el fundo «X» y entrega el fundo «Y». Por el contrario, si el vendedor pone en poder y disposición del comprador la cosa vendida con los vicios que esta tenía cuando se celebró del contrato, no existirá un defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega, ya que este caso, existirá una perfecta identidad entre lo vendido y lo entregado.

Ciertamente, la presencia en la cosa vendida de un vicio oculto provocará la pérdida o disminución de la utilidad que el comprador pretendía extraer de ella. Pero dicha pérdida o disminución de utilidad no será debida a un defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega, sino que será consecuencia de la presencia en la cosa vendida de un vicio oculto, preexistente al tiempo de la celebración del contrato, circunstancia esta, que nada tiene ver con la correcta o incorrecta ejecución de una obligación contractual. El defecto no estará, pues, en la prestación que el vendedor realiza (este entrega exactamente lo que debe),

sino en la cosa misma, que ya era defectuosa cuando fue comprada. Por ello, las acciones que el comprador podrá ejercitar en este supuesto no serán las de incumplimiento, sino las edilicias, con el fin de obtener un reequilibrio de las prestaciones, mediante una rebaja proporcional del precio pactado, e, incluso, la rescisión del contrato, si el vicio es grave<sup>13</sup>.

## 2. LA NATURALEZA DE LAS ACCIONES REDHIBITORIA Y ESTIMATORIA

Hay, pues, que reiterar que las acciones edilicias no son remedios frente a una situación de incumplimiento.

a) La acción redhibitoria no es una acción resolutoria especial, sino una acción rescisoria<sup>14</sup>, que se fundamenta en la lesión que experimenta el comprador de una cosa en la que preexiste un vicio oculto y grave, que la hace inútil para el uso al que pretende destinarla, o que tiene un defecto de tal entidad, que, de haberlo conocido antes de comprarla, no la habría adquirido.

b) La acción estimatoria o *quantum minoris*, al menos, en su concepción originaria, tampoco es una acción de incumplimiento<sup>15</sup>. Su finalidad no es la de que el comprador de la cosa defectuosa pueda obtener una indemnización de daños y perjuicios en razón de los vicios de los que la cosa adolece, sino la de mantener íntegro el sinalagma y el equilibrio de las prestaciones, el cual resulta alterado por la presencia de un vicio que, al disminuir las utilidades que pueden extraerse de la cosa, hace excesivo el precio de venta pactado. Es, en definitiva, una acción a través de la cual se concede al comprador la facultad de imponer al vendedor una modificación unilateral del contenido del contrato, mediante una rebaja proporcional del precio, de modo que este corresponda a lo que la cosa realmente valía en el mercado con los vicios que le afectaban al tiempo de celebrarse el contrato.

A lo dicho, hay que añadir que el régimen del saneamiento no concede al comprador la posibilidad de pedir la sustitución o reparación de la cosa en la que concurre el vicio, mediante una acción de rectificación, acción esta, que constituye un remedio jurídico típico en los casos de incumplimiento motivados por la ejecución de una prestación defectuosa.

## 3. EL CARÁCTER ESPECÍFICO O GENÉRICO DEL BIEN COMPRADO COMO CRITERIO DE DETERMINACIÓN DE LOS SUPUESTOS DE HECHO DE LAS ACCIONES EDILICIAS Y DE LAS DE INCUMPLIMIENTO

¿Cómo distinguir, entonces, los respectivos supuestos de hecho de las acciones edilicias y las de incumplimiento?

En la venta de cosa específica el vendedor cumple la obligación de entrega, cuando pone en poder y disposición del comprador el concreto bien señalado en



el contrato. Sin embargo, en la de cosa genérica, para poder cumplir la obligación de entrega, el vendedor habrá de proceder previamente a la especificación, esto es, a la individualización de un bien que pertenezca al género descrito, o lo que es lo mismo, a la elección de un bien que se ajuste a las referencias cualitativas que resulten de las previsiones contractuales, convenientemente integradas por los usos y por la buena fe (art. 1258 CC), lo que permitirá dar relevancia a aquellas cualidades que, aunque no hayan sido expresamente previstas en el contrato, no obstante, han sido implícitamente presupuestas por las partes, y, por ende, han sido tácitamente incorporadas a la causa del contrato.

La regularidad de la especificación repercutirá, sin duda, en la de la obligación de entrega. Si al proceder a la especificación, el vendedor elige una cosa en la que no concurren las cualidades expresa o tácitamente incorporadas por las partes a la causa del contrato, obviamente, no podrá cumplir correctamente la obligación de entrega, ya que habrá elegido un bien que carece de aptitud para ser objeto del contrato.

En realidad, tales cualidades alcanzan en la compraventa de cosa genérica una significación bien diversa que en la de cosa específica. En la de cosa específica, las cualidades previstas en el contrato o las presupuestas por las partes al tiempo de su celebración, tienen, exclusivamente, «virtualidad caracterizadora», esto es, afectan al modo de ser de la cosa vendida, que es siempre la designada en el contrato. Si yo compro el fundo «X» con la convicción de que es apto para edificar y resulta que no lo es por impedirlo la normativa urbanística, dicho fundo carecerá de una cualidad prevista en el contrato, la edificabilidad, pero, sin duda, seguirá siendo el mismo. No habrá en él una variación sustancial, por lo que el comprador no podrá ejercitar las acciones de incumplimiento, invocando un defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega, sino la acción de anulación por error sobre una cualidad determinante de la prestación del consentimiento (la edificabilidad del fundo), siempre que tal error fuera excusable; y, así mismo, la acción redhibitoria o la estimatoria, ya que la ausencia de dicha cualidad implicará también la presencia en la cosa vendida de un vicio grave, preexistente al tiempo de la conclusión del contrato, que, si es oculto, facultará al comprador para demandar la rescisión o una rebaja proporcional del precio.

Por el contrario, en las compraventas de cosa genérica las cualidades previstas o presupuestas por las partes no se limitan a tener una función caracterizadora, sino que tienen «virtualidad individualizadora» del objeto del contrato, ya que son dichas cualidades las que lo determinan. Así pues, si el vendedor no pone en poder y posesión del comprador un bien que guarde total y absoluta correspondencia con la referencia cualitativa resultante de la reglamentación contractual, no entregará lo debido, situación esta, que no dará lugar al ejercicio de la acción de anulación por error, ni tampoco al de las acciones edilicias, ya que, en este supuesto, la insatisfacción del comprador no derivará del hecho de haber

adquirido una cosa en la que concurriera un vicio oculto preexistente al tiempo de la celebración del contrato (o lo que es lo mismo, una cosa en la que faltara una cualidad incorporada a la causa del negocio), sino de la circunstancia de no haber cumplido el vendedor correctamente la obligación de entrega. El defecto no estará, pues, en el objeto del contrato, sino en la ejecución de la obligación de entrega, razón por la cual el comprador podrá ejercitar las acciones generales de incumplimiento, con las cuales podrá demandarse la sustitución o reparación de la cosa recibida y, en su caso (dependiendo de la entidad del defecto), la resolución del contrato, así como una indemnización de daños y perjuicios, conforme a lo dispuesto en los artículos 1101 y siguientes del Código civil.

Por ello, parece que el criterio para determinar el supuesto de hecho de las acciones edilicias y de las de incumplimiento ha de ser, según he expuesto, el del carácter específico o genérico del bien vendido. A ello, podría replicarse que, desde un punto de vista práctico, lo que el Derecho debe solucionar es la insatisfacción que experimenta el comprador, a quien se entrega una cosa defectuosa; y que para dicho comprador es indiferente que dichos defectos preexistieran en la cosa al tiempo de ser adquirida o, por el contrario, fueran consecuencia de una inadecuada ejecución de la obligación de entrega, por lo que no debiera existir un tratamiento jurídico diferenciado de ambos supuestos. Sin embargo, lo cierto es que el legislador ha establecido una pluralidad de remedios jurídicos en favor del comprador, que ineludiblemente hay que coordinar; y, en tanto no se produzca una intervención legislativa que ponga fin a esta situación, entiendo que la solución que propongo, es la mejor de las posibles. Esto —insisto— en tanto no se produzca en el Código civil una reforma en línea con lo ya establecido en el TRLGDCU, aprobado por el Real Decreto Legislativo de 1/2007, de 16 de noviembre, el cual, siguiendo a la Directiva 99/44, ha suprimido el régimen del saneamiento por vicios ocultos en su ámbito de aplicación.

#### 4. EL PARADIGMA JURISPRUDENCIAL DE DISTINCIÓN: LA ARTIFICIOSA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL *ALIUD PRO ALIO*

En el Código civil español (como en los derechos continentales tradicionales), en el caso de existencia de vicios ocultos materiales, se le atribuyen al comprador las denominadas acciones edilicias, esto es, la redhibitoria o rescisoria y la estimatoria o *quantum minoris* (cfr. arts. 1484 y sigs. CC).

Sin embargo, junto a esta regulación específica, que, en la práctica, debido a los reducidos plazos de caducidad a los que se sujetan las acciones edilicias (6 meses en las compraventas civiles y 40 días en las compraventas mercantiles, según resulta de los arts. 1490 CC y 342 CCo), ha llegado a ser casi inoperante, existe la que resulta de las disposiciones generales del contrato, las

cuales conceden a todo acreedor, que se ve perjudicado por una situación de incumplimiento, las acciones de resolución (si aquel es grave), de cumplimiento forzoso y, en su caso, de indemnización de daños y perjuicios (arts. 1001 y 1124 CC). Dado que estas acciones están sujetas a amplios plazos de prescripción (5 años actualmente, según resulta del artículo 1964 del Código civil, en la redacción dada al precepto por la disposición final 1 de la Ley 42/2015, de 5 de octubre), la jurisprudencia suele acudir a ellas, cuando el comprador ha perdido las acciones edilicias, por haber transcurrido el breve plazo de caducidad previsto para su ejercicio.

Esta superposición de regulaciones provoca una indeseable seguridad jurídica, ya que coloca a los jueces en la tesitura de decidir si las acciones ejercitables por el comprador de la cosa son las edilicias o, por el contrario, las de incumplimiento, cuestión esta, que no es una pura elucubración teórica, sino que tiene repercusiones prácticas: dado que normalmente, cuando el comprador acude a los Tribunales, ha transcurrido ya el plazo de ejercicio de las acciones edilicias, la única manera posible de estimar su pretensión es la de permitirle acudir a las acciones generales de incumplimiento.

Por ello, la jurisprudencia, con el fin de proteger al comprador, cuyas pretensiones no pueden encauzarse a través del ejercicio de las acciones edilicias, por haber estas caducado, ha acogido la doctrina del *aliud pro alio*, que, en esencia, consiste en la ficción de entender que el vendedor entrega una cosa distinta a la debida, no solo cuando pone en poder y disposición del comprador un bien materialmente distinto al vendido, sino también cuando la cosa que se le entrega es absolutamente inútil para el fin al que se la destina, por carecer de las cualidades previstas en el contrato o presupuestas por las partes al tiempo de su celebración, en cuyo caso permite al comprador ejercitar las acciones de incumplimiento en el amplio plazo de cuatro años previsto en el artículo 1964 del Código civil<sup>16</sup>.

El *aliud pro alio* se concibe, pues, como un concepto complejo, que presenta una doble acepción, material y funcional.

En su acepción material, engloba los casos en que se entrega una cosa diversa en su identidad física a la prevista en el contrato, lo que, en puridad, solo es posible en los casos de venta de cosa específica. P. ej., se vende el fundo «X» y se entrega el fundo «Y». Se vende el caballo «A» y se entrega el caballo «B».

En su acepción funcional abarca aquellos casos en que la cosa entregada resulta funcionalmente incapaz de desempeñar el destino económico-social a que se la destina y, por ende, de satisfacer aquellas concretas necesidades que indujeron al comprador a efectuar su adquisición<sup>17</sup>. Por ejemplo, se entregan unas máquinas para fabricar calzados, que resultan inservibles para su uso, por lo que no se puede abrir la industria destinada a tal fin<sup>18</sup>; el aceite comprado tiene un contenido de «Delta 7 Estigmasterol» superior al 5%, lo que impide que pudiera ser considerado de oliva, en orden a su exportación<sup>19</sup>; el papel en-

tregado, por carecer de resistencia a la humedad, no puede servir a la finalidad de transformarlo en etiquetas para adherirlas a botellas de vino<sup>20</sup>; o la nave en la que se halla el negocio comprado, de fabricación de pasta de papel, presenta proceso de oxidación o corrosión de las armaduras de hormigón pretensado iniciado desde su misma construcción, como consecuencia de lo cual se derrumba el techo de la misma, con daños en la maquinaria, que impiden la reanudación de su explotación<sup>21</sup>.

Se comprende, pues, que se plantee el problema de delimitar cuándo procede aplicar la doctrina del *aliud pro alio* (y por ende las acciones generales de incumplimiento) y cuando la obligación de saneamiento por vicios ocultos (y, en consecuencia, las acciones edilicias)<sup>22</sup>.

La jurisprudencia actualmente prevalente se orienta en el sentido de entender que los supuestos de hecho de las acciones de incumplimiento y de las acciones edilicias son distintos, atendiendo a la gravedad del defecto para determinar el remedio jurídico aplicable<sup>23</sup>.

Teóricamente, la distinción está clara: los defectos que, por determinar la inutilidad total de la cosa para el uso al que se la destina, encuentran encaje en la categoría del *aliud pro alio*, no son vicios ocultos, sino que dan lugar a un defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega, razón por la cual, concurriendo aquellos, el comprador no puede ejercitar las acciones edilicias, sino, exclusivamente, las de incumplimiento.

Sin embargo, esta distinción no resiste el menor examen crítico<sup>24</sup>.

a) Parece que la jurisprudencia ha logrado establecer supuestos de hecho diferenciados para el ejercicio de las acciones edilicias y el de las acciones de incumplimiento, ligando las primeras a la existencia en la cosa vendida de un vicio oculto preexistente al tiempo de la celebración del contrato, y las segundas a la presencia en la cosa entregada de un defecto, de tal entidad, que la hace inútil para el uso al que se la destina (*aliud pro alio*). No obstante, este logro es más teórico que real, ya que el Tribunal Supremo, al delimitar la categoría del *aliud pro alio*, utiliza un criterio semejante al que emplea el artículo 1484 del Código civil, al establecer el requisito de la gravedad, que debe concurrir en los vicios ocultos, a fin de que puedan ser calificados como redhibitorios, y por ende autoricen al comprador para demandar la rescisión del contrato.

El Supremo entiende, así, que nos encontramos ante un supuesto de *aliud pro alio* (en sentido funcional) cuando el defecto determina que la cosa entregada «resulte totalmente inhábil para el uso a que va destinada», «inutilidad absoluta que debe hacer inservible la entrega efectuada, hasta el punto de frustrar el objeto del contrato», con la consiguiente insatisfacción del comprador. Pero, conforme al artículo 1484 del Código civil, cabe considerar como grave todo vicio de la cosa que la hace «impropia para el uso a que se la destina o disminuya de tal modo ese uso, que de haberlos conocido el comprador no la habría adquirido». Si, además, se tiene, en cuenta que la jurisprudencia concibe el vicio en sentido

funcional, esto, en atención a los concretos propósitos prácticos perseguidos por las partes con la celebración del contrato, resulta evidente que hay una superposición de la categoría del vicio redhibitorio con la del *aliud pro alio* (entendida también esta en sentido funcional)<sup>25</sup>.

b) La distinción entre vicio oculto y *aliud pro alio* no se utiliza siempre con la finalidad de proteger al comprador, que ha perdido la posibilidad de ejercitar las acciones edilicias por trascurso del plazo del artículo 1490 del Código civil.

En ocasiones la calificación de un defecto de la cosa entregada como un vicio oculto es un cómodo expediente práctico para que los tribunales puedan desestimar una demanda de resolución, de sustitución o reparación de la cosa entregada, o de indemnización de daños y perjuicios, desde la pura constatación de que, al tiempo de la interposición de la demanda, ya ha transcurrido el plazo de caducidad previsto en el artículo 1490 del Código civil (o en el art. 342 CCc para las ventas mercantiles), lo que les dispensa de entrar en un examen detallado del fondo del asunto. Pero, en realidad, se trata de defectos que difícilmente alcanzarían relevancia «ex» artículo 1484 del Código civil, bien, porque, ni siquiera pueden ser considerados como vicios, ya que no impiden o disminuyen el uso que motivó la adquisición de la cosa, o bien, porque, aun pudiendo ser considerados auténticos vicios, en ellos no concurren los requisitos a los que el referido precepto subordina su relevancia o no puede probarse su existencia, por lo que es muy dudoso que hubiera prosperado la acción rescisoria o la estimatoria, de haber sido estas ejercitadas dentro de plazo<sup>26</sup>.

c) A los reparos conceptuales expuestos en contra de la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* podría replicarse que, no obstante, todas las críticas de las que suele ser objeto, lo cierto es que, a través de ella, los Tribunales han logrado ampliar la protección del comprador de cosa defectuosa, permitiéndole accionar en supuestos en que ya había transcurrido el plazo de las acciones edilicias.

Sin embargo, no es menos cierto que la tutela que la referida doctrina jurisprudencial ofrece al comprador es incompleta, porque, al menos teóricamente, solo le protege cuando en la cosa que se le entrega concurren defectos de tal gravedad, que la hacen absolutamente inútil para el uso al que se la destina, pero no cuando presenta defectos de menor importancia, que no pueden ser subsumidos en la noción del *aliud pro alio* ante los cuales el comprador solamente contará con las acciones edilicias, lo que puede suponer privarle de toda tutela, si, como suele ser frecuente, en el momento de la interposición de la demanda, están ya caducadas.

Este rigor es difícilmente explicable, ya que una cosa es que ante un defecto de pequeña entidad el comprador no pueda demandar la resolución del contrato y, otra cosa, muy distinta, es que no pueda demandar la sustitución o reparación del bien defectuoso o, en su caso, una indemnización de daños y perjuicios en el plazo general de prescripción de quince años, al que están sujetas las acciones de incumplimiento, quedando condenado a acudir a las ac-

ciones redhibitoria o estimatoria, quizá ya caducadas al tiempo de su ejercicio. De hecho, los propios Tribunales, por razones de justicia material, y con el fin de evitar la aplicación del plazo de caducidad de las acciones edilicias, en numerosos ocasiones, flexibilizan la noción de *aliud pro alio*, subsumiendo en ella defectos, que, si bien suponen la ausencia en ella de cualidades previstas en el contrato o presupuestas por las partes, difícilmente, puede considerarse que determinan la total inutilidad de la cosa entregada, sobre todo, si lo que se persigue el comprador no es la resolución del contrato.

### III. EL RÉGIMEN DE CONFORMIDAD Y LA UNIFICACIÓN DEL RÉGIMEN LEGAL DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS DEL CONSUMIDOR FRENTE A LOS DEFECTOS DE LOS BIENES: LA DIRECTIVA 1999/44, DE 25 DE MAYO

La Directiva 99/44, de 25 de mayo, influenciada por la Convención de Viena<sup>27</sup>, respecto de las compraventas en ella reguladas (las de bienes corpóreos a compradores que tienen la condición de consumidor), acaba con la inseguridad jurídica imperante en los sistemas continentales europeos, fruto de la superposición de una diversidad de remedios jurídicos procedentes de la tradición histórica en favor del comprador de cosa defectuosa, los cuales, como hemos visto, no logran ser armonizados de manera satisfactoria<sup>28</sup>.

#### 1. EL DEBER DE CONFORMIDAD EN LAS VENTAS DE BIENES CORPORALES DESTINADOS AL CONSUMO PRIVADO

La Directiva establece una regulación unitaria de las consecuencias a las que puede dar lugar la existencia de cualquier tipo de defectos (aunque no contempla los de carácter jurídico<sup>29</sup>), lo que se traduce en una indudable simplificación y, lo que es más importante, en una innegable seguridad jurídica: desaparece, pues, la vieja dicotomía entre el saneamiento por vicios ocultos y el incumplimiento<sup>30</sup>.

Dicha regulación impone al vendedor el deber de entregar al comprador un bien conforme al contrato (art. 3). No se trata, pues, tan solo de que el vendedor deba soportar el riesgo de que en la cosa exista un vicio oculto (como sucede en los viejos sistemas basados en la tradición histórica procedente del Derecho romano), sino que asistimos a algo más profundo: el deber de entregar un bien exento de defectos materiales se integra ahora en el contenido mismo del contrato, por lo que la existencia en la cosa de un defecto que suponga la ausencia en ella de una cualidad pactada o presupuesta por las partes, es considerada como un supuesto de cumplimiento defectuoso, concediéndose, en consecuencia, al

comprador las acciones típicas a que, en general, da lugar el incumplimiento, entre las que está la de cumplimiento forzoso.

El deber de conformidad alcanza a las cualidades y prestaciones del bien que el consumidor «puede fundadamente esperar», en virtud «de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado» (art. 2.2.d)<sup>31</sup>, salvo, respecto de estas últimas declaraciones, que demuestre que la desconocía y no cabía razonablemente esperar que la conociese, que habían sido corregidas en el momento de la celebración del contrato o que no pudieron influir en la decisión de comprar el bien de consumo (art. 2.4).

En la falta de conformidad se subsume también la resultante de una defectuosa instalación del bien, «cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad», así como, cuando sea realizada por el comprador, siguiendo instrucciones erróneas del vendedor (art. 2.4).

## 2. LA REGULACIÓN DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS

Hay que advertir que la Directiva 99/44 (a diferencia de lo que pretenden las propuestas de Directiva de 2015 y de 2017) establece una armonización de mínimos, razón por la cual permite a los derechos nacionales establecer disposiciones más favorables al consumidor (art. 8.2). Su contenido es, además, imperativo, por lo que no cabe que los contratantes lo modifiquen en perjuicio del comprador, excluyendo o limitando, directa o indirectamente, los derechos que la Directiva le confiere (art. 8.1). Lo que evidentemente sí es posible es pactar un régimen más favorable, por ejemplo, a través de la concesión de una garantía convencional o adicional, en cuya regulación los Estados miembro deberán respetar las condiciones mínimas establecidas en el artículo 6.

Comoquiera que la trasposición de la Directiva al Derecho español se produjo trasladando, de manera prácticamente automática, el tenor del artículo 3 de la misma, para evitar reiteraciones, me limitaré a destacar que el precepto establece una jerarquización de los remedios jurídicos ejercitables frente al vendedor frente a los defectos de conformidad<sup>32</sup>, debiendo el comprador acudir, en primer lugar, al cumplimiento forzoso (sustitución o reparación de la cosa defectuosa), siempre que ello sea posible, de modo que la reducción del precio o la resolución del contrato son mecanismos de tutela subsidiarios, que solo cabe ejercitar cuando el cumplimiento forzoso no se hubiera llevado a cabo en tiempo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor<sup>33</sup>. La resolución se supedita, en todo caso, a que la falta de conformidad no sea «de escasa importancia» (art. 3.6).

La acción de indemnización de daños y perjuicios no se regula en la Directiva, por lo que queda sometida a legislación de cada Estado (8.1.), probablemente, porque, en la mayoría de las legislaciones se trata de un medio de tutela que no se hace depender del mero hecho objetivo del incumplimiento, que es el dato al que se atiende el supuesto de la falta de conformidad y cuya constatación permite acudir a los remedios jurídicos en ella regulados, sino que se suele exigir un criterio de imputación asociado a un comportamiento negligente del deudor.

Constaré, eso sí, la llamativa circunstancia de que entre los remedios jurídicos se incluya la reducción del precio. Se sigue, en este punto, a la Convención de Viena (art. 50 CISG), que, en un contexto influenciado por el Derecho anglosajón, quiso, no obstante, mantener una solución propia de los sistemas continentales europeos, plasmado en la vieja acción romana  *quanti minoris* , que ahora revive como mecanismo de tutela frente a una situación de incumplimiento<sup>34</sup>. Quizás, una vez admitido (tanto en los artículos 74 y sigs. CISG, como en el artículo 8.1 de Directiva, por remisión a las legislaciones nacionales) que el comprador pueda exigir la reparación integral del daño resultante de la falta de conformidad, haya que considerar que la pervivencia de la acción estimatoria constituye un arcaísmo jurídico, desde el momento en que la disminución del valor de bien puede ser considerado una partida de la reparación. No obstante, hay que reconocer que la acción tendría un campo de aplicación propio, cuanto menos, en los casos de ausencia de culpa del vendedor, en los que no cabe exigirle una indemnización por la falta de conformidad<sup>35</sup>.

Conviene resaltar que en los sistemas de inspiración romana hace tiempo que se ha desdibujado la significación originaria de la acción estimatoria: teóricamente su finalidad es rebajar el precio, de modo que este corresponda a lo que la cosa realmente valía en el mercado con los defectos que le afectaban al tiempo de celebrarse el contrato. Sin embargo, al menos en España, en la práctica, es común que los Tribunales fijen la cuantía de la reducción del precio, en atención al coste de las obras de reparación de los defectos de la cosa, por lo que, en definitiva, la jurisprudencia ha convertido este remedio jurídico en una acción de resarcimiento de contenido limitado al pago del importe de las reparaciones necesarias para dejar la cosa vendida en un estado adecuado<sup>36</sup>.

### 3. FALTAS DE CONFORMIDAD IMPUTABLES AL COMPRADOR

La responsabilidad objetiva del vendedor por falta de conformidad se subordina a que la misma no tenga «su origen en materiales suministrados por el consumidor», pues, en tal caso, es él mismo quien la origina, y a que, en el momento de la celebración de contrato, no conociera el defecto que la causa o no pudiera «fundadamente ignorarlo» (art. 2.3).



El precepto trata aquí de favorecer al vendedor, liberándole de la difícil prueba del estado subjetivo de conocimiento de la falta de conformidad por parte del comprador. Cuando el defecto es manifiesto o evidente no es necesario que el vendedor pruebe que el consumidor lo conoció (por ejemplo, aportando un intercambio de correos electrónicos), sino que basta con que demuestre que un comprador medio (no experto) hubiera podido constatar su existencia mediante un examen superficial de la cosa, por lo que, si la adquirió por el precio convenido, es porque le convino (la estipulación de un precio muy inferior al usual en el mercado para el tipo de productos de que se trate puede ser muy indicativo). No es, desde luego, exigible un examen profundo del bien<sup>37</sup>.

#### 4. PLAZO DE RESPONSABILIDAD Y PLAZO DE PRESCRIPCIÓN

La responsabilidad del vendedor cubre los defectos de conformidad que se manifiesten en el plazo de dos años a contar desde la entrega del bien, presumiéndose, con carácter *iuris tantum*, que existían en tal momento, si se exteriorizan durante los seis meses siguientes, «salvo cuando esa presunción sea incompatible con la naturaleza de los bienes o la índole de la falta de conformidad» (art. 5.1).

El artículo 123.1 TRLGDCU sigue este mismo plazo de responsabilidad, de dos años a contar desde la entrega, si bien prevé que en los productos de segunda mano pueda pactarse un plazo menor, que no podrá ser inferior a un año. Mantiene, así mismo, el plazo de inversión de la carga de la prueba, de seis meses, el cual es también aplicable a los bienes de segunda mano. Siendo la presunción *iuris tantum*, obviamente, puede ser desvirtuada por el vendedor mediante prueba en contrario, por ejemplo, que la rotura del motor del vehículo fue debida a una conducción con exceso de revoluciones y a la falta de aceite, por mal mantenimiento<sup>38</sup>.

La Directiva no prevé un plazo de prescripción de las acciones por ella reguladas, aunque establece que, si las legislaciones nacionales lo contemplan este, «no podrá ser inferior a dos años desde la entrega del bien» (5.1). El artículo 123.4 TRLGDCU ha fijado, no obstante, un plazo superior, de tres años.

La Directiva contempla que los Estados miembro puedan disponer que, para poder hacer valer sus derechos, los consumidores deban informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde la fecha en que se hubiesen percatado de dicha falta de conformidad (art. 5.2)

En este sentido se ha orientado el artículo 123.5 TRLGDCU, según el cual el consumidor deberá informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses, desde que tuvo conocimiento de ella, si bien precisa que el incumplimiento de dicho plazo «no supondrá la pérdida del derecho al saneamiento que corresponda, siendo responsable el consumidor y usuario, no

obstante, de los daños o perjuicios efectivamente ocasionados por el retraso en la comunicación». Se presume, además, salvo prueba en contrario, que la notificación ha tenido lugar dentro del plazo establecido.

#### IV. LA TRASPOSICIÓN DE LA DIRECTIVA 44/99 EN EL DERECHO ESPAÑOL: EL DESPLAZAMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS POR EL DEBER DE CONFORMIDAD

Comenzaremos, a continuación, el estudio de la trasposición de la Directiva 44/99 al Derecho español, que, como he dicho, ha sido muy fiel a la misma.

La trasposición de la Directiva se produjo a través de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantía en los bienes de consumo, cuya disciplina se halla actualmente subsumida en el TRLGDCU, aprobado por el Real Decreto Legislativo de 1/2007, de 16 de noviembre, que impone al vendedor la obligación de entregar un bien (ahora se habla de producto) que se ajuste a lo pactado o presupuesto por ambas partes en el contrato (art. 114)<sup>39</sup>; y, en caso contrario, permite al comprador (luego veremos, en que orden) ejercitar las acciones de «incumplimiento», a través de las cuales podrá demandar la sustitución o reparación, una rebaja del precio y, en su caso (cuando la falta de conformidad no sea de escasa entidad), la resolución del contrato (art. 118).

En virtud de dicho deber, el vendedor responde de «cualquier falta de conformidad» (art. 114) material que se manifiesten en un plazo de dos años, a contar desde la entrega, si bien, en los productos de segunda mano, podrán pactarse un plazo menor, que no podrá ser inferior a un año desde la entrega; a este plazo se superpone otro, de «prescripción», de las acciones de «incumplimiento», las cuales deberán ejercitarse dentro de los tres años siguientes a la entrega del bien (art. 123). Este régimen legal es inderogable, por lo que no cabe modificarlo en perjuicio del comprador, de modo que no es posible pactar un plazo inferior para el ejercicio de dichas acciones, debiendo considerarse nula una estipulación en tal sentido (art. 86.1.II)<sup>40</sup>.

A mi entender, en el ámbito de las ventas sujetas al TRLDCU, este nuevo régimen de responsabilidad, basado en la falta de conformidad ha desplazado al de saneamiento por vicios ocultos, porque ambos son conceptualmente incompatibles: si se establece un concepto de conformidad que obliga al vendedor a proporcionar un bien con todas las cualidades, expresa o implícitamente pactadas por las partes (o razonablemente esperadas por el comprador), la ausencia en la cosa entregada de una de dichas cualidades supondrá siempre un cumplimiento defectuoso de la prestación. No cabrá, en tal caso, recurrir a la obligación de saneamiento, que ya no existirá, por innecesaria, y por no darse (ni poder dar) el presupuesto sobre el que reposa, esto es, la entrega de un bien, que, aunque

defectuoso, se encuentra en el estado en que se hallaba al tiempo de celebrarse el contrato (art. 1468.I), razón por la cual el vendedor habría cumplido el contrato, si bien, como consecuencia de un defecto preexistente e ignorado, el comprador podría ejercitar las acciones edilicias. Por el contrario, ahora todo vicio oculto del bien será un supuesto de falta de conformidad del mismo, que dará lugar a los remedios propios del incumplimiento.

Así —creo yo— hay que interpretar del tenor de la disposición adicional única de la Ley 23/2003, en cuyo párrafo primero se decía que «El ejercicio de las acciones que contempla esta Ley derivadas de la falta de conformidad será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos en la compraventa»; y lo mismo dice hoy el artículo 117, I del Texto Refundido de 2007<sup>41</sup>.

Sirve de apoyo a esta interpretación la Exposición de Motivos de la ya derogada Ley 23/2003<sup>42</sup> en la que se afirmaba que «La modificación que se lleva a cabo [introduciendo el deber de conformidad] implica crear un régimen específico aplicable a los contratos de compraventa civil de bienes de consumo celebrados entre los consumidores y los vendedores profesionales. El régimen del saneamiento de vicios ocultos en el Código civil permanece inalterado, siendo de aplicación a las compraventas civiles no comprendidas en el ámbito de la Directiva». Y continuaba afirmándose: «En conclusión, las acciones de reparación y sustitución del bien vendido, de rebaja de su precio y de resolución de la compraventa previstas en esta Ley sustituyen el ámbito de las compraventas de bienes de consumo, a las acciones redhibitoria y *quantum minoris* derivadas del saneamiento por vicios ocultos y dejan a salvo las acciones indemnizatorias que asisten a los compradores»<sup>43</sup>.

En cualquier caso, es indiscutible que, por lo menos, desde un punto de vista práctico, en el ámbito de las ventas de bienes destinados al consumo privado, la disciplina del saneamiento por vicios ocultos, ha sido superada por esta nueva regulación, que, no solo faculta para demandar la sustitución o reparación del bien defectuoso, sino que, además, establece plazos (de prescripción) más amplios que el (de caducidad) previsto para el ejercicio de las acciones edilicias. A ello hay que añadir que el artículo 123.1.I del Texto Refundido, presume «que las faltas de conformidad que se manifiesten en los seis meses posteriores a la entrega del producto, sea este nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del producto o la índole de la falta de conformidad»<sup>44</sup>.

Es cierto que el párrafo cuarto de dicho precepto impone al comprador el deber de «informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que tuvo conocimiento de ella», obligación esta, que no exige el Código civil para reclamar por vicios ocultos. Ahora bien, la ausencia de denuncia previa no provoca los efectos a que da lugar en la venta mercantil (pérdida de la posibilidad de ejercitar las acciones edilicias, conforme a lo previsto en el

art. 342 CCo), porque el mencionado precepto, según ya he dicho, en su inciso final, precisa que el incumplimiento del deber de comunicación de la falta de conformidad no supondrá la pérdida de las acciones que correspondan. Creo, en definitiva, que, si en ocasiones, en este tipo de ventas se sigue aplicando la disciplina del saneamiento, cuando la demanda ha sido interpuesta en el plazo del artículo 1490 del Código civil y lo que se pide es la rescisión de contrato (en vez de su resolución) o la reducción del precio, ello se debe a una inercia general de los operadores jurídicos a acudir a la normativa del Código civil, antes que a las leyes especiales.

## V. LA REGULACIÓN DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS FRENTE A LA FALTA DE CONFORMIDAD EN EL TRLGDCU

La regulación de los remedios jurídicos frente a la falta de conformidad, establecida primero por la Ley 23/2003 y actualmente por el TRLGDCU, como ya he apuntado, sigue fielmente la Directiva 44/99, razón por la cual se establece una clara jerarquización entre los remedios primarios y los subsidiarios.

### 1. REMEDIOS PRIMARIOS

El TRLGDCU establece, pues, una clara jerarquía, por lo que el comprador deberá acudir, en primer lugar, al cumplimiento forzoso, por lo que solo puede instar la reducción del precio o la resolución del contrato cuando «no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que estas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario»<sup>45</sup>, quedando supeditada, no obstante, la resolución a que la falta de conformidad no sea de «escasa importancia» (art. 121).

Es, pues, claro el contraste con lo que resulta del artículo 1124.II del Código civil, conforme al cual, existiendo un incumplimiento esencial de una obligación principal del contrato, la parte que hubiera cumplido (o hubiese estado dispuesta a cumplir lo que incumbe) puede elegir libremente el remedio jurídico que estime más conveniente, es decir, pedir directamente la resolución, sin necesidad de acudir, en primer lugar, al cumplimiento forzoso.

La jerarquización de los remedios jurídicos, que otorga primacía al cumplimiento forzoso, ha merecido el favor de la doctrina<sup>46</sup>, pues, de un lado, favorece al vendedor, quien no pierde la ganancia obtenida con la operación; y, de otro, no perjudica al consumidor, pues se le facilita, siempre que sea posible y con carácter gratuito, la satisfacción del interés que pretendió al celebrar el contrato, mediante la reparación o sustitución del bien adquirido, evitándose, además, que pueda pretender soluciones oportunistas no fundadas en el recto propósito de evitar la

frustración de su interés contractual (por ejemplo, la resolución del contrato para lograr la restitución de un bien depreciado por el transcurso del tiempo, como sucede con los automóviles). Desde otro punto de vista, hay que tener en cuenta que la resolución del contrato supone la pérdida de eficacia de una operación que produjo un intercambio generador de riqueza, por lo que existe un interés social a su mantenimiento<sup>47</sup>. Por cuanto concierne a la reducción del precio, es claro que la misma perjudica al vendedor, haciéndole perder ingresos (la parte de precio que no podrá cobrar o, todavía peor, que deberá restituir), en los casos en que le sea posible proceder a la reparación o sustitución sin costes excesivos.

#### *A. La opción entre reparación o sustitución y sus límites*

Si bien se establece la primacía del cumplimiento forzoso, en cambio, el consumidor «podrá optar entre exigir la reparación o la sustitución del producto, salvo que una de estas dos opciones resulte objetivamente imposible o desproporcionada» y, desde el momento en que el consumidor y usuario comunique al vendedor la opción elegida, ambas partes habrán de atenerse a ella» (art. 119.1).

Por lo tanto, el límite de la facultad de opción es que la forma de cumplimiento forzoso que se pretenda no sea objetivamente imposible<sup>48</sup> o desproporcionada.

##### *a) La noción de imposibilidad.*

La sustitución será imposible, cuando no estemos ante un bien genérico, sino específico. De hecho, según el artículo 120.g) TRLDCU, el consumidor no podrá exigir la sustitución «en el caso de productos no fungibles, ni tampoco cuando se trate de productos de segunda mano»; y lo mismo cabe decir, cuando el producto haya dejado de fabricarse o comercializarse.

La reparación será imposible, cuando, por ejemplo, no puedan ya encontrarse repuestos para llevarla a cabo o cuando se trate de un defecto que, por su propia naturaleza, no sea posible subsanar satisfactoriamente: por ejemplo, en el caso en que, como consecuencia de una caída de altura, un aparato de aire acondicionado quede completamente desequilibrado, lo que hace que deba ser desmontado pieza a pieza, no quedando nunca en las mismas condiciones de antes, siendo, además, más barata su sustitución que su reparación<sup>49</sup>.

##### *b) La noción de desproporción.*

El artículo 119.2 TRLGDCU considera «desproporcionada la forma de saneamiento que, en comparación con la otra, imponga al vendedor costes que

no sean razonables, teniendo en cuenta el valor que tendría el producto si no hubiera falta de conformidad, la relevancia de la falta de conformidad y si la forma de saneamiento alternativa se pudiese realizar sin inconvenientes mayores para el consumidor y usuario»; y añade: «Para determinar si los costes no son razonables, los gastos correspondientes a una forma de saneamiento deben ser, además, considerablemente más elevados que los gastos correspondientes a la otra forma de saneamiento».

Parece, por ejemplo, desproporcionado exigir la sustitución del bien, cuando este tiene un pequeño defecto que el vendedor puede reparar fácilmente en un tiempo breve. Se ha negado, así, la demanda de sustitución del comprador de un vehículo dotado de motor Diésel EA 189, que incorporaba un dispositivo de desactivación de emisiones de gases Nox durante la prueba de laboratorio, prohibido por la normativa comunitaria. La demanda había sido presentada dos años después de la adquisición del vehículo, que había recorrido unos 22.000 km. Se consideró que la pretensión de sustitución era desproporcionada, dado que el fabricante había ofrecido la eliminación del dispositivo, sin coste algún, en un periodo aproximado de 40 minutos, constatándose, además, que el valor de mercado del vehículo había disminuido notablemente por el paso del tiempo y su uso<sup>50</sup>.

También es desproporcionado pedir la reparación, cuando sea posible la sustitución inmediata de un bien de escaso valor con un coste mucho más bajo que el resultante de repararlo (piénsese, por ejemplo, en un defecto que afecte a un DVD).

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>51</sup> ha precisado que la desproporción de la que habla el artículo 3.3 de la Directiva y, por ende, el artículo 119.2 TRLGDCU, es una desproporción «relativa», es decir, la que resulta de comparar una forma de cumplimiento forzoso con la otra (reparación con sustitución y viceversa) y no la «absoluta», esto es, la que, en sí misma, provoca costes que no sea razonable asumir (absolutamente desproporcionados) con respecto al valor que tendría el bien, si no fuera defectuoso, y a la importancia de la falta de conformidad de que adolece.

El problema se planteó en Alemania en relación a la compra de una partida de baldosas pulidas al precio de 1.382,27 euros. Tras la colocación de unos dos tercios de dichas baldosas en su casa, el comprador detectó en ellas unos sombreados que podían percibirse a simple vista. En unas diligencias preliminares para la práctica de prueba, instadas por el comprador, el perito designado llegó a la conclusión de que los sombreados aludidos eran unos micro restos de lijado, que no podían desaparecer, por lo que el único medio posible de saneamiento era la sustitución completa de las baldosas. El comprador demandó su sustitución y una indemnización de daños y perjuicios, demanda que fue desestimada en primera instancia, donde obtuvo, exclusivamente, una reducción del precio. En cambio, en segunda instancia, la demanda fue estimada en el

punto relativo a la petición de sustitución, condenándose, además, al vendedor a satisfacer una indemnización de 2.122,37 euros por la retirada y el desecho de las baldosas defectuosas.

El vendedor interpuso un recurso ante el Tribunal Supremo alemán, que, a su vez, planteó una cuestión prejudicial, preguntando acerca de la compatibilidad con la Directiva del § 439.3 *BGB*, conforme al cual el vendedor puede rechazar la forma de ejecución elegida por el comprador, no solo cuando la misma le imponga gastos desproporcionados en relación con la otra forma de ejecución («desproporción relativa»), sino también cuando el coste de la elegida por el comprador, aun siendo la única forma posible, sea intrínsecamente desproporcionada («desproporción absoluta»), que es lo que acontecía en este caso, dado que obligaba al vendedor a hacer frente al pago de 3.300 euros (coste de entrega y de retirada de baldosas no conformes), cantidad que excedía del límite del 150 % del valor del bien libre de defectos.

El Tribunal de Luxemburgo respondió que del tenor del artículo 3.3 de la Directiva resulta patente, que el legislador comunitario «pretendió otorgar al vendedor el derecho a negarse a la reparación o a la sustitución del bien defectuoso únicamente en caso de imposibilidad o de desproporción relativa», por lo que, en consecuencia, «en el supuesto de que resulte posible solo una de estas dos formas de saneamiento, el vendedor no podrá negarse a la única forma de saneamiento que permita poner el bien en conformidad con el contrato».

Ahora bien, matiza esta doctrina, señalando que «por lo que respecta, en particular, a la situación específica a que se refiere el órgano jurisdiccional remitente, en la que la sustitución del bien defectuoso, como única forma de saneamiento posible, entraña gastos desproporcionados debido a la necesidad de retirar el bien no conforme del lugar en el que hubiera sido instalado y de instalar el bien de sustitución, el artículo 3, apartado 3, de la Directiva no se opone a que el derecho del consumidor al reembolso de los gastos relativos a la retirada del bien defectuoso y a la instalación del bien de sustitución se limite, en caso necesario, a una cantidad proporcional a la importancia de la falta de conformidad y al valor que tendría el bien si fuera conforme»; y añade: «En efecto, tal limitación deja incólume el derecho del consumidor a solicitar la sustitución del bien no conforme».

La misma cuestión se ha plantado recientemente en la jurisprudencia de instancia española, en la que una sentencia ha aplicado idéntica solución a un supuesto de venta de un automóvil, el valor de cuya reparación superaba el precio de compra. Dice, así, que «Es opción del comprador reclamar el cumplimiento de la prestación, en este caso la reparación de los defectos» y que, si bien el importe de la reparación es muy costoso, no puede entenderse que exista desproporción, cuando es conocido que «la vendedora se niega a asumir responsabilidad, negando proceda reparación alguna y debiendo ser asumida por el demandante»<sup>52</sup>.

### *B. La gratuidad de la puesta en conformidad*

Cualquiera que sea la forma de cumplimiento forzoso que se elija, la misma será gratuita, debiendo «llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario, habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor y usuario» (art. 120.a y b).

El artículo 120.a TRLGDCU reproduce el tenor del artículo 3.4 de la Directiva 99/44, disponiendo que la gratuidad comprende «los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los productos con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales».

Siguiendo a la Jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, hay que decir que el uso del adverbio «especialmente» en el artículo 3.4. de la Directiva, ha de interpretarse en el sentido de que dicha enumeración presenta un «carácter indicativo y no exhaustivo», ya que la gratuidad tiene como finalidad proteger al consumidor del riesgo de cargas económicas que podrían disuadirlo de hacer valer sus derechos. Por lo tanto, «Dicha garantía de gratuidad querida por el legislador comunitario conduce a excluir toda pretensión económica por parte del vendedor en el marco del cumplimiento de su obligación de puesta en conformidad del bien objeto del contrato». Concretamente, no es posible que el vendedor exija al comprador una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien<sup>53</sup>.

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha precisado también que la gratuidad de la puesta en conformidad exige que el vendedor se haga cargo de la obligación de retirar los bienes sustituidos y de instalar los que los sustituyen (en este caso, una partida de baldosas defectuosas y un lavavajillas averiado). Afirma que, «si en caso de sustitución de un bien no conforme el consumidor no pudiera exigir al vendedor que se hiciera cargo de la retirada de este del lugar en el que hubiera sido instalado con arreglo a su naturaleza y a su finalidad, y la instalación del bien de sustitución en el mismo lugar, tal sustitución le obligaría a soportar cargas económicas adicionales que no habría tenido que arrostrar si el vendedor hubiera ejecutado correctamente el contrato de compraventa». Por lo tanto, «el vendedor está obligado a proceder por sí mismo a la retirada de ese bien del lugar en el que hubiera sido instalado y a instalar en ese lugar el bien de sustitución, o bien a cargar con los gastos necesarios para dicha retirada y para la instalación del bien de sustitución», precisando que dicha obligación del vendedor «existe independientemente de si, en virtud del contrato de compraventa, este se hubiera comprometido a instalar el bien de consumo comprado inicialmente»<sup>54</sup>.



*C. La posibilidad de variar la modalidad de cumplimiento forzoso elegida, cuando no resulta exitosa*

Si, tras la reparación o sustitución, el bien sigue sin ser conforme al contrato, el comprador podrá volver a instarla o solicitar la otra modalidad de cumplimiento forzoso, siempre la que misma no sea desproporcionada, como también pedir la reducción del precio o la resolución del contrato, esto último siempre que la falta de conformidad no sea de escasa importancia (art. 120.d y f).

Por lo tanto, si tras la primera reparación solicitada, persiste el defecto del producto, el consumidor no estará obligado a pedir una segunda, pudiendo solicitar la sustitución, siempre que resulte proporcionada. Por ejemplo, una sentencia de instancia consideró desproporcionada la sustitución, pedida por el adquirente de un coche, con deficiencias que habían sido reparadas, siendo el importe de la reparación de un 2,8% del valor del vehículo. Afirmó, así, que la sustitución pretendida suponía «un coste muy gravoso para el concesionario»<sup>55</sup>.

2. REMEDIOS SUBSIDIARIOS

Solo, cuando el cumplimiento forzoso no llega a satisfacer el interés del comprador, puede este acudir a los remedios jurídicos secundarios. Conforme al artículo 121 TRLGDCU, «La rebaja del precio y la resolución del contrato (siempre, en este último caso, que el defecto de conformidad no sea «de escasa importancia») procederán, a elección del consumidor, cuando este no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que estas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor y usuario».

*A. Supuestos*

Se trata, pues, de tres supuestos, a los que la jurisprudencia<sup>56</sup> añade, con buen sentido, el caso en que sea claro que el vendedor no tiene el propósito de proceder a la puesta en conformidad del bien defectuoso, tras haber sido requerido por el comprador (judicial o extrajudicialmente) para llevarla a cabo.

a) La imposibilidad de llevar a cabo la puesta en conformidad

El supuesto de la imposibilidad plantea un problema exegético (como lo planteaba el artículo 7 de la Ley 23/2003, de 10 de julio, del que trae origen), pues se refiere al supuesto de que el comprador «no pudiera exigir la reparación

o la sustitución», lo que autorizados autores interpretan en el sentido de que basta con que uno de los remedios jurídicos primarios (el elegido por el comprador) sea imposible para que pueda acudir a los remedios subsidiarios<sup>57</sup>, lo que significa que la legislación española se habría apartado de lo previsto en el artículo 3.5 de la Directiva 99/44, según el cual el consumidor podrá proceder a la reducción del precio o a la resolución del contrato, «si no puede exigir *ni* la reparación *ni* la sustitución».

Esta interpretación plantea, sin embargo, interrogantes: de un lado, porque, si este fue el propósito del legislador, parece raro que en la Exposición de Motivos de la Ley 23/2003, que traspuso fielmente la Directiva, no explicara la razón de apartarse de ella en este punto; y, de otro, lado, porque, según el artículo 119.1 TRLGDCU, el comprador no puede elegir una modalidad de puesta en conformidad que sea objetivamente imposible, sino que debe acudir, necesariamente, a la otra.

Por ello, si elige la reparación y esta no puede llevarse a cabo, es que originariamente era imposible, por lo que no podía haberla elegido; y, si el vendedor constata este extremo prontamente, no parece desproporcionado que el comprador deba pedir la sustitución (que es lo que inicialmente debería haber solicitado, aunque en ese momento no lo supiera), siempre que la misma pueda llevarse a cabo en un plazo prudente y sin mayores inconvenientes. Cuestión distinta sería que el vendedor hubiera tardado un tiempo excesivo en constatar la imposibilidad de proceder a la reparación, en cuyo caso es claro que el comprador podría acudir a los remedios subsidiarios, pues la puesta en conformidad no se habría llevado a cabo en un plazo razonable por una causa que no le es imputable, pues no tenía por qué saber que técnicamente no era posible (si no se le avisa previamente)<sup>58</sup>.

#### b) El transcurso de un plazo razonable

El carácter razonable del plazo —precisa el artículo 120.b TRLGDCU— habrá que valorarlo «habida cuenta de la naturaleza de los productos y de la finalidad que tuvieran para el consumidor»; y siempre «según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal»<sup>59</sup>.

No es lo mismo un producto sofisticado, cuya reparación sea compleja, que otro, cuya reparación sea fácil; tampoco que el destino del bien sea el puro ocio o, que, por el contrario, se haya comprado con la finalidad de desplazarse al trabajo o satisfacer una necesidad básica.

Habrà también que ponderar si las piezas de recambio provienen del extranjero, lo que puede implicar una mayor duración del plazo de reparación. Así resulta de una sentencia de instancia, que ha rechazado la demanda de resolución

de un vehículo cuatro por cuatro de la marca «Sangyong kyron», estimando que no era desmesurado el tiempo de espera de dos meses (transcurrido desde el momento de la petición y el de la recepción del repuesto) y que era explicable que una pieza, como el diferencial trasero, no estuviera en stock, de manera que no se había sobrepasado el plazo razonable al que alude el artículo 120 TRLGDCU, «por lo que no se justifica una resolución cuando previamente se había optado por la reparación»<sup>60</sup>.

Por el contrario, se ha considerado procedente la resolución de un contrato de compraventa de una motocicleta con un sistema ABS (de antibloqueo de frenos) defectuoso, porque el vendedor no había informado al comprador de que se trataba de una avería sin causa conocida, limitándose a decir que la reparación se encontraba a la espera de «una respuesta de Madrid», habiendo transcurrido un periodo de unos cuatros meses, hasta que, después de recibir la notificación extrajudicial de resolución, se puso en contacto con el vendedor para comunicarle que se enviaba un modulador desde Alemania. Se afirma que «La falta de diagnóstico de la avería sufrida o las vicisitudes posteriores con la obtención de la pieza no pueden repercutirse en el consumidor» y que «Ha de ratificarse, pues, que la vendedora dejó transcurrir el tiempo suficiente sin dar cumplido cumplimiento a su obligación de reparación para entender que la espera del consumidor era razonable y en consecuencia, dicha no reparación o reparación ya tardía, frustra la finalidad del contrato, entendiéndose incurso la vendedora en justa causa de resolución»<sup>61</sup>.

También se ha considerado procedente la resolución de un contrato de compraventa de un automóvil, que, al ponerse en marcha, se desplazaba hacia la derecha. Se constata que, pese a las numerosas veces en que fue reparado, el vehículo presentaba la misma anomalía, «de manera que, si bien es cierto que la anomalía que sufre el vehículo es de escasa entidad y su reparación de escasa cuantía, sin embargo, la imposibilidad de repararlo, hace que se estime procedente la resolución del contrato», pues «es claro que el vehículo nunca ha conseguido estar en las adecuadas condiciones de seguridad para ser utilizado, sin que sea posible exigir al comprador la revisión mensual del mismo para que se encuentre en condiciones adecuadas para el uso cotidiano»<sup>62</sup>.

Se ha estimado, igualmente, en segunda instancia, la demanda de resolución del contrato de compra de un sistema de calefacción y agua caliente, que había sufrido una avería por una defectuosa instalación por parte del vendedor, revocándose la sentencia de primera instancia, que había desestimado la demanda, con el argumento de que los defectos de instalación eran susceptibles de corrección con un coste de tan solo 500 euros. Frente a ello, la Audiencia afirma que la compradora, «en un primer momento, optó por la reparación, demostrándose imposible en un plazo razonable, lo que le dejaba la vía abierta a optar por la resolución, que, a nuestro modo de ver, no resulta imposible en base a que la falta de conformidad sea de escasa importancia, pues aunque la

subsanación de los defectos que presenta la instalación es probable, que no seguro (falta por probar el funcionamiento de la caldera tras subsanar los defectos que presenta la chimenea), que tenga un bajo coste, la disconformidad no es con detalles de escasa importancia, como por ejemplo un detalle estético o de acabado, sino que es con algo tan relevante como el funcionamiento del sistema de calefacción y agua caliente instalado por la actora en su casa, que se ha demostrado deficiente»<sup>63</sup>.

c) La falta de la puesta de conformidad «sin mayores inconvenientes»

La expresión «sin mayores inconvenientes para el consumidor» plantea dudas respecto de su exacto significado, 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 a cabo en un tiempo razonable, porque, en este caso, este supuesto sería totalmente redundante.

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 periodos de reparación).

d) El propósito de no proceder a la puesta en conformidad del bien defectuoso

Ya he indicado que la jurisprudencia se refiere a un cuarto supuesto, no contemplado en el artículo 121 TRLGDCU, esto es, cuando resulte evidente que el vendedor no tiene el propósito de proceder a la puesta en conformidad del bien defectuoso, tras haber sido requerido por el comprador (judicial o extrajudicialmente) para llevarla a cabo.

Por ejemplo, una sentencia de instancia ha estimado la demanda de resolución de un contrato de compraventa de un ordenador. El vendedor informó al comprador de que el fallo se debía a problemas con el disco duro y, después, afirmó que era un problema de la batería del portátil al que no podía atender, por haber transcurrido el periodo de garantía que les daba el fabricante, que era el de seis meses exclusivamente, por lo que debía adquirir otra batería nueva para que el ordenador funcionase correctamente. Observa la Audiencia que, aunque, dada la naturaleza del defecto pudiera parecer más procedente la sustitución de la batería, sin embargo, accedía a la pretensión resolutoria del comprador, «pues sin justificación alguna, la demandada no dio respuesta a las peticiones del actor en un plazo razonable ni le dio la adecuada atención que exigen las normas protectoras de los consumidores, pues resultaba evidente que,

ante un fallo de conformidad tan evidente, no podían oponerse al consumidor los breves periodos de garantía que, al parecer, ofrece el fabricante de la batería y que han servido para rechazar su petición»<sup>64</sup>.

*B. La conveniencia procesal de que el consumidor que ejercita la resolución del contrato pida subsidiariamente la reducción del precio*

El hecho de que la resolución no proceda ante defectos «de escasa importancia» hace aconsejable que el comprador que la demande judicialmente, subsidiariamente, pida también la reducción de precio, para evitar que, si el juez considera que la falta de conformidad no tiene la entidad suficiente para dar lugar a la resolución, no pueda obtener, ni la una, ni la otra, por impedir los artículos 400 y 412 LEC cambiar la pretensión durante el juicio o en otro posterior, al estar ante un supuesto de cosa juzgada.

En la práctica se ha planteado si el juez puede, de oficio, proceder a la reducción del precio, sin que el demandante lo haya pedido, cuando aprecie que la falta de conformidad es «de escasa importancia», lo que parece contrario a los artículos 216 y 218 LEC, en cuya virtud el juez civil debe decidir los casos en virtud de las pretensiones de las partes, con las que tendrá que ser congruente la sentencia que dicte, sin apartarse de la causa de pedir. En el caso concreto, se trataba de un defecto que afectaba a un automóvil de techo corredizo, a través del cual se filtraba agua cuando llovía, sin que las sucesivas reparaciones realizadas hubieran conseguido solucionarlo, ante lo cual la compradora solicitó la sustitución del coche, petición que no fue atendida por la vendedora, lo que motivó la interposición de una demanda de resolución del contrato.

Ante esta situación, se planteó una cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>65</sup>, preguntándose si la solución que resultaba de la aplicación del Derecho procesal español era contraria al Derecho comunitario, siendo la respuesta positiva, afirmando el Tribunal que «el sistema español obliga a los consumidores, en lo esencial, a anticipar el resultado de la calificación jurídica de la falta de conformidad del bien, cuyo análisis definitivo corresponde al juez competente, lo que supone que la protección que el artículo 3, apartado 5, de la Directiva 1999/44 atribuye al consumidor resulte meramente aleatoria y, en consecuencia, inadecuada. Ello es así con mayor razón cuando, como sucede en el litigio principal, dicho análisis es especialmente complejo y, por ello, la referida calificación depende esencialmente de las diligencias que practicará el juez que conoce del asunto».

Se responde, así, que «la Directiva 1999/44 debe interpretarse en el sentido de que se opone a la normativa de un Estado miembro, como la controvertida en el litigio principal, que, cuando un consumidor que tiene derecho a exigir una reducción adecuada del precio de compra de un bien se limita a reclamar

judicialmente únicamente la resolución del contrato de compraventa, resolución que no va a ser acordada porque la falta de conformidad del bien es de escasa importancia, no permite que el juez nacional que conoce del asunto reconozca de oficio la reducción del precio, y ello a pesar de que no se concede al consumidor la posibilidad de modificar su pretensión inicial ni de presentar al efecto una nueva demanda».

*C. La reducción del precio y su compatibilidad con el resarcimiento de daños y perjuicios*

El artículo 122 TRLGDCU establece el criterio al que hay que atenerse para proceder a la reducción del precio: «La rebaja del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el producto hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el producto efectivamente entregado tenía en el momento de dicha entrega». No es infrecuente que el comprador pida como reducción el importe de la reparación del bien<sup>66</sup>. En cualquier caso, dado que la reducción del precio se dirige siempre a rebajar una cantidad proporcional del mismo, el vendedor no puede nunca ser condenado a pagar una cantidad superior al convenido.

Muy probablemente, la reducción del precio dejaría de estar justificada, si el pactado fuera notoriamente inferior al que en el mercado tendría un bien conforme al contrato, ya que, en tal caso, habría que pensar que el vendedor ya descontó la disminución de valor que como consecuencia de los defectos sufre la cosa vendida e, incluso, cabría pensar que el comprador conoció dichos defectos o contó con la posibilidad de que existiesen, por lo que no pudo «fundadamente ignorar» la falta de conformidad en el momento de la celebración del contrato (art. 116.3 TRLDGPU).

Es evidente que la reducción del precio no excluye la acción para reclamar daños que no estuvieran cubiertos por la rebaja del mismo<sup>67</sup>, con fundamento en el artículo 1101 del Código civil, según resulta del artículo 117.2 TRLGDCU, que deja a salvo el derecho del consumidor «a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad», «de acuerdo con la legislación civil», del mismo modo en que podrá hacerlo, si opta por la resolución, como expresamente prevé el artículo 1124.II del Código civil.

La reducción del precio y la indemnización de daños y perjuicios tienen presupuestos diversos: para la primera, basta la simple falta de conformidad; para la segunda, se exige, además, el dolo o negligencia del vendedor. Ciertamente, si se opta por la reducción del precio, no habrá lugar a indemnizar el perjuicio consistente en el menor valor que la cosa vendida tiene como consecuencia del defecto, ya que dicho perjuicio deja de existir cuando se reduce el precio. Ahora bien, ello no es óbice para que puedan resarcirse otros daños, que no queden

cubiertos por el solo reajuste del precio, como son los que la cosa defectuosa pueda causar en la persona o en el patrimonio del comprador. Piénsese, en los siguientes ejemplos, extraídos de la jurisprudencia, que, aplicando la disciplina del saneamiento del Código civil, si bien se muestra oscilante<sup>68</sup>, ha admitido, en numerosas ocasiones, el ejercicio conjunto de las acciones estimatoria e indemnizatoria: una máquina destinada a la fabricación de un producto tenía defectos que impidieron al comprador utilizarla en su actividad económica y, como consecuencia de ello, no pudo atender sus compromisos comerciales con sus clientes<sup>69</sup>; la adquisición de una vivienda situada en un edificio construido con cemento aluminoso provocó un daño moral, por tener que soportar el comprador el riesgo de que la aluminosis llegue a desarrollarse con los consiguientes gastos y molestias<sup>70</sup>; la compra de una vivienda con graves defectos en el tejado provocó intensas humedades que obligó a realizar reparaciones, cuyo cuantía se cubrió, mediante el reajuste del precio obtenido a través del ejercicio de la acción estimatoria, debiéndose acompañar a la demanda el informe de un arquitecto como soporte<sup>71</sup>.

#### *D. La resolución del contrato*

Ya hemos visto que el artículo 121 TRLGDC configura la resolución del contrato como un remedio subsidiario del cumplimiento forzoso, cuando la falta de conformidad no sea «de escasa importancia».

##### *a) La noción «de escasa importancia» de la falta de conformidad*

Hay que llamar la atención sobre el hecho de que no se exija que la falta de conformidad sea «grave» o «esencial», lo que no es casual<sup>72</sup>, pues una cosa es que la resolución se configure como remedio jurídico primario, en cuyo caso es lógico que, tal y como hace la Convención de Viena, se requiera una falta de conformidad que dé lugar a un incumplimiento «esencial»; y otra cosa, muy diversa, es que se regule como un remedio subsidiario, cuando el cumplimiento forzoso no ha podido tener lugar de manera satisfactoria por una causa ajena al comprador, en cuyo caso parece suficiente exigir que la conformidad no sea nimia, insignificante o de «escasa importancia».

Esto tiene especial trascendencia en el caso en que el bien, por ejemplo, un automóvil, tenga una serie de defectos que, aunque, en sí mismos, no tengan la gravedad suficiente para resolver el contrato, sin embargo, no se consiga repararlos satisfactoriamente, sin que el vendedor acceda a sustituirlo (a lo que, además, no está obligado cuando se trate de un vehículo de segunda mano). En este caso parece perfectamente lógico que el comprador pueda proceder a la

resolución del contrato, pues es posible que prefiera este remedio a la reducción del precio, lo que le supondría tener que quedarse con un vehículo, cuyo uso le causa incomodidades que no son nimias.

No faltan, así, sentencias de instancia que constatan que el régimen de la resolución que resulta del artículo 121 TRLGDCU es más benévolo que el previsto por el artículo 1124 del Código civil, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia, ya que «frente a la necesaria gravedad» que se exige respecto de este, el artículo 121 citado solo exige que la falta de conformidad «no sea de escasa importancia», esto es, «que atendida la finalidad perseguida por el comprador y las características del bien, convierta en abusiva e injustificada la resolución del contrato»<sup>73</sup>; así como otras, que no consideran «que sea precisa la inhabilidad total o parcial del objeto», sino «la pérdida de condiciones óptimas de uso»<sup>74</sup>.

Me parece indicativo un caso en el que el vehículo de segunda mano comprado presentaba defectos pequeños, pero muy molestos, que se manifestaron sucesivamente: en el mismo mes de la compra hubo que reparar el airbag; al mes siguiente, el embellecedor luminoso talonera; a los dos meses, se procedió a un cambio de motor por quedar averiado por falta de aceite, por lo que tuvo que ser remolcado a un taller; y, posteriormente, tuvo problemas con el sonido y los elevadores eléctricos. Pasados, aproximadamente, siete meses, el automóvil tuvo un problema de pérdida de agua, que el perito calificó de «no grave», a pesar de lo cual la compradora reclamó la resolución del contrato, a lo que se negó la vendedora, que se ofreció a repararla. La sentencia estimó la demanda de resolución, constatando que, aunque legalmente no se define en qué consiste la «escasa importancia», «en lo que parece que sí hay coincidencia en la doctrina es en que el artículo 121 del TRLGDCU se separa de la consolidada doctrina jurisprudencial que en sede el artículo 1124 del Código civil exige que el incumplimiento sea grave para que el acreedor pueda resolver el contrato»<sup>75</sup>.

Pero no es necesario llegar a estos extremos, habiéndose admitido la demanda de resolución de un contrato de automóvil por las siguientes averías no reparadas: tener un mecanismo de embrague defectuoso, que produce un ruido anómalo y una cierta vibración al soltar el pedal<sup>76</sup>; irse el vehículo en marcha hacia la derecha, defecto que, cada vez que se reparaba, volvía a aparecer<sup>77</sup>; o sufrir reducciones de potencia, con un efecto semejante al que resultaría de levantar el acelerador, sin que pudiera determinarse una causa clara por la que se acumulaban carbonillas en el turbo<sup>78</sup>.

Por el contrario, no se ha accedido a la resolución de la compraventa de una motocicleta, que tenía una avería del sistema eléctrico, que impedía arrancar el motor. Se observa que, si bien la motocicleta fue llevada en varias ocasiones al servicio de reparación de la demandada sin que llegara a descubrir inicialmente la causa de la avería, no obstante, tras ser devuelta al taller con el fin de



resolver el contrato, fue completamente desmontado el sistema eléctrico y pudo averiguarse que el motivo de la deficiencia era la instalación de un fusible de 7 amperios en la cadena de montaje de potencia inferior al recomendado por la fabricante, que era de 10 amperios. Se concluye que «la reparación definitiva fue realizada en un plazo razonable desde la primera vez en que fue llevada al taller» y, además, que «la falta de conformidad del objeto se debía a un factor de mínima transcendencia (un mero fusible)»<sup>79</sup>.

b) La falta de entrega de la cosa comprada

El deber de conformidad no comprende el supuesto de falta de entrega de la cosa comprada<sup>80</sup>, al cual, por lo tanto, habrá que aplicar el artículo 1124 del Código civil y la jurisprudencia recaída sobre la materia, según la cual el mero retraso no autoriza a pedir la resolución, a no ser que se constatare la existencia de una voluntad del deudor deliberadamente rebelde al cumplimiento o que el plazo de entrega sea esencial, bien por la naturaleza misma de la obligación, bien por haberlo pactado las partes, dándole un carácter resolutorio explícito<sup>81</sup>, o, aun no siendo esencial, cuando el cumplimiento tardío frustrase los legítimos intereses del acreedor<sup>82</sup>, por lo que, «no puede exigírsele conforme a la buena fe que continúe vinculado por el contrato»<sup>83</sup>.

c) Falta de conformidad y *aliud pro alio*

Cabe plantearse la siguiente cuestión: ¿podrá en las ventas destinadas al consumo privado seguir aplicándose la doctrina jurisprudencial del *aliud pro alio* para demandar directamente la resolución del contrato por faltas de conformidad graves, que hagan que el bien entregado sea absolutamente inútil para el uso para el que fue comprado? Tal doctrina podría ser invocada por el comprador, bien para eludir la prelación jerárquica de remedios establecida en el TRLGDU, evitando así, la necesidad del comprador de acudir directamente al cumplimiento forzoso<sup>84</sup>, bien para poder accionar, más allá del plazo de prescripción de tres años, si este ya hubiera transcurrido, beneficiándose, de este modo, del plazo de cinco años del artículo 1964 del Código civil.

La doctrina mayoritaria se muestra contraria<sup>85</sup>, argumentando que el propósito del legislador es subsumir todos los posibles defectos de los bienes en la noción de falta de conformidad; y creo que tiene razón. Sin embargo, ni en la Ley 23/2003, ni en el TRLGDCU de 2007, encontramos un precepto similar al actual § 438.3 *BGB*, que equipare los casos de entrega de cosa distinta a los de entrega de cosa con defectos. Por ello, me pregunto hasta qué punto podrá evitarse la aplicación de las ventas para el consumo de la doctrina jurisprudencial

del *aliud pro alio*, al menos, en los casos en que los defectos hagan la cosa totalmente inútil para el uso al que se la destina.

No me parece, pues, que pueda descartarse que, concurriendo un defecto grave en la cosa entregada, y habiéndose manifestado este con posterioridad a los dos años siguientes a su entrega o habiendo transcurrido el plazo de prescripción de tres años del artículo 123.4 TRLGDCU, los Tribunales permitieran al comprador ejercitar las acciones de incumplimiento, en particular, la resolutoria, conforme al régimen general, en el plazo de cinco años del artículo 1964 CC<sup>86</sup>, con el argumento de que la solución contraria supondría tratar al consumidor peor que al resto de los compradores, cuando, en realidad el Propósito de la Directiva era aumentar su nivel de protección. Hay, además, que tener en cuenta que el artículo 117.II LGDCU, deja a salvo, en todo caso, el derecho del comprador a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad, «de acuerdo con la legislación civil y mercantil».

Han recaído, en efecto, sentencias de instancia que, con dicho argumento, han entendido que la existencia de un defecto que hace el bien inútil para el uso adquirido implican un incumplimiento esencial que trasciende del ámbito de aplicación del TRLGCU y entra en el del artículo 1124 del Código civil (*aliud pro alio*).

Se ha accedido, así, a la resolución, instada una vez transcurrido el plazo de prescripción de tres años, de un contrato de compraventa de un automóvil con varios defectos que habían sido reparados, pero respecto del cual subsistía la posibilidad de que las averías principales (la parada brusca en marcha) se reprodujeran, «frustrando con ello la principal cualidad que debe reunir un automóvil para servir al uso al que se destina, que es la de proporcionar seguridad en la conducción», constatándose, además, que, «desde los momentos iniciales hubo necesidad de un peregrinaje por el taller de reparación no alcanzándose en determinados defectos solución definitiva, evidencia que la finalidad que perseguían los compradores de un vehículo nuevo que cumpliera las exigencias que corresponden a un turismo de su categoría no se han cumplido, lo que ha supuesto que se frustre el fin del contrato para dicha parte, y hace aplicable al artículo 1124 del Código civil, que permite al perjudicado la resolución del contrato con el resarcimiento de daños»<sup>87</sup>.

Otra sentencia ha acudido a la doctrina del *aliud pro alio*, en este caso, para condenar a la vendedora de una casa prefabricada a reparar el techo de la misma para evitar filtraciones de agua, a pesar de que había ya transcurrido el plazo de prescripción trienal. Dice, así, que «no puede considerarse que la normativa protectora de consumidores y usuarios llevara al resultado, paradójico y contradictorio con su finalidad institucional, de ofrecer menores posibilidades de reacción que la normativa común». Afirma que «está probado que se hicieron reparaciones en el tejado hartamente deficientes, que han llevado al bien litigioso, si no se repara en forma, a un claro estado inservible, de ineptitud para el fin que

se vendió: su uso ordinario como vivienda. Circunstancia que es la que conecta la responsabilidad de la parte con el incumplimiento de su prestación, que va más allá de un mero vicio oculto, y tiene una significación de entrega de cosa inservible o inútil, vertiente de la prestación de cosa diversa o *aliud pro alio* por inhabilidad del objeto»<sup>88</sup>.

Por el contrario, otras sentencias de instancia han desestimado la demanda de resolución del contrato de compraventa de automóviles con motor Diésel EA 189, que incorporaban un dispositivo de desactivación de emisiones de gases prohibido por la normativa comunitaria, presentada, una vez transcurrido el plazo de prescripción de tres años, con fundamento en el artículo 1124 del Código civil.

Una de ellas observa que las acciones reguladas en artículo 118 TRLGDCU constituyen «un régimen específico» en las ventas de consumo, por lo que «son incompatibles con las acciones generales de incumplimiento del artículo 1124 del Código civil —incluso en los supuestos de *aliud pro alio*». Ahora bien, no se limita a constatar la prescripción de las acciones que considera aplicables, sino que, además, precisa que el defecto que se alega no es grave, ni da lugar a un incumplimiento esencial a efectos del artículo 1124 del Código civil (lo cual es innecesario, porque ya se ha dicho que el régimen general no es aplicable en las ventas de consumo), «por no quedar afectadas las características, prestaciones y potencia del vehículo que era posible esperar por razón del contrato, publicidad o documentación técnica entregada», además de que el fabricante se había ofrecido a desinstalar el dispositivo en unos cuarenta minutos<sup>89</sup>.

## VI. EL RESULTADO DE LA TRASPOSICIÓN: ¿UNA OPORTUNIDAD PERDIDA?

Como consecuencia de la forma de trasposición realizada por el legislador español, se ha producido una dualidad legislativa muy criticada por la doctrina<sup>90</sup>, que ha dado lugar a una neta división entre dos tipos de compraventas: las sujetas al TRLGDCU y las reguladas por el Código civil o el Código de comercio: respecto de las primeras, se aplica el régimen de conformidad, exclusivamente (así, como, en su caso, las prescripciones del Código relativas a la indemnización de daños y perjuicios del Código civil); respecto de las segundas, sigue, en cambio, vigente, el régimen del saneamiento por vicios ocultos (complementado con la artificiosa doctrina del *aliud pro alio*).

Existe, pues, una sensación de que se ha desaprovechado una oportunidad histórica para reformar íntegramente la regulación de la compraventa, desde el prisma del deber de conformidad, tal y como ha acontecido en Alemania, donde, con ocasión de la trasposición de la Directiva, se ha reformado el derecho general de obligaciones y, por lo que, a nosotros nos interesa, se ha suprimido del *BGB* la vieja disciplina del saneamiento por vicios ocultos<sup>91</sup>.

Ello explica la existencia en España de diversas tentativas académicas (fuertemente influidas por la Convención de Viena), así como de una reciente regulación legal autonómica (la contenida en el Libro VI del Código civil de Cataluña), orientadas a dicha finalidad, a las que me referiré brevemente, destacando, exclusivamente, algunas cuestiones especialmente relevantes respecto de la materia que aquí nos interesa<sup>92</sup>.

# 1. LA PROPUESTA DE LA COMISIÓN GENERAL DE CODIFICACIÓN DE MODERNIZACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE OBLIGACIONES Y CONTRATOS DE 2009

La primera de dichas iniciativas es la Propuesta de la Comisión General de Codificación de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009<sup>93</sup>, que introduce el deber de conformidad, tanto en la regulación general de las obligaciones, como en la específica de la compraventa, atribuyéndose en ambas regulaciones al acreedor/comprador los remedios jurídicos típicos frente a una situación de incumplimiento, entre los que se incluye, además, la reducción del precio.

Ahora bien, hay una significativa diferencia entre ambas regulaciones: en la general, en caso de falta de conformidad de la prestación, el acreedor puede elegir entre el cumplimiento forzoso, la reducción del precio o la resolución del contrato; en cambio, en sede de compraventa, se prevé la misma jerarquización de los remedios que la establecida en la Directiva 99/44.

a) En la regulación general de la obligación se sigue, en efecto, la solución prevista en el artículo 49.1.a CISG, que la Exposición de Motivos explica así: «la pretensión de cumplimiento de la obligación corresponde siempre al acreedor salvo que la prestación se haya hecho imposible o se haya convertido en especialmente onerosa y que el perjudicado por el incumplimiento tiene siempre derecho a resolver el contrato y desligarse de él, por lo menos en aquellos casos en que el incumplimiento es esencial».

La consecuencia es clara: el acreedor que reciba una prestación que no sea conforme al contrato no tiene por qué pedir, en primer lugar, la reparación de los defectos o la sustitución de la prestación ejecutada, sino que, aunque ello sea posible y no resulte desproporcionado, si lo prefiere, podrá directamente proceder a la reducción del precio<sup>94</sup> (art. 1197) o a la resolución del contrato (mediante una mera notificación de carácter recepticio al deudor), siempre, en este último caso, que nos encontremos ante un incumplimiento que, atendida su finalidad, haya de considerarse como esencial» (art. 1199).

Esta solución se halla en línea con el artículo 1124 del Código civil, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia, conforme al cual el acreedor podrá optar entre el cumplimiento forzoso o la resolución, siempre que el incumplimiento sea esencial<sup>95</sup>, lo que en el contrato de compraventa tendrá lugar,

cuando se entregue «una cosa inhábil para el uso objetivamente contemplado al celebrar el contrato, cuya obtención constituye la causa por la que el comprador satisface o se compromete a satisfacer un precio»<sup>96</sup>.

Además, en el concreto caso «de falta de conformidad en el cumplimiento, el acreedor también podrá resolver si el deudor, en el plazo razonable que aquel le hubiera fijado para ello, no cumpliera o subsanare la falta de conformidad» (1200.I)<sup>97</sup>. Se introduce, así, una causa de resolución de clara inspiración germana<sup>98</sup>, conforme a la cual el acreedor concede al deudor una segunda oportunidad, otorgándole un plazo adicional para reparar o sustituir la prestación, cumplido el cual podrá pedir la resolución, incluso, aunque la falta de conformidad no fuese esencial<sup>99</sup>.

b) Por el contrario, en el contrato de compraventa se establece la jerarquía de remedios de la Directiva<sup>100</sup>, configurándose, pues, la reducción y la resolución como remedios jurídicos subsidiarios del cumplimiento forzoso, a los que solo puede acudir cuando este sea imposible, no se haya llevado a cabo en tiempo razonable y sin mayores inconvenientes para el comprador y cuando el vendedor rehúse ejecutarlo o se previere fundadamente que no lo ejecutará correctamente (1485). Se mantiene la regla de que la resolución no procede si la falta de conformidad es de escasa importancia (art. 1486).

Como es lógico, este nuevo tratamiento en clave de conformidad, concepto que engloba todos los potenciales defectos de los bienes vendidos, sometiendo al régimen general del incumplimiento, conlleva la supresión de la vieja disciplina del saneamiento por vicios ocultos, que deja de ser necesaria. Quedan, así, en sustancia, equiparada la regulación de los remedios jurídicos del comprador de cosa defectuosa contenida en el Código civil con la establecida en el TRLGDCU.

## 2. LA PROPUESTA DE CÓDIGO CIVIL, ELABORADA POR LA ASOCIACIÓN DE DERECHO CIVIL DE 2016

La Propuesta de la Comisión General de Codificación no ha prosperado, pero ha inspirado la regulación de las obligaciones y contratos (en particular, en la materia que aquí nos interesa) contenida en el Libro V de la Propuesta de Código civil de 2015, elaborada por la Asociación de Derecho civil (su última versión es de 2016).

Al igual que en la Propuesta de 2009, en la de 2015 se establece la obligación del vendedor de entregar una cosa conforme al contrato (art. 532.1.c), también, desde un punto de vista jurídico (art. 518.12) y, en caso de defectuoso cumplimiento de la misma, se asignan al comprador los remedios jurídicos del incumplimiento, entre los que se incluye ahora la facultad de suspender el pago del precio (art. 532.5).

Pero, junto a la regulación de la compraventa general, de la que desaparece la vieja disciplina del saneamiento y en la que se suprime la jerarquización de remedios establecida en la Propuesta de 2009, se regula la venta especial de bienes de consumo, en la que, en cambio, sí se mantiene la jerarquización entre remedios primarios (reparación o sustitución) y secundarios (reducción del precio y resolución), según resulta de los artículos 541-8 y 541-10.

Además, en la venta de bienes de consumo hay dos previsiones que claramente favorecen al comprador y que no encontramos en la regulación general de la compraventa. Por un lado, la presunción de que las faltas de conformidad manifestadas «en los seis meses posteriores a la entrega del bien, sea este nuevo o de segunda mano, ya existían cuando la cosa se entregó, excepto cuando esta presunción sea incompatible con la naturaleza del bien o la índole de la falta de conformidad» (art. 541.12.2). Por otro lado, la que establece la persistencia de los remedios jurídicos frente a la falta de conformidad, no notificada al vendedor en el plazo de dos meses desde que el consumidor hubiera tenido conocimiento de ella (art. 541.12.6).

### 3. EL LIBRO VI DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

Además de las propuestas académicas a las que acabo de hacer referencia, hay una reciente regulación legal autonómica que unifica el tratamiento de los remedios jurídicos en todo tipo de compraventas (con algunas peculiaridades en las de consumo) desde la perspectiva del deber de conformidad, sin contemplar, por consiguiente, la vieja obligación del saneamiento por vicios ocultos para ninguna de ellas.

No obstante, dicha regulación, contenida en el Libro VI del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y contratos, aprobado por Ley 3/2017, de 15 de febrero, es de constitucionalidad dudosa, pues parece afectar a las bases de las obligaciones contractuales, que, según el artículo 149.1, regla 8.<sup>a</sup>, CE, son de competencia exclusiva del Estado<sup>101</sup>. Por ello, se encuentra recurrida ante el Tribunal Constitucional, si bien se ha levantado la suspensión que pesaba sobre la mayoría de los preceptos relativos a la compraventa (entre los que se encuentra los que disciplina que aquí nos ocupa)<sup>102</sup>.

El artículo 621-9.b consagra, en efecto, el deber de conformidad<sup>103</sup>, que concreta el artículo 621-20, y que se extiende a la instalación (art. 621-21), a los accesorios y documentos relacionados (art. 621-22), así como a las pretensiones y derechos de terceros (art. 621-30), con lo que desaparece el saneamiento por evicción y gravámenes ocultos. En caso de falta de conformidad del bien, el artículo 621-37 atribuye al comprador los típicos remedios del incumplimiento, entre los que incluye la facultad de exigir el cumplimiento forzoso (reparación o sustitución), la reducción del precio, la resolución del

contrato y la indemnización de daños y perjuicios, además de la suspensión del pago del precio.

En el Preámbulo de la Ley 3/2017, de 15 de febrero se habla de la regulación sobre la conformidad como «una de las grandes innovaciones», remarcando que se «incluye una regulación unitaria de los remedios del comprador y del vendedor», y que el «principio de unidad de remedios es un criterio aceptado y era preciso superar la tradición del doble régimen jurídico, del incumplimiento en general y de los vicios materiales y jurídicos del bien».

La regulación catalana obliga al comprador a «notificar y describir al vendedor sin dilación indebida cualquier falta de conformidad del bien», fijando un plazo mínimo de dos meses para llevarla a cabo, con la peculiaridad de que la omisión de esa denuncia previa conlleva la pérdida del derecho a invocar la falta de conformidad, a no ser que el vendedor la garantizara expresamente o se refiera a hechos que él mismo no «conocía o no podía ignorar» (art. 621-28).

Es evidente que esta previsión, aunque admisible a tenor del artículo 5.2 de la Directiva 44/99, rebaja la protección del consumidor en relación con la que resulta del artículo 123.5 TRLGCU, con arreglo al cual la omisión de la notificación no priva del derecho a invocar la falta de conformidad; y, desde luego, es incompatible con la PDirCOM, que, como veremos más adelante, impide que las legislaciones nacionales establezcan la exigencia de una denuncia previa para poder ejercitar los remedios jurídicos.

La razón de esta previsión, probablemente, se encuentra en la facultad que el artículo 621-39.2 concede al vendedor para corregir la falta de conformidad, incluso vencido el plazo de cumplimiento y tras haber recibido la notificación. Dice el precepto que «el vendedor puede corregirla en un plazo razonable si se ofrece inmediatamente a hacerlo».

En el Preámbulo de Ley 3/2017 se justifica esta solución «en interés del contrato y del tráfico jurídico», subrayando que, como contrapeso se contemplan «fuertes facultades del comprador de rechazar la corrección». En efecto, según el mismo precepto, el comprador puede rechazar el ofrecimiento de corrección en los siguientes casos: a) si la misma no puede hacerse «sin retraso o inconvenientes»; b) si tiene «motivos razonables para creer que el vendedor no cumplirá o no lo hará adecuadamente»; y c) si el retraso «conlleva un incumplimiento esencial».

Sin embargo, la previsión del artículo 621-39.2, que deja en manos del vendedor decidir la concreta forma de llevar a cabo la puesta en conformidad del bien (aunque con cautelas y excepciones) parece ser contraria al artículo 3.3 de la Directiva, que atribuye al consumidor la posibilidad de exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, «salvo que ello resulte imposible o desproporcionado»: por lo tanto, es a él, y no al vendedor, al que le corresponde elegir la modalidad de cumplimiento forzoso que le convenga.

Por otro lado, a mi entender, no queda claro si esa facultad de corrección del vendedor se interpone entre la denuncia de la falta de conformidad y la posibilidad del comprador de pedir la resolución por incumplimiento esencial (art. 621-41.1) o la reducción del precio (art. 641-42), aunque parece que no.

Por último, señalar que se establece un plazo de responsabilidad por la falta de conformidad de dos años, desde el momento de la entrega del bien, el cual no es aplicable a la de carácter jurídico (art. 621-30); y un plazo de prescripción de las acciones de tres años, a contar desde que comprador «conoce o puede conocer la falta de conformidad» (art. 621-44). Además, «En la compraventa de consumo, se presume que la falta de conformidad puesta de manifiesto en los seis meses posteriores a la entrega del bien o la completa instalación ya existía en ese momento, salvo que ello sea incompatible con la naturaleza del bien o el tipo de falta de conformidad» (art. 621-23).

## VII. PROPUESTA DE DIRECTIVA, DE 31 DE OCTUBRE DE 2017, RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE COMPRAVENTA DE BIENES

Examinaremos ahora la PDirCOM, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa, que, como la PDirCL, es de máximos, por lo que lleva a cabo una armonización plena de los remedios jurídicos frente a la falta de conformidad, por lo que las legislaciones de los Estados miembro no pueden establecer niveles de protección diferentes en favor del consumidor, ni para perjudicarlo, ni para beneficiarlo (art. 3), teniendo también carácter imperativo, por lo que el régimen legal que establece no puede ser modificado convencionalmente en perjuicio del consumidor (art. 18), aunque sí para beneficiarlo, por ejemplo, a través del ofrecimiento de una garantía comercial (art. 15).

A diferencia de lo que acontece con la PDirCL, que solo se aplica a las ventas en línea, lo que explica su fracaso, la PDirCOM se aplica también a los bienes presenciales, derogando la Directiva 99/44 y estableciendo una regulación unitaria de los remedios jurídicos en las ventas de consumo, sean presenciales o a distancia.

La importancia de la PDirCOM es clara, pues, si prospera, obligará a reformar el TRLDCU. Examinaremos las novedades fundamentales que presenta.

### 1. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DEL VENDEDOR Y EL CONOCIMIENTO DE LA FALTA DE CONFORMIDAD POR PARTE DEL COMPRADOR

La responsabilidad del vendedor se sigue articulando, como no podía ser de otro modo, sobre la noción objetiva de conformidad, que ahora no solo es material, sino también jurídica<sup>104</sup>.



Sin embargo, no existe en la PDirCOM un precepto semejante al artículo 2.3 de la Directiva 99/44, según el cual dicha responsabilidad queda excluida cuando el consumidor conoció el defecto del bien al tiempo de comprarlo o no pudo «fundadamente ignorarlo»<sup>105</sup>. Parece, entonces, que la exclusión de la responsabilidad del vendedor pasaría, por un acuerdo de las partes a tal efecto, que, según el artículo 4.III solo sería válido si, «en el momento de la celebración del contrato, el consumidor conocía las condiciones específicas de los bienes y los aceptó como conformes con el contrato en el momento de su celebración»<sup>106</sup>.

Ahora bien, no dice el precepto que el acuerdo y la aceptación del comprador deban ser expresos, pudiendo —creo yo— ser tácitos. Piénsese, por ejemplo, en el caso en que el vendedor informara al comprador a través de un correo electrónico del defecto del bien y que, aun así, persistiera en su adquisición: sería contrario a la buena fe que posteriormente se le permitiera reclamar por falta de conformidad. No obstante, el carácter tácito del consentimiento habrá que deducirlo, exclusivamente, de un comportamiento negocial del consumidor que presuponga el conocimiento efectivo del defecto, sin que baste una probabilidad fundada de conocerlo.

## 2. LA PERSISTENCIA DE LA JERARQUIZACIÓN DE LOS REMEDIOS JURÍDICOS

Persiste la jerarquización de los remedios jurídicos, subsistiendo, pues, la división entre remedios jurídicos primarios (reparación o sustitución) y secundarios (reducción del precio<sup>107</sup> y resolución del contrato)<sup>108</sup>.

En el Considerando 26 de la PDirCOM se explica que «Para aumentar la seguridad jurídica en relación con las formas disponibles de saneamiento de la falta de conformidad con el contrato y para eliminar uno de los principales obstáculos que inhiben el mercado único, debe establecerse un orden plenamente armonizado en el que pueden ejercerse las formas de saneamiento. En particular, el consumidor debe poder elegir entre la reparación o la sustitución como primer saneamiento, lo que contribuiría a mantener la relación contractual y la confianza mutua»; y se añade: «Además, permitir que los consumidores requieran la reparación fomentaría el consumo sostenible y podría contribuir a una mayor durabilidad de los productos».

## 3. LA OPCIÓN DEL COMPRADOR ENTRE LA SUSTITUCIÓN Y LA REPARACIÓN: LA CONFIRMACIÓN DE LA LECTURA DE LA DESPROPORCIÓN EN CLAVE RELATIVA

Al igual que hace el artículo 3.3 de la Directiva 99/44, el artículo 11 de la PDirCOM concede al comprador la posibilidad de optar entre la reparación

o la sustitución, salvo que la modalidad elegida sea imposible, ilegal (esto es nuevo<sup>109</sup>) o desproporcionada.

Pero el precepto sigue con toda claridad la jurisprudencia (ya expuesta) del Tribunal de Justicia de la Unión Europea<sup>110</sup>, según la cual la desproporción que impide el ejercicio de la facultad de elección, no es la «absoluta», sino la «relativa». Dice, así, que el consumidor podrá elegir entre la reparación o sustitución «salvo cuando la opción elegida», «en comparación con la otra opción», imponga costes desproporcionados para el vendedor.

Por lo tanto, tal y como ha dicho el Tribunal de Luxemburgo, en el caso en que solo sea posible una forma de puesta en conformidad, el vendedor no podrá negarse a llevarla a cabo, argumento que impone costes desproporcionados con respecto al valor que tendría el bien, si no fuera defectuoso. Pero, no obstante, siguiendo su misma doctrina, podrá moderarse el importe de los gastos que debe asumir el vendedor para retirar el bien defectuoso e instalar el nuevo o reintegrarlo, una vez reparado.

#### 4. LA EXCLUSIÓN DEL REQUISITO DE QUE LA FALTA DE CONFORMIDAD NO SEA DE ESCASA ENTIDAD PARA PODER RESOLVER EL CONTRATO

Aunque se mantenga la jerarquización de los remedios jurídicos, hay una diferencia muy importante en relación a la Directiva 99/44, y es que, si bien se mantiene la resolución del contrato entre los remedios jurídicos subsidiarios, desaparece la exigencia, prevista en el artículo 3.6 de la misma, de que la falta de conformidad no sea «de escasa importancia».

Por lo tanto, el comprador puede pedir la resolución del contrato, cualquiera que sea la entidad del defecto del bien, cuando la sustitución o la reparación, sean imposibles o ilegales<sup>111</sup>, no se hayan llevado a cabo en un tiempo razonable<sup>112</sup>, causaran mayores inconvenientes al consumidor o (y esto es nuevo) cuando «el vendedor ha declarado, o así se desprende de las circunstancias, que el vendedor no pondrá los bienes en conformidad con el contrato en un plazo razonable» (9.III PDirCOM). Esta última causa recuerda a la figura jurisprudencial de la voluntad del deudor deliberadamente rebelde al cumplimiento, si bien en relación a una pretensión de rectificación o sustitución de una prestación defectuosamente ejecutada<sup>113</sup>.

Tan importante modificación se justifica del siguiente modo: «Considerando que el derecho a resolver el contrato debido a la falta de conformidad es una forma de saneamiento importante aplicable cuando la reparación o la sustitución no sean factibles o hayan fracasado, el consumidor también debe poder acogerse al derecho a resolver el contrato en los casos en que la falta de conformidad sea de escasa importancia. Esto debe suponer un fuerte incentivo para subsanar todos los casos de falta de conformidad en una fase temprana» (Considerando 29)<sup>114</sup>.

A los supuestos enumerados en el artículo 9.III de la PDirCOM hay que añadir, obviamente, aquel en que la reparación, aun hecha en tiempo razonable, no hubiera sido satisfactoria, en cuyo caso el comprador no tendrá que instar necesariamente otra nueva, sino que podrá resolver el contrato, cualquiera que fuese la entidad de la avería.

Sin embargo (a diferencia de lo que acontece en el Derecho español respecto a las ventas en las que no interviene un consumidor), lo que sigue sin ser posible es que el comprador pueda instar directamente la resolución del contrato por un defecto grave, que constituya un incumplimiento esencial<sup>115</sup>.

5. LA POSIBILIDAD DE ACUDIR A LOS REMEDIOS SUBSIDIARIOS, CUANDO SOLO UNA DE LAS MODALIDADES DE CUMPLIMIENTO FORZOSO SEA IMPOSIBLE

Se observa una diferencia entre el tenor literal del artículo 9.III.a de la PDirCOM y el del artículo 5 de la Directiva 99/44, que, como he dicho, permite acudir a la reducción del precio o a la resolución del contrato «si no puede exigir *ni* la reparación *ni* la sustitución».

En cambio, el artículo 9.III.a de la PDirCOM admite el recurso a estos remedios subsidiarios si «la reparación *o* la sustitución son imposibles», como ya hace al artículo 121 TRLGDCU. No parece que el cambio sea casual, de modo que hay que entender que se pretende favorecer al comprador que, de buena fe, elige una modalidad de cumplimiento forzoso, pensando que es posible y resulta que no lo es. Por ejemplo, pide la reparación y resulta que esta no puede llevarse a cabo. En este caso, aunque la constatación de la imposibilidad la haya obtenido en un tiempo razonable, parece que no estará obligada a pedir la sustitución del bien, pudiendo resolver el contrato.

6. LA FACULTAD DE SUSPENDER EL PAGO DEL PRECIO MIENTRAS SE LLEVA A CABO LA PUESTA EN CONFORMIDAD DEL BIEN

Otra de las novedades introducidas por la PDirCOM es la previsión contenida en el 9.IV<sup>116</sup>, según el cual el consumidor «tendrá derecho a retener el pago de cualquier parte pendiente del precio hasta que el vendedor haya puesto los bienes en conformidad con el contrato».

La Directiva 99/44 no contenía previsión semejante, aunque la misma puede ser puesta en relación con la denominada excepción de cumplimiento defectuoso (*exceptio non rite adimpleti contractus*) admitida por constante jurisprudencia española en el ámbito de las obligaciones recíprocas como un medio de defensa que permite suspender el cumplimiento de la propia prestación, mientras la otra parte no subsane el defecto de que adolece la prestación por ella ejecutada<sup>117</sup>. Es

de destacar, no obstante, que el artículo 9.V, la permite, con toda claridad, ante cualquier falta de conformidad respecto de la cual se haya pedido un pertinente cumplimiento forzoso.

7. LA AMPLIACIÓN A DOS AÑOS DEL PLAZO DE PRESUNCIÓN DE EXISTENCIA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

La PDirCOM mantiene la responsabilidad del vendedor por los defectos de conformidad que se manifiesten durante los dos años siguientes a la entrega (art. 14)<sup>118</sup>, si bien dicho plazo no es ya de mínimos (como acontece con el previsto en el artículo 3.1 de la Directiva 99/44), sino que deberá ser idéntico en las legislaciones de todos los Estados miembro.

Lo que se explica así: «Para aumentar la seguridad jurídica de los vendedores y la confianza en general de los consumidores en las compras transfronterizas, es necesario armonizar el plazo durante el cual el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad que exista en el momento en que el consumidor adquiere la posesión material de los bienes. Considerando que la gran mayoría de los Estados miembro han previsto un plazo de dos años al implementar la Directiva 1999/44 y en la práctica los participantes del mercado lo consideran un plazo razonable, este plazo debe mantenerse» (Considerando 32).

Una novedad significativa es la ampliación, de seis meses a dos años, del plazo durante el cual se presume que los defectos del bien existían en el momento de la adquisición de su posesión material (8.III PDirCOM), lo cual es un claro beneficio para el consumidor. Se argumenta que «Para garantizar una mayor sensibilización de los consumidores y una aplicación más sencilla de la normativa de la Unión sobre los derechos en materia de consumo en relación con bienes no conformes, la Directiva debe armonizar el plazo de tiempo durante el cual la carga de la prueba se invierte a favor del consumidor con el plazo de tiempo durante el cual el vendedor será responsable de cualquier falta de conformidad» (Considerando 33)<sup>119</sup>.

En cambio, respecto del plazo de prescripción de las acciones derivadas de la falta de conformidad, no se establece una armonización plena, sino un plazo mínimo de dos años, que podrá ser ampliado por las legislaciones nacionales (art. 14 PDirCOM), del mismo modo en que hace el artículo 5.1 de la Directiva 99/44.

8. LA DESAPARICIÓN DE LA POSIBILIDAD DE QUE LAS LEGISLACIONES ESTABLEZCAN LA EXIGENCIA DE UNA NOTIFICACIÓN PREVIA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

El artículo 5.2 de la Directiva 44/99 prevé la posibilidad de que los Estados miembro pueden disponer que para que el consumidor pueda hacer valorar sus

derechos deba «informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde la fecha en que se percató de dicha falta de conformidad».

Esta previsión ha desaparecido de la PDirCOM<sup>120</sup>. El Considerando 25 lo argumenta así: «La posibilidad opcional para los Estados miembro de mantener las obligaciones de notificación para los consumidores puede suponer que estos pierdan la oportunidad de una subsanación suficientemente fundamentada debido al retraso o la falta de notificación, especialmente en transacciones transfronterizas en las que es aplicable la legislación de otro Estado miembro y el consumidor desconoce dicha obligación de notificación en virtud de esa legislación. Por tanto, no debe imponerse a los consumidores la obligación de notificación. En consecuencia, los Estados miembro deben abstenerse de introducir o mantener un requisito por el que el consumidor deba notificar al vendedor la falta de conformidad dentro de un plazo determinado».

Por lo tanto, de aprobarse la Directiva, parece que habría que derogar el artículo 123.5 TRLGDCU, que establece la obligación del consumidor de informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses, «desde que tuvo conocimiento de ella», aunque el incumplimiento de esta obligación de notificar en el plazo señalado no tenga como efecto la pérdida del derecho a reclamar, sino, exclusivamente, la de responder de daños «efectivamente ocasionados» por el retraso en la comunicación.

#### 9. ALGUNAS PRECISIONES SOBRE LA GRATUIDAD DE LA PUESTA EN CONFORMIDAD EN EL CASO DE SUSTITUCIÓN

El artículo 10 de la PDirCOM confirma algunos aspectos relativos a la gratuidad de la puesta en conformidad, en el caso de sustitución, que, como hemos visto, ya habían sido precisados por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

a) Se prevé, así, que «el vendedor deberá recuperar los bienes sustituidos a sus expensas, salvo que las partes hayan acordado otra cosa una vez que la falta de conformidad con el contrato haya sido puesta en conocimiento del vendedor por el consumidor»; y, así mismo, que, cuando «el consumidor haya instalado los bienes de forma consistente con su naturaleza y finalidad, antes de que la falta de conformidad con el contrato se ponga de manifiesto, la obligación de recuperar los bienes sustituidos incluirá la retirada de los bienes no conformes y la instalación de los bienes sustituidos, o la asunción del coste correspondiente».

No se dice expresamente que el vendedor se haga cargo de la obligación de reponer los bienes de reemplazo, cuando sea él mismo quien haya instalado los sustituidos, pero se sobreentiende<sup>121</sup>.

b) Se prevé también que el consumidor «no será responsable de ningún pago por el uso hecho del objeto sustituido durante el periodo previo a la

sustitución»<sup>122</sup>. Por lo tanto, no es posible que el vendedor exija al comprador una indemnización por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien<sup>123</sup>.

#### 10. LA ADMISIÓN DE LA RESOLUCIÓN MEDIANTE NOTIFICACIÓN EXTRAJUDICIAL

Es destacable que el artículo 13.I de la PDirCOM establece que el consumidor puede resolver el contrato «mediante notificación al vendedor por cualquier medio», por lo tanto, también extrajudicialmente, lo que excluye que la legislación de los Estados miembro pueda exigir la resolución judicial<sup>124</sup>.

Esta novedad no va a tener una gran repercusión práctica en el Derecho español, pues, si bien es cierto que el artículo 1124 del Código civil contempla, exclusivamente, la resolución judicial (según se desprende de su párrafo tercero), lo cierto es que es doctrina jurisprudencial consolidada que es posible la resolución extrajudicial<sup>125</sup>, mediante una declaración de carácter recepticio, aunque, si resulta discutida por el vendedor o si se niega a la restitución del precio, será necesario acudir a los Tribunales, teniendo la sentencia que se dicte un carácter meramente declarativo<sup>126</sup>.

#### 11. REGULACIÓN DE CIERTOS EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

La PDirCOM es también novedosa, porque regula ciertos efectos de la resolución del contrato, materia esta que la Directiva 99/44 encomienda a las legislaciones nacionales.

El artículo 13.III de la PDirCOM establece, así, que la restitución de las prestaciones debe hacerse, «sin demora indebida» y, siempre, antes del transcurso de 14 días, desde el envío de la notificación de la resolución, en el caso del comprador, y desde su recepción, en el caso del vendedor, que deberá correr, tanto con el coste del reembolso, como con el generado por la devolución del bien.

El mismo precepto recoge dos previsiones para los supuestos de pérdida o deterioro del producto:

a) En el supuesto de destrucción o pérdida del bien, el comprador pagará al vendedor el valor monetario que tendrían en la fecha en que debería haberse devuelto, «salvo que la destrucción o pérdida hayan sido causadas por la falta de conformidad de los bienes con el contrato», en cuyo caso, claro está, nada habrá de pagar.

b) En el supuesto de disminución de valor del bien, el consumidor solo pagará lo que exceda de la depreciación por un uso regular del mismo, con el

tope máximo del precio pagado por el producto. Por lo tanto, la depreciación del producto derivada de su normal uso es de cargo del vendedor.

El artículo 13.III de la PDirCOM contempla la posibilidad de resolución parcial, cuando la falta de conformidad se refiera solo a algunos de los bienes entregados, en cuyo caso, el comprador «podrá resolver el contrato solo respecto de dichos bienes y cualesquiera otros bienes que el consumidor hubiera adquirido como un accesorio de los bienes no conformes».

## VII. PROPUESTA RELATIVA A DETERMINADOS ASPECTOS DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE CONTENIDOS DIGITALES

Concluiremos este trabajo con el examen de los aspectos más significativos de la Propuesta relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, que es fruto del desdoblamiento de una regulación que en el CESL tenía carácter unitario.

Por ello, la PDirSCD sigue el mismo esquema que la PDirCOM, al regular los contratos de suministro de contenidos digitales a los consumidores<sup>127</sup>, en los que estos pagan un precio o facilitan «activamente otra contraprestación no dineraria en forma de datos personales u otro tipo de datos» (art. 3.I y III)<sup>128</sup>, aplicándose también (al igual de lo que acontece con la PDirCOM) también a los celebrados presencialmente, incluidos a los soportes duraderos utilizados «exclusivamente como transmisor de contenidos digitales».

Por lo tanto, el eje de la regulación, también de máximos (en relación con las legislaciones nacionales) y de carácter imperativo (respecto de las partes contratantes), gira en torno a la imposición al proveedor de un deber de conformidad (art. 6) que, al igual de lo que ocurre en la PDirCOM, alcanza también a los defectos de carácter jurídico (art. 8)<sup>129</sup> y a la integración de los contenidos digitales (art. 7)<sup>130</sup>. Así mismo, establece una jerarquización de remedios jurídicos, distinguiendo entre primarios y secundarios (reducción del precio y resolución del contrato), por lo que nos limitaremos aquí a destacar solo los principales aspectos en los que la PDirSCD se aparta de la PDirCOM.

### 1. LA IMPOSIBILIDAD DE QUE EL CONSUMIDOR OPTE POR LA MODALIDAD DE PUESTA EN CONFORMIDAD

El consumidor no puede aquí elegir la concreta forma de cumplimiento forzoso que desea, sino que es el proveedor quien decide cómo llevar a cabo la puesta en conformidad, si bien siempre con carácter gratuito (art. 12.I), sin

que, además, se prevea la posibilidad de que el consumidor pueda suspender el pago del precio mientras se realiza.

El Considerando 36 expone que «Dependiendo de las características técnicas de los contenidos digitales, el proveedor podrá seleccionar una forma específica de poner los contenidos digitales en conformidad con el contrato, por ejemplo, haciendo actualizaciones o solicitando que el consumidor acceda a una nueva copia de los contenidos digitales».

2. LA EXIGENCIA DE QUE LA FALTA DE CONFORMIDAD AFECTE A LAS CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DE FUNCIONAMIENTO PARA PODER RESOLVER EL CONTRATO

La resolución, que se mantiene como remedio jurídico subsidiario, no solo exige (alternativamente) que el cumplimiento forzoso sea imposible, desproporcionado o ilegal; que no se haya llevado a cabo en tiempo razonable; que cause inconvenientes mayores al consumidor; o que el proveedor haya declarado o se desprenda de las circunstancias que no pondrá los contenidos digitales en conformidad en un plazo razonable.

Para que puede resolverse el contrato, se requiere, además, que la falta de conformidad impida «su funcionalidad, interoperabilidad y otras características principales de funcionamiento de los contenidos digitales, tales como su accesibilidad, continuidad y seguridad» (art. 37.VI). Parece, pues, excluirse que el consumidor pueda pedir la reparación por faltas de conformidad «de escasa entidad»<sup>131</sup>, si bien la prueba de que la misma afecta a las características principales de la prestación recae sobre el proveedor<sup>132</sup>.

3. LA INEXISTENCIA DE PLAZOS DE GARANTÍA Y DE INVERSIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA

No se establece un plazo máximo dentro del cual deba manifestarse la falta de conformidad, sino que el proveedor responde de todas las que surjan durante el periodo de duración del contrato (art. 10.c). En el Considerando 29 de la Propuesta se explica, así, el motivo de esta solución: «Muchos tipos de contenidos digitales se suministran a lo largo del tiempo. Por ejemplo, los consumidores acceden a servicios en la nube durante un periodo de tiempo. Por ello es importante garantizar que el contenido digital sea conforme con el contrato durante la vigencia del mismo. Además, dada la mejora frecuente de los contenidos digitales, debido en particular a las actualizaciones, la versión de los contenidos digitales suministrados al consumidor debe ser la más reciente que esté disponible en el momento de celebrar el contrato».

Tampoco existe un plazo de inversión de la carga de la prueba. El proveedor solo puede eximirse de responder por la falta de conformidad cuando



«demuestre que el entorno digital del consumidor no es compatible con la interoperabilidad y con otros requisitos técnicos de los contenidos digitales, y cuando el proveedor informe al consumidor sobre dichos requisitos antes de la celebración del contrato» (art. 9.2). En el Considerando 32 se observa que, debido «a la naturaleza específica de los contenidos digitales por su gran complejidad y el conocimiento y acceso a la técnica, la información técnica y la asistencia técnica específica del proveedor, este se encuentra en una mejor posición que el consumidor para conocer los motivos de la falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales».

No obstante, el consumidor tiene la obligación de cooperar con el proveedor en la medida de lo posible y de lo necesario para determinar su entorno digital, con los «medios técnicos disponibles que sean menos intrusivos para el consumidor» (art. 9.3.). Dice el Considerando 33, que «Esto puede realizarse a menudo, por ejemplo, facilitando al proveedor informes sobre incidentes generados automáticamente o datos de la conexión a internet del consumidor. Solo en circunstancias excepcionales y debidamente justificadas en las que el mejor uso de otros recursos no resuelva el problema, también puede hacerse permitiendo el acceso virtual al entorno digital del consumidor». En todo caso, cuando el consumidor «se niegue a cooperar, la carga de la prueba en relación con la no conformidad con el contrato corresponderá al consumidor» (art. 9.3, *in fine*).

No se establece un plazo mínimo de prescripción de las acciones por falta de conformidad, por lo que será esta una cuestión encomendada a las legislaciones nacionales.

#### 4. NORMAS RELATIVAS AL EJERCICIO Y EFECTOS DE LA RESOLUCIÓN

Se incluyen también aquí normas relativas al ejercicio y efectos de la resolución contractual<sup>133</sup>.

Se reitera que la notificación de resolución podrá ser comunicada «por cualquier medio» (se admite, pues, la resolución extrajudicial) al proveedor, quien también «reembolsará al consumidor el precio pagado sin demora indebida, y en cualquier caso a más tardar a los 14 días desde la recepción de la notificación» (art. 13.I y II.a).

Pero, además, le imponen unas obligaciones específicas que resultan de la peculiar naturaleza de los contenidos digitales.

El proveedor adoptará «todas las medidas que podrían esperarse para abstenerse de utilizar las contraprestaciones no dinerarias que el consumidor haya facilitado a cambio de los contenidos digitales» (como el nombre, la dirección de correo electrónico o las fotos directamente suministradas a solicitud de aquel), «así como cualesquiera otros datos recogidos por el proveedor en relación con el suministro de los contenidos digitales» (también, indirectamente, por ejemplo,

mediante cookies), «incluido cualquier contenido facilitado por el consumidor», a excepción del «que haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas que continúen haciendo uso del contenido» (art. 13.II b), siendo el caso paradigmático el de las intervenciones en blogs interactivos que formen parte de hilos de conversaciones, intervenciones que no pueden ser eliminadas, pues su supresión dejaría huecos, por lo que haría ininteligible el intercambio de opiniones o el mensaje global conformado por la suma de los mensajes individuales<sup>134</sup>.

Respecto a la concreta forma en que debe hacerse efectivo el deber de abstención, el Considerando 37 observa que el proveedor, no solo se abstendrá de utilizar los datos del consumidor, sino también de transferirlos a un tercero o de permitir que un tercero tenga acceso a los mismos, precisando que debe cumplir todas las medidas exigidas por las «leyes de protección de datos eliminándolos o transformándolos en anónimos, de forma que el consumidor no pueda ser identificado por ningún medio que el proveedor o cualquier otra persona pudiera utilizar razonablemente».

El proveedor facilitará, además, al consumidor «los medios técnicos para recuperar todos los contenidos facilitados por el consumidor, así como cualquier otro dato producido o generado mediante el uso por el consumidor de los contenidos digitales, en la medida en que estos hayan sido retenidos por el proveedor» (art. 13.II. c)<sup>135</sup>. Entre los primeros el Considerando 15 se refiere a la «música, archivos de vídeo, fotografías, juegos o aplicaciones»; entre los segundos «a imágenes digitales, archivos de vídeo y audio, blogs, foros de discusión, formatos de colaboración basados en texto, publicaciones, chats, tuits, registros, *podcasting*, contenido creado en dispositivos móviles, contenido creado en el contexto de entornos virtuales en línea, calificaciones y colecciones de enlaces relativos al contenido en línea».

La recuperación de contenidos «se realizará, sin cargo alguno, sin mayores inconvenientes, en un plazo de tiempo razonable y con un formato de datos utilizado habitualmente» (art. 13.II.c). En el Considerando 40 se explica que «el consumidor debe poder recuperarlos sin cargo alguno; por ejemplo, el gasto de emplear un formato de datos comúnmente utilizado, a excepción de los gastos generados por su propio entorno digital, incluidos los costes de conexión a la red, ya que estos no están relacionados específicamente con la recuperación de los datos».

Respecto de las obligaciones del consumidor, se distingue, según que los datos digitales se hubieran suministrado, o no, en un soporte duradero: en el primer caso, lo devolverá, a solicitud del proveedor y a expensas de este, «sin demora injustificada» (y, en cualquier caso, no más tarde de los 14 días siguientes a la recepción de la solicitud), «eliminará cualquier copia utilizable de los contenidos digitales, los transformará en ininteligibles o se abstendrá de otra forma de utilizarlos o de ponerlos a disposición de terceros»; en el segundo caso,

«el consumidor se abstendrá de utilizar los contenidos digitales o de ponerlos a disposición de terceros, en particular eliminando los contenidos digitales o transformándolos en ininteligibles» (art. 13.II.d)<sup>136</sup>.

«Al consumidor no se le podrá reclamar ningún pago por el uso realizado de los contenidos digitales durante el periodo previo a la sustitución» (art. 13. IV), dado que, según se explica en el Considerando 41, la solución contraria, «le privaría de una protección efectiva».

«Si los contenidos digitales se han suministrado a cambio del pago de un precio durante el periodo de tiempo establecido en el contrato, el consumidor podrá resolver el contrato solo en relación con dicha parte del periodo de tiempo durante el que los contenidos digitales no hayan sido conformes con el contrato» (art. 13.V)<sup>137</sup>, resolución parcial que en el Considerando 42 se explica por la «necesidad de equilibrar los intereses de consumidores y proveedores». «Sin embargo —añade, cuando los contenidos digitales se suministren por una contraprestación no dineraria, la resolución parcial no resulta factible dado que es imposible distribuir proporcionalmente una contraprestación no dineraria».

## 5. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS CAUSADOS AL ENTORNO DIGITAL DEL USUARIO

Por último, es de resaltar que el artículo 14 de la PDirSCD contiene una norma de carácter resarcitorio, según la cual «El proveedor será responsable ante el consumidor por cualquier daño económico ocasionado al entorno digital del consumidor debido a una falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales o a un incumplimiento en el suministro de los mismos», precisando que «La indemnización por daños y perjuicios pondrá al consumidor en una posición lo más similar posible a aquella en la que se encontraría si los contenidos digitales se hubieran suministrado debidamente y hubieran estado de conformidad con el contrato».

El Considerando 44 explica que «El principio de la responsabilidad por daños y perjuicios del proveedor es un elemento esencial de los contratos de suministro de contenidos digitales»; y que «Para aumentar la confianza de los consumidores en los contenidos digitales, este principio debe regularse a nivel comunitario con el fin de garantizar que los consumidores no se vean perjudicados si su *hardware* o *software* sufre daños por contenidos digitales no conformes con el contrato».

No obstante, la PDirSCD se limita a establecer el principio del resarcimiento, encomendando a los Estados miembro la regulación de «las condiciones detalladas para el ejercicio del derecho a reclamar daños y perjuicios» (art. 15), llamando la atención el Considerando 44 sobre la circunstancia de «que los descuentos en el precio de futuros suministros de contenidos digitales, especialmente cuando son ofrecidas por los proveedores como una indemnización

exclusiva por daños y perjuicios, no colocan necesariamente al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría».

Obviamente, el artículo 14 de la PDirSCD no excluye que los consumidores puedan reclamar, con arreglo a la ley nacional aplicable, el resarcimiento de otros daños causados a su persona o patrimonio como consecuencia de la falta de conformidad (por ejemplo, daños causados a su intimidad o derechos de propiedad intelectual).

## IX. CONCLUSIONES

I. El viejo sistema de remedios jurídicos contenido en los códigos continentales decimonónicos (de los que es ejemplo paradigmático el régimen del saneamiento por vicios ocultos), por su carácter disperso y fragmentario, se ajusta mal a las necesidades de seguridad del tráfico jurídico y a la realidad económica actual, en la que la mayoría de las ventas lo son de cosa genérica, por lo que la jurisprudencia ha ideado discutibles formas de eludirlo (muy señaladamente la doctrina del *aliud pro alio*).

II. Frente a ello, en el ámbito del Derecho de consumo, en virtud de la Directiva 1999/44, de 25 de mayo, se introduce un nuevo sistema que gira en torno al concepto de «falta de conformidad», concepto que engloba todos los posibles defectos de los que puede adolecer un bien, atribuyéndose al consumidor unos remedios jurídicos uniformes, que son los típicos frente a una situación de cumplimiento defectuoso de la prestación: sustitución o reparación y resolución (en los casos de incumplimientos de cierta entidad), conservándose, además, la vieja acción estimatoria, procedente del Derecho Romano.

Esta Directiva 1999/44 fue traspuesta fielmente a nuestro Derecho interno por la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantía en los bienes de consumo, cuya disciplina se halla actualmente subsumida en el TRLGDCU, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre. El resultado de esta trasposición ha provocado una dicotomía de regulaciones legales en materia de compraventa: las de consumo, respecto de las que se aplica el régimen de conformidad, y las sujetas al Código civil o al Código de comercio, respecto de las cuales, sigue, en cambio, vigente, el régimen del saneamiento por vicios ocultos (complementado con la artificiosa doctrina del *aliud pro alio*).

Esta situación ha provocado una insatisfacción generalizada, lo que ha dado lugar a la elaboración de diversas tentativas académicas (fuertemente influidas por la Convención de Viena) con el fin de acabar con esta dicotomía, incluyendo el deber de conformidad en el Código civil. En particular, es de reseñar la Propuesta de la Comisión General de Codificación de Modernización del Código civil en materia de Obligaciones y Contratos de 2009 y el Libro V de la Propuesta de Código civil de 2015, elaborada por la Asociación de Derecho

civil (su última versión es de 2016); así mismo, en las legislaciones civiles de carácter regional, la regulación —de constitucionalidad dudosa— contenida en el Libro VI del Código civil de Cataluña, relativo a las obligaciones y contratos, aprobado por Ley 3/2017, de 15 de febrero.

III. En el ámbito del Derecho Comunitario se intenta afianzar y extender el deber de conformidad con el fin de crear un Mercado Único Digital, que, a través de Directivas de máximos, remueva las diferencias contractuales existentes en las legislaciones nacionales de los Estados miembro, para reducir costes de transacción y dotar de seguridad jurídica a las operaciones transfronterizas, con el fin de favorecer la competencia entre las empresas, la reducción de precios y el nivel de intercambio y generación de riqueza.

Con tal fin, han surgido una serie de iniciativas, entre las que hay que destacar la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, de 9 de diciembre de 2015, y la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, de 31 de octubre de 2017, que sustituyen a la Propuesta de Reglamento Comunitario, de 11 de octubre de 2011.

IV. La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes mantiene la persistencia de la jerarquización de los remedios jurídicos, dando primacía al cumplimiento forzoso frente a los remedios jurídicos secundarios (resolución y reducción del precio); en el ámbito del cumplimiento forzoso precisa que la desproporción que impide al consumidor optar entre la sustitución y la reparación, es, exclusivamente, la relativa (esto es, la que toma como punto de comparación la forma de saneamiento elegida en relación con la descartada); excluye el requisito de que la falta de conformidad no sea de escasa entidad para poder resolver el contrato; contempla expresamente la facultad de suspender el pago del precio mientras se lleva a cabo la puesta en conformidad del bien; amplía a dos años el plazo de presunción de existencia de la falta de conformidad; desaparece la posibilidad de que las legislaciones nacionales establezcan la exigencia de una notificación previa de la falta de conformidad; admite la resolución mediante notificación extrajudicial; y regula ciertos efectos de la resolución del contrato.

V. La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales en sus líneas esenciales, comparte los criterios de la anterior, aunque existen algunas diferencias significativas: el consumidor no puede elegir la concreta forma de cumplimiento forzoso que desea, sino que es el proveedor quien decide cómo llevar a cabo la puesta en conformidad, si bien siempre con carácter gratuito, sin que, además, se prevea la posibilidad de que el consumidor pueda suspender el pago del precio mientras se realiza; se exige que la falta de conformidad afecte a las características principales de funcionamiento para poder resolver el contrato; no se contemplan plazos de garantía y de inversión de la carga de la prueba; se establecen normas

específicas relativas al ejercicio y a los efectos de la resolución; y se prevé la indemnización de los daños causados al entorno digital del usuario.

## INDICE DE RESOLUCIONES

- STJUE (Sala 1.<sup>a</sup>) de 17 de abril de 2008, Quelle, C-404/06.
- STJUE (Sala 1.<sup>a</sup>) de 16 de junio de 2011, Weber y Putz, C-65 y C-97/09.
- STJUE (Sala 1.<sup>a</sup>) de 3 de octubre de 2013, Duarte Cueros, C-32/12.
- ATC de 3 de octubre de 2017 (BOE-A-2017-11780).
- STS de 24 de octubre de 1941 (RAJ 1941, 1091).
- STS de 28 de enero de 1943 (RAJ 1943, 121).
- STS de 1 de julio de 1947 (JCiv 1947, núm. 185).
- STS de 31 de octubre de 1961 (RAJ 1961, 4071).
- STS de 23 de junio de 1965 (JCiv 1965, núm. 520).
- STS de 28 de noviembre de 1970 (RAJ 1970, 5249).
- STS de 25 de abril de 1973 (RAJ 1973, 2289).
- STS de 20 de junio de 1980 (RAJ 1980, 2412).
- STS de 23 de marzo de 1982 (RAJ 1982, 1500).
- STS de 10 de junio de 1983 (RAJ 1983, 3454).
- STS de 13 de junio de 1983 (RAJ 1983, 3521).
- STS de 22 de marzo de 1984 (RAJ 1984, 1316).
- STS de 22 de octubre de 1984 (RAJ 1984, 4909).
- STS de 15 de abril de 1987 (RAJ 1987, 2710).
- STS de 7 de enero de 1988 (RAJ 1988, 117).
- STS de 12 de febrero de 1988 (RAJ 1988, 941).
- STS de 6 de abril de 1989 (RAJ 1989, 2994).
- STS de 26 de octubre de 1990 (RAJ 1990, 8052).
- STS de 12 de julio de 1991 (RAJ 1991, 1547).
- STS de 14 de mayo de 1992 (RAJ 1992, 4121).
- STS de 17 de febrero de 1994 (RAJ 1994, 1621).
- STS de 23 de julio de 1994 (RAJ 1994, 6587).
- STS de 6 de noviembre de 1995 (RAJ 1995, 8077).
- STS de 29 de diciembre de 1995 (RAJ 1995, 9611).
- STS de 14 de junio de 1996 (RAJ 1996, 4770).
- STS de 30 de junio de 1997 (RAJ 1997, 5406).
- STS de 1 de diciembre de 1997 (RAJ 1997, 8693).
- STS de 21 de marzo de 2001 (RAJ 2001, 4748).
- STS de 11 de febrero de 2002 (RAJ 2002, 2889).
- STS de 1 de julio de 2002 (RAJ 2002, 5512).
- STS de 17 de febrero de 2003 (RAJ 2003, 1165).
- STS de 10 de julio de 2003 (RAJ 2003, 4339).

- STS de 17 de octubre de 2005 (*RAJ* 2005, 8593).
- STS de 21 de junio de 2007 (*RAJ* 2007, 3782).
- STS de 19 de mayo de 2008 (*RAJ* 2008, 3091).
- STS de 11 de marzo de 2011 (*RAJ* 2011, 2767).
- STS de 11 de abril de 2013 (*RAJ*, 2013, 3490).
- STS de 25 de septiembre de 2003 (*RAJ* 2003, 6444).
- STS de 18 de noviembre de 2013 (*RAJ* 2013, 2233).
- STS de 28 de junio de 2015 (*RAJ* 2015, 3884).
- STS de 14 de diciembre de 2015 (*RAJ* 2015, 5743).
- STS de 30 de diciembre de 2015 (*RAJ* 2015, 5748).
- STS de 7 de abril de 2016 (*RAJ* 2016, 4289).
- STS de 25 de mayo de 2016 (*RAJ* 2016, 4301).
- STS de 5 de marzo de 2018 (*RAJ*, 2018, 898).
- STSJ de Navarra de 28 de abril de 1992 (*RAJ* 1992, 6197).
- SAP de La Coruña de 29 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001, 41595).
- SAP de Gerona de 13 de noviembre de 2001 (*AC* 2002, 549).
- SAP de Palencia de 15 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 63396).
- SAP de Barcelona de 23 de mayo de 2005 (*AC* 2005, 1137).
- SAP de Madrid de 29 de septiembre de 2005 (*AC* 2005, 2241).
- SAP de Zaragoza de 14 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 254577).
- SAP de Pontevedra de 6 de junio de 2007 (*JUR* 2017, 293885).
- SAP de Granada de 3 de octubre de 2007 (*AC* 2007, 2021).
- SAP de Madrid de 5 de diciembre de 2007 (*JUR* 2018, 101642).
- SAP de Sevilla de 31 de marzo de 2008 (*AC* 2008, 2217).
- SAP de Jaén de 3 de febrero de 2009 (*JUR* 2009, 198621).
- SAP de Barcelona de 1 de septiembre de 2009 (*JUR* 2009, 492586).
- SAP de León de 15 de octubre de 2009 (*JUR* 2009, 468486).
- SAP de Cantabria de 24 de marzo de 2009 (*AC* 2009, 1382).
- SAP de Albacete de 3 de diciembre de 2010 (*JUR* 2011, 46661).
- SAP de Cantabria de 26 de septiembre de 2012 (*AC* 2013, 322).
- SAP de Ciudad Real de 7 de marzo de 2014 (*AC* 2014, 357).
- SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 1411).
- SAP de Las Palmas de 19 de enero de 2016 (*AC* 2016, 915).
- SAP de Jaén de 20 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 57042).
- SAP de León de 15 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 228034).
- SAP de Vizcaya de 24 de noviembre de 2016 (*AC* 2017, 80).
- SAP de Barcelona de 31 de octubre de 2016 (*JUR* 2017, 41095).
- SAP de Pontevedra de 21 de septiembre de 2017 (*JUR* 2017, 252232).
- SAP de Barcelona de 6 de octubre de 2017 (2017, 292550).
- SAP de Cantabria de 13 de marzo de 2018 (*AC* 2018, 443).
- SAP de Cantabria de 10 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 116364).
- SAP de Cuenca de 4 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 184446).

## BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2002). Un nuevo Derecho de obligaciones. *ADC*. T. III.
- (2016). Los modelos europeos en las proyectadas reformas de la compraventa en el Código civil. En A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz (dir.). *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la Trasposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos españoles y alemán*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- ARIAS-SALGADO ROBSY, M.<sup>a</sup> E. (2005). La Ley de garantías en la venta de bienes de consumo. Principales novedades y la valoración de la protección para el usuario y el consumidor. El principio de conformidad. En P. Aguirre Zamorano (dir.). *La compraventa: Ley de garantías. Cuadernos de Derecho Judicial*. XI.
- ARROYO AMAYUELAS, E. (2016). La propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia. *InDret*, julio.
- AVILÉS GARCÍA, J. (2006). *Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1994/44/CE y la Ley 23/2003*. Granada: Comares.
- (2016). Las garantías derivadas de la compraventa de bienes de consumo: garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos. En A. de León Arce (dir.) y L. M.<sup>a</sup> García García (coord.). *Derechos de los consumidores y usuarios. Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*. 3.<sup>a</sup> ed. t. I. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BADOSA COLL, F. (2004). El elemento temporal en el supuesto de hecho de la responsabilidad del vendedor. Los plazos del artículo 5 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo. En J. Lete Achirica (dir.). *Garantías en la venta de bienes de consumo*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela.
- BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R. (1969). La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa. *ADC*. Fasc. 4.º, 777-838.
- CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015. *InDret*, julio.
- CASTILLA BAREA, M. (2005). *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*. Madrid: Dykinson.
- CASTILLO PARRILLA, J. A. (2017). El impulso normativo europeo en el marco de la estrategia para el mercado único digital en Europa y los principios de la contratación electrónica en España: especial referencia al contrato para el suministro de contenidos digitales. En L. B. Pérez Gallardo (coord.). *Contratación electrónica y protección de los consumidores —una visión panorámica*. Madrid: Reus.
- CLEMENTE MEORO, M. (2009). La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2131, mayo.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2011). La propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2130, abril.



- FENOY PICÓN (1996). *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- (2006). *El sistema de protección del comprador*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
  - (2010). La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento. *ADC*. Fasc. 1.º, 47-136.
  - (2011). La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento. *ADC*. Fasc. 4.º, 1481-1684.
- FERRANTE, A. (2012). *La reducción del precio en la compraventa*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Aranzadi.
- (2016). ¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, núm. 30. Enero-junio.
  - (2016). Obligación y garantía. La cripto-naturaleza de los remedios contractuales y de su jerarquía en el actual panorama jurídico. *ADC*. Fasc. 3.º, 865-923.
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2013). La acción *quantum minoris* como un remedio contractual general. En A. Carrasco Perera (dir.). *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- GÓMEZ CALLE, E. (2011). Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del marco común de referencia. *ADC*, 29-102.
- GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.ª A. (2014). La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas. *Anuario de Derecho Civil*.
- LÓPEZ LÓPEZ, A. (1998). *Ad artículo 50 CV*. En L. Díez-Picazo (dir.). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas.
- LLAMAS POMBO, E. (2014). *La compraventa*. Madrid: La Ley.
- LLACER MATA CÁS, M.ª R. (1992). *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*. Barcelona: Bosch.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009a). *Ad artículo 116 TRLGDCU*. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.
- (2009b). *Ad artículo 117 TRLGDCU*. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.
  - (2009c). *Ad artículo 118 TRLGDCU*. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.
  - (2009d). *Ad artículo 121 TRLGDCU*, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumi-*

- dores y Usuarios y otras leyes complementarias. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi.
- MORALES MORENO, A. M. (1980). El alcance protector de las acciones edilicias. *ADC*. Fasc. 3.º, 585-686.
- (1991). *Ad artículo 1486 CC*. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz y P. Salvador Coderch (dir.). *Comentario del Código civil*. T. II. Madrid: Ministerio de Justicia.
- (1998). *Ad artículo 35 CV*. En L. Díez-Picazo (dir.). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas.
- (2003). Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa. *ADC*. Fasc. 4.º, 1609-1652.
- (2012). Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de las cosas. *ADC*, Fasc. 1.º, 5-28.
- MILÀ RAFEL, R. (2016). Intercambios digitales en Europa: las Propuestas de Directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales. *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 17.
- O'CALLAGHAN MUÑOZ, J. (2005). Nuevo concepto de la compraventa cuando el comprador es consumidor. En M.ª J. Reyes López (coord.). *La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de Presente y Perspectivas de Futuro*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi.
- ORTÍ VALLEJO, A. (2002). *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*. Granada: Comares.
- RÍO FERNÁNDEZ, L. J. (2005). La garantía comercial y la responsabilidad civil del vendedor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo. El ejercicio de acciones derivadas de la Ley, en P. Aguirre Zamorano (dir.). *La compraventa: Ley de garantías. Cuadernos de Derecho Judicial*. XI.
- SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). La reforma del contrato de compraventa a través de la adopción de un concepto único y artículo de incumplimiento. En: A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz (dir.). *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la Trasposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos españoles y alemán*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2011). La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿Lo mejora es enemigo de lo bueno? *ADC*. Fasc. 4.º, 1685-1724.
- SPINDLER, G. (2016). Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015. *InDret*, julio.
- TORRELLES TORREA, E. (2011a). *Ad artículo 114 TRLGDCU*. En S. Cámara Lapuente (dir.). *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* Madrid: Colex.
- (2011b). *Ad artículo 117 TRLGDCU*. En S. Cámara Lapuente (dir.). *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* Madrid: Colex.

- (2011c). *Ad artículo 119 TRLGDCU*. En S. Cámara Lapuente (dir.). *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* Madrid: Colex.
- (2011d). *Ad artículo 121 TRLGDCU*. En S. Cámara Lapuente (dir.). *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* Madrid: Colex.
- TORRUBIA CHALMETA, B. (2016). Mercado único digital y concepto de consumidor. *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 22, junio.
- TUR FAÜNDEZ, M.<sup>a</sup> N. (2013). Vicios ocultos y *aliud pro alio*: estado de la jurisprudencia, en Á. Carrasco Perera (dir.). *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi.
- VAQUER ALOY, A. (2011). El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones? *ADC*. Fasc. 1.º, 5-40.

## NOTAS

<sup>1</sup> Respecto de ellas puede ARROYO AMAYUELAS, E. (2016). La propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia». *Indret*, julio; CÁMARA LAPUENTE, S. (2016). El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015. *Indret*, julio; CASTILLO PARRILLA, J. A. (2017). El impulso normativo europeo en el marco de la estrategia para el mercado único digital en Europa y los principios de la contratación electrónica en España: especial referencia al contrato para el suministro de contenidos digitales. En L. B. Pérez Gallardo (coord.). *Contratación electrónica y protección de los consumidores —una visión panorámica*. Madrid: Reus, 122-136; MILÀ RAFEL, R. (2016). Intercambios digitales en Europa: las Propuestas de Directiva sobre compraventa en línea y suministro de contenidos digitales. *Revista CES- CO de Derecho de Consumo*. Núm. 17; SPINDLER, G. (2016). Contratos de suministro de contenidos digitales: ámbito de aplicación y visión general de la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015. *Indret*, julio; TORRUBIA CHALMETA, B. (2016). Mercado único digital y concepto de consumidor. *IDP, Revista de Internet, Derecho y Política*, núm. 22, junio, 19-29.

<sup>2</sup> Bruselas 9 de diciembre de 2015 COM (2015) 635 final, 2015/0288 (COD).

<sup>3</sup> Bruselas 9 de diciembre de 2015 COM (2015) 634 final, 2015/0287 (COD).

<sup>4</sup> Una vez admitido que la idea de elaborar un Código europeo común de Derecho Privado, surgida de las resoluciones del Parlamento Europeo de 26 de mayo de 1989, sobre esfuerzo para armonizar el Derecho privado de los Estados miembro (A2-157/89), y de 6 de mayo de 1994, sobre armonización de determinados sectores del Derecho privado de los Estados miembro (A3-0329/94), parece que haya quedado en el olvido, sin que, ni los Principios de Derecho Europeo de los Contratos (PECL, en sus siglas inglesas), ni el Marco Común de Referencia (DCFR, en sus siglas inglesas), hayan pasado, por el momento, de ser meras propuestas académicas. V. a este respecto las consideraciones de FERRANTE, A. (2016a). ¿Quimera o Fénix? El recorrido europeo y latinoamericano hacia un derecho común de los contratos. *Revista de Derecho Privado*, núm. 30, enero-junio, 108-113.

<sup>5</sup> Bruselas 11 de octubre de 2011 COM (2011) 635 final, 2011/0284 (COD).

<sup>6</sup> La opción por el instrumento legal de la Directiva, en lugar del Reglamento se explica en las Exposiciones de Motivos de las Propuestas del siguiente modo: «La elección de una Directiva deja libertad a los Estados miembro 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».

<sup>7</sup> En la Exposición de Motivos de la PDirCOM se explica que «En la reunión informal del Consejo de Justicia y Asuntos de Interior de 7 de julio de 2017, así como en el seno del Grupo de Derecho Civil (Derecho contractual) en el Consejo, la mayoría de Estados miembro expresaron reservas por lo que se refiere a la fragmentación jurídica que resultaría de diferentes regímenes para las ventas a distancia y las ventas presenciales de bienes, alegando que las normas aplicables a las ventas de bienes deben ser las mismas, independientemente del canal de ventas. En consecuencia, algunos Estados miembro opinaron que la Comisión debe presentar una propuesta modificada para ampliar el ámbito de aplicación también a las ventas presenciales».

<sup>8</sup> Bruselas 31 de octubre de 2017 COM (2017) 637 final.

<sup>9</sup> En la Exposición de Motivos de la PDirCOM se observa que el carácter de armonización mínima de la Directiva 1999/44 ha dado lugar a diferencias en las normas de Derecho contractual sobre consumo, derivadas de las normativas nacionales imperativas, que van más allá de las normas mínimas establecidas en dicha Directiva. Por el contrario, «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».

<sup>10</sup> «Además —se añade—, la presente propuesta modificada evita los efectos negativos sobre los operadores que realizan ventas a distancia o presenciales a escala nacional, que se derivarían de la aplicación de diferentes regímenes nacionales de Derecho contractual a los diferentes canales de distribución. Por tanto, la propuesta contempla la tendencia al incremento de las ventas omnicanal y responde a la evolución del mercado, tanto para los consumidores como para las empresas».

<sup>11</sup> Sobre la dicotomía entre el tratamiento de los defectos de los bienes en los sistemas de saneamiento de los códigos decimonónicos y el derivado de la consagración del deber del vendedor de entregar una cosa conforme al contrato propio del Derecho anglosajón, plasmado en la Convención de Viena, *vid.*, MORALES MORENO, M. A. (2012). Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de las cosas. *ADC*. Fasc. 1.º, 5-28.

<sup>12</sup> Históricamente el sentido de las acciones edilicias es claro: se crearon por los ediles curules para proteger a quienes compraban ciertos bienes (esclavos y animales) en aquellos lugares, los mercados, en que los vendedores tenían una situación dominante. Se trataba de acciones que tenían un marcado carácter protector de la parte contratante más débil, esto es, de la que adquiría de un vendedor profesional, quien, por dicha condición, quedaba obligado a responder de los vicios ocultos de las cosas que enajenaba, conociera aquellos, o no.

Es evidente que esta explicación histórica solo se adapta parcialmente al actual régimen de responsabilidad del vendedor, el cual expresa una clara opción legislativa en favor de todo comprador (no solo de quien adquiere de un vendedor profesional), aplicándose los artículos 1484 y siguientes del Código civil a las ventas que tienen lugar entre no comerciantes o entre comerciantes entre sí (esto último, *ex art.* 345 CCo).

El legislador opera un reparto del riesgo, consistente en la existencia de vicios ocultos en la cosa vendida. Y tal reparto del riesgo favorece claramente al comprador frente al vendedor (comerciante, o no). Este responde por el mero hecho objetivo de que la cosa que vende adolezca de defectos que la hagan impropia para el uso al que se la destina o que disminuyan de tal modo su utilidad, que, de haberlos conocido el comprador, no la habría adquirido o habría dado menos precio por ella. El rigor de este régimen de responsabilidad se atempera, sin embargo, limitándolo en el tiempo, conforme a lo previsto en el artículo 1490 del Código civil: una vez pasados seis meses, a contar desde la entrega de la cosa, el riesgo de que esta tuviera vicios ocultos al tiempo de la perfección del contrato pasa a ser de cuenta del comprador, que pierde la posibilidad de ejercitar las acciones edilicias.

El legislador realiza, pues, un reparto del riesgo descrito sobre bases objetivas, que responde a consideraciones socio-económicas. Al vendedor, en principio, le es más fácil conocer los vi-

cios ocultos de la cosa que al comprador. Esta consideración es evidente cuando el vendedor es el mismo fabricante de la cosa, pero también cuando es un comerciante que habitualmente se dedica al tráfico de cierto tipo de bienes, ya que el contacto frecuente con ellos lo convertirá en un experto, de modo que le será más fácil apreciar sus posibles defectos. E, incluso, aunque el vendedor no sea un comerciante, dada su cualidad de propietario, por lo general, se encontrará en mejores condiciones de averiguar el exacto estado del bien que vende. Se exceptúa el caso en que el comprador sea un perito que, por razón de su profesión u oficio, pueda conocer fácilmente los defectos de la cosa que pretende adquirir. Pero, en tal supuesto, el artículo 1484, *in fine*, del Código civil excluye la responsabilidad del vendedor por los vicios ocultos.

Existe otro argumento en orden a justificar la responsabilidad objetiva del vendedor, cual es el de considerar que el riesgo de la existencia en la cosa vendida de un vicio oculto debe recaer sobre aquel que lo crea, poniendo en circulación la cosa defectuosa. Por este solo hecho, el vendedor ha de responder de los daños que originen los vicios que la lastran, entre ellos, el daño que experimenta el comprador, al ver alterado el equilibrio prestacional como consecuencia de la presencia de dichos vicios en la cosa que pretende adquirir. Además, tratándose de ventas entre comerciantes y compradores ocasionales, la responsabilidad objetiva del vendedor supone hacer recaer el riesgo de la existencia de vicios ocultos, no solo en quien lo crea, sino también en quien obtiene un mayor provecho de él, si se atiende, no a la concreta operación de compraventa aisladamente considerada (de la cual el vendedor y comprador ocasional obtienen un beneficio semejante), sino al conjunto de las operaciones de compraventa a través de las cuales el vendedor realiza su actividad profesional de intermediación.

<sup>13</sup> En la doctrina científica española la tesis de que la existencia en la cosa específica vendida de vicios, ocultos y graves, no es un caso de defectuoso cumplimiento de la obligación de entrega tiene autorizados defensores. *Vid.*, así, BERCOVITZ Y RODRÍGUEZ-CANO, R. (1969). La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa. *ADC*. Fasc. 4.º, 777-838; LLACER MATAACÁS, M.ª R. (1992). *El saneamiento por vicios ocultos en el Código civil: su naturaleza jurídica*. Barcelona: Bosch, 157-158; FENOY PICÓN (1996). *Falta de conformidad e incumplimiento en la compraventa (Evolución del ordenamiento español)*, Madrid: Centro de Estudios Registrales, 74-74; o MORALES MORENO, A. M.: (1980). El alcance protector de las acciones edilicias. *ADC*. Fasc. 3.º, 665.

<sup>14</sup> En tal sentido se orienta la jurisprudencia del Tribunal Supremo: puede verse en este sentido STS de 31 de octubre de 1961 (*RAJ* 1961, 4071), STS de 23 de julio de 1994 (*RAJ* 1994, 6587), STS de 30 de junio de 1997 (*RAJ* 1997, 5406), STS de 1 de julio de 2002 (*RAJ* 2002, 5512) y STS de 17 de octubre de 2005 (*RAJ* 2005, 8593); como también un autorizado sector de la doctrina. LLACER MATAACÁS (1992). *cit.*, 573, afirma que «La acción redhibitoria, como acción rescisoria, permite la impugnación de un contrato perfeccionado y apto para producir efectos. Su destrucción retroactiva permite eliminar la falta de equivalencia (vicio de la causa) y restablece la situación anterior a la perfección del contrato». MORALES MORENO, A. M. (1991). *Ad* artículo 1486 del Código civil. En C. Paz-Ares Rodríguez, L. Díez-Picazo Ponce de León, R. Bercovitz y P. Salvador Coderch (dir.). *Comentario del Código civil*. T. II. Madrid: Ministerio de Justicia, 959, afirma que la acción redhibitoria es una acción que, por su función, es posible calificar como rescisoria, incluyéndola en el artículo 1291.5.º del Código civil, ya que trata «de evitar al protegido un perjuicio resultante del juego normal de la ley».

<sup>15</sup> No es, desde luego, una acción de resolución parcial del contrato. *vid.*, a este respecto las consideraciones de FERRANTE, A. (2012). *La reducción del precio en la compraventa*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Reuters Aranzadi, 33 y sigs., como también las de GARCÍA VICENTE, J. R. (2013). La acción *quantum minoris* como un remedio contractual general. En A. Carrasco Perera (dir.). *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 1547-1548.

<sup>16</sup> Esto, a partir de la conocida STS de 23 de marzo de 1982 (*RAJ* 1982, 1500).

<sup>17</sup> La STS de 20 de noviembre de 2008 (*RAJ* 2009, 283) afirma, así, que dicha categoría «se aplica cuando [...] hay una falta tan grave en las cualidades del bien entregado, sea ontológica o funcionalmente, que permite considerar que se está ante un incumplimiento contractual».

<sup>18</sup> STS de 9 de marzo de 2005 (RAJ 2005, 2219).

<sup>19</sup> STS de 21 de octubre de 2005 (RAJ 2006, 1689).

<sup>20</sup> STS de 15 de diciembre de 2005 (RAJ 2006, 1224).

<sup>21</sup> STS de 15 de marzo de 2018 (RAJ 2018, 898).

<sup>22</sup> En un primer momento, el Tribunal Supremo se mostró favorable a la compatibilidad de las acciones edilicias con las de incumplimiento, permitiendo al comprador la posibilidad de optar por el ejercicio de unas u otras, en los supuestos en que el defecto que concurriera en cosa entregada la hiciera totalmente inútil para el uso a que se la destinaba. Tal defecto merecía, pues, la consideración simultánea de vicio redhibitorio, con encaje en el artículo 1484 del Código civil, y de supuesto de entrega de aliud por *alio*, que provocaba la aplicación de los artículos 1101 y siguientes del Código civil.

Es emblemática la STS de 6 de mayo de 1911 (JCiv t. 121, núm. 53), considerando segundo. La demandante había adquirido un motor trifásico con destino a una fábrica de harinas. El motor entregado no funcionó correctamente, siendo objeto de diversas reparaciones por parte de la vendedora, hasta que, siete meses después de instalado, se subsanaron las averías. La compradora demandó indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por el retraso con que el motor había comenzado a funcionar. La demanda se estimó en las dos instancias. La vendedora interpuso recurso de casación, entre cuyos motivos denunció indebida aplicación del artículo 1101 del Código civil y falta de aplicación del artículo 1486 del Código civil. El motivo se articulaba, pues, sobre la base de entender que el supuesto litigioso era un caso de vicios ocultos, y no de incumplimiento contractual; de modo que las normas legales aplicables eran las del saneamiento, y no las generales del Derecho de obligaciones.

El Supremo rechazó tal argumentación. De un lado, entendió que había existido un auténtico incumplimiento del vendedor, ya que el aparato entregado no reunía las condiciones pactadas en el contrato, presentando defectos tales, que para la marcha normal del mismo se requirió un periodo de tiempo que excedió en siete meses el plazo convenido. De otro lado, se pronunció expresamente en favor de la compatibilidad de las acciones edilicias y las generales de incumplimiento en los casos en los que la cosa entregada no se ajusta a las condiciones previamente concertadas: «Entre el artículo 1101, que establece el principio general de las responsabilidades en que incurrir los que en el cumplimiento de sus obligaciones proceden con dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren a tenor de sus compromisos, juntamente con los 1103 y 1104, que desarrollan las que se derivan de la negligencia, de una parte, y de otra, los artículos 1484 y demás referentes a la compraventa, no existe oposición alguna que autorice a estimarlos infringidos, los unos, por aplicación indebida, y los otros, por no haberlos aplicado, porque la obligación del vendedor de sanear la cosa vendida por defectos ocultos y el derecho del comprador de optar en tal caso entre la rescisión del contrato o la rebaja del precio son perfectamente compatibles con el derecho del último a ser indemnizado cuando a consecuencia de esos defectos se le causen daños y perjuicios, ya se originen de haber faltado la otra parte contratante al cumplimiento de sus obligaciones en la forma estipulada, ya de su incuria o negligencia, en relación a que ambas responsabilidades nacen de fuentes distintas o independientes entre sí: las unas, de los defectos que hacen impropia la cosa objeto del contrato para el uso a que se le destina, y la otra, del quebranto causado al patrimonio del comprador, si además concurren los requisitos que establece el artículo 1107».

La misma doctrina fue seguida posteriormente por STS de 1 de julio de 1947 (JCiv 1947, núm. 185), STS de 23 de junio de 1965 (JCiv 1965, núm. 520), STS de 28 de noviembre de 1970 (RAJ 1970, 5249), STS de 25 de abril de 1973 (RAJ 1973, 2289) o STS de 22 de marzo de 1984 (RAJ 1984, 1316).

Esta orientación jurisprudencial era, sin duda, ventajosa para el comprador, en la medida en que le permitía eludir la aplicación del rígido plazo de caducidad del artículo 1490 del Código civil. Sin embargo, provocaba una dualidad normativa, contraria a las exigencias de la lógica jurídica, ya que para un mismo supuesto (defectos que determinan la total inhabilidad de la cosa para servir al uso para el que se destina), se preveían dos remedios jurídicos

distintos: las acciones edilicias y las acciones de incumplimiento. No obstante, en realidad, conceder al comprador esta opción significaba eliminar la aplicación práctica de las acciones edilicias, ya que estas acciones solo permiten obtener la rescisión del contrato o la reducción del precio, pero no la sustitución o reparación de la cosa viciosa; y, sobre todo, están sujetas al plazo de caducidad del artículo 1490 del Código civil, plazo este breve, en comparación con el de quince años del artículo 1964 del Código civil al que entonces estaban sujetas las acciones generales de incumplimiento.

<sup>23</sup> Vid., entre otras, a partir de la conocida STS de 23 de marzo de 1982 (RAJ 1982, 1500), STS de 10 de junio de 1983 (RAJ 1983, 3454), STS de 13 de junio de 1983 (RAJ 1983, 3521), STS de 22 de octubre de 1984 (RAJ 1984, 4909), STS de 15 de abril de 1987 (RJ 1987, 2710), STS de 7 de enero de 1988 (RAJ 1988, 117), STS de 12 de febrero de 1988 (RAJ 1988, 941), STS de 26 de octubre de 1990 (RAJ 1990, 8052), STS de 1 de marzo de 1991 (RAJ 1991, 1708), STS de 14 de mayo de 1992 (RAJ 1992, 4121), STS de 7 de abril de 1993 (RAJ 1993, 2798), STS de 5 de noviembre de 1993 (RAJ 1993, 8615), STS de 6 de abril de 1989 (RAJ 1989, 2994), STS de 17 de febrero de 1994 (RAJ 1994, 1621), STS de 28 de febrero de 1997 (RAJ 1997, 1332), STS de 27 de noviembre de 1999 (RAJ 1999, 9137), STS de 1 de julio de 2002 (RAJ 2002, 5512), STS de 9 de marzo de 2005 (RAJ 2005, 2219), STS de 4 de abril de 2005 (RAJ 2005, 2700), STS de 15 de diciembre de 2005 (RAJ 2006, 1224), STS de 6 de noviembre de 2006 (RAJ 2006, 6720) o STS de 9 de julio de 2007 (RAJ 2007, 5433).

La excepción viene representada por la no, del todo, clara STS de 19 de noviembre de 2014 (RAJ 2014, 6813), favorable a la compatibilidad de uno y otro tipo de acciones.

<sup>24</sup> De ahí, que haya sido objeto de críticas generalizadas por parte de la doctrina. *vid.*, a este respecto, *in extenso*, LLAMAS POMBO, E. (2014). *La compraventa*. Madrid: La Ley, 498-503. ORTÍ VALLEJO, A. (2002). *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil. El nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*. Granada: Comares, 29-51; TUR FAÚNDEZ, M.<sup>a</sup> N. (2013). *Vicios ocultos y aliud pro alio*: estado de la jurisprudencia. En A. Carrasco Perera (dir.). *Tratado de la compraventa. Homenaje al profesor Rodrigo Bercovitz*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 1409-1417.

<sup>25</sup> Prueba de la superposición de ambas categorías es la existencia de sentencias que califican un mismo defecto, unas veces, como vicio redhibitorio, y otras veces, como un supuesto de defectuoso cumplimiento de entrega, diferencia, que parece depender de la pura circunstancia de si ha transcurrido, o no, el plazo de caducidad del artículo 1490 del Código civil, lo que evidentemente provoca una gran inseguridad jurídica, acerca de si las acciones ejercitables en un concreto supuesto litigioso son las edilicias o las de incumplimiento, que, como sabemos, están sujetas al amplio plazo de prescripción del artículo 1964 del Código civil. Así ha venido sucediendo, señaladamente, en el caso de la venta de viviendas situadas en edificios contruidos con cemento aluminoso: pueden verse al respecto, de un lado, STS de 11 de febrero de 2002 (RAJ 2002, 2889); y, de otro, STS de 1 de diciembre de 1997 (RAJ 1997, 8693) y STS de 1 de julio de 2002 (RAJ 2002, 5512).

<sup>26</sup> Vid. al respecto STS de 15 de abril de 1987 (RAJ 1987, 2710), STS de 6 de abril de 1989 (RAJ 1989, 2994), STS de 14 de mayo de 1992 (RAJ 1992, 4121) y STS de 17 de febrero de 1994 (RAJ 1994, 1621).

<sup>27</sup> MORALES MORENO, A. M. (1998). *Ad artículo 35 CV*. En L. Díez-Picazo (dir.). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 289-292, encuadra el sistema de responsabilidad diseñado por la Convención en los modelos de construcción de responsabilidad del Derecho comparado, remarcando que la misma «desconoce» el saneamiento, por no ser necesario dentro de ella, ya que su noción de falta de conformidad «absorbe el supuesto del saneamiento y lo hace superfluo como categoría especial, distinta de la del incumplimiento» (p. 293).

<sup>28</sup> Este camino iniciado por la Convención de Viena es seguido por los principales textos de derecho contractual europeo, como los PECL [arts. 1:301 (4), 9:102, 9:301, 9:401] o el DCFR [Capítulo III del Libro 3.º (*Remedies for non-performance*)]. Por ello, FERRANTE,

A. (2016b). Obligación y garantía. La cripto-naturaleza de los remedios contractuales y de su jerarquía en el actual panorama jurídico. *ADC*. Fasc. 3.º, 896, habla certeramente de «la fuerza expansiva de la Convención».

<sup>29</sup> Como, en cambio, hace la CISG en sus artículos 41-43, si bien dan a la falta de conformidad jurídica un tratamiento distinto, que a la de carácter material.

<sup>30</sup> Podemos, pues, decir, siguiendo a MORALES MORENO, A. M. (2003). Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: la compraventa. *ADC*. Fasc. 4.º, 1613, que con la Directiva se produce un proceso de «superación del sistema codificado del saneamiento por vicios».

<sup>31</sup> El artículo 2.2 de la Directiva 99/44 (trasunto del art. 35 CISG) presume que los bienes son conformes al contrato «si:

a) se ajustan a la descripción realizada por el vendedor y poseen las cualidades del bien que el vendedor haya presentado al consumidor en forma de muestra o modelo;

b) son aptos para el uso especial requerido por el consumidor que este haya puesto en conocimiento del vendedor en el momento de la celebración del contrato y este haya admitido que el bien es apto para dicho uso;

c) son aptos para los usos a que ordinariamente se destinen bienes del mismo tipo;

d) presentan la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y, en su caso, de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado».

<sup>32</sup> En esto, se aparta pues, de la Convención Viena, pues el artículo 49.1.a CISG permite la resolución directa del contrato, sin necesidad de instar el previo cumplimiento del contrato en el caso de faltas de conformidad, que den lugar a un incumplimiento esencial del contrato.

<sup>33</sup> El requisito de que la falta de conformidad sea grave se formula, pues, solo respecto de la resolución, no respecto de la sustitución, como, en cambio, acontece en la Convención de Viena. El artículo 46.2 CISG, en efecto, establece que «Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, el comprador podrá exigir la entrega de otras mercaderías en sustitución de aquellas solo si la falta de conformidad constituye un incumplimiento esencial del contrato».

<sup>34</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A. (1998). *Ad artículo 50 CV*. En L. Díez-Picazo (dir.). *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*. Madrid: Civitas, 445-447, constata la resistencia de los juristas anglosajones a admitir la reducción del precio entre los remedios jurídicos frente a la falta de conformidad, si bien él se muestra favorable a su conservación.

<sup>35</sup> En todo caso, como constata FERRANTE, A. (2012), *cit.*, 127 ss., en los textos de Derecho contractual europeo se asiste a una progresiva expansión de la acción de reducción del precio, por lo que no se ha producido la (por algunos prevista) «jubilación» de la misma.

En efecto, la reducción del precio persiste, no solo como remedio específico de la compraventa, sino que incluso se incluye entre los remedios jurídicos generales en los principales textos jurídicos europeos de Derecho contractual. Cfr., así, artículo 9:401 PECL y artículo III.-3:601 DCFR.

GARCÍA VICENTE, J. R. (2013), *cit.*, 1553-1554, realiza interesantes consideraciones sobre la posibilidad de generalizar la reducción del precio como un remedio jurídico general.

<sup>36</sup> Especialmente, en la venta de viviendas o de automóviles defectuosos: puede verse, a este respecto, STSJ Navarra de 28 de abril de 1992 (*RAJ* 1992, 6197); SAP La Coruña 29 de septiembre de 2001 (*JUR* 2001, 41595); SAP Gerona 13 de noviembre de 2001 (*AC* 2002, 549) o SAP Vizcaya de 24 de noviembre de 2016 (*AC* 2017, 80). Esta solución tiene escaso apoyo en la dicción del artículo 1486.I del Código civil, ya que la finalidad de la acción estimatoria no es la de condenar al vendedor al pago del importe de las reparaciones necesarias para dejar la cosa vendida en perfecto estado, sino la de rebajar el precio, de modo que este corresponda a lo que la cosa realmente valía en el mercado con los vicios que le afectaban al tiempo de celebrarse el contrato. En cualquier caso, ha de tenerse en cuenta que la acción estimatoria se dirige siempre a «rebajar una cantidad proporcional del precio», lo que significa que el vendedor no puede nunca ser condenado a pagar una cantidad superior



al precio convenido, y ello, aunque las obras de reparación de los defectos tuvieran un coste superior a aquel.

<sup>37</sup> Lo constatan respecto al artículo 116.3 TRLGDCU, que acoge la misma solución que el artículo 2.3 de la Directiva 44/99, AVILÉS GARCÍA, J. (2016). Las garantías derivadas de la compraventa de bienes de consumo: garantía legal de conformidad, garantía comercial y garantía de consumo y mantenimiento de los bienes duraderos. En A. de León Arce (dir.) y L. M.<sup>a</sup> García García (coord.). *Derechos de los consumidores y usuarios. Doctrina, normativa, jurisprudencia, formularios*. 3.<sup>a</sup> ed. t. I. Valencia: Tirant lo Blanch, 1675; y MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009a). Ad artículo 116 TRLGDCU. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi, 1468.

<sup>38</sup> SAP Barcelona 1 de septiembre de 2009 (JUR 2009, 492586).

<sup>39</sup> El artículo 116.2 TRLGDCU, no obstante, equipara a la falta de conformidad del bien su incorrecta instalación, cuando la misma esté incluida en el contrato de compraventa y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, o por el consumidor, cuando la instalación defectuosa se deba a un error en las instrucciones para llevar a cabo la misma.

<sup>40</sup> La novedad de este nuevo sistema responsabilidad, en su día introducido por la Ley 23/2003, fue oportunamente resaltada por la doctrina científica. Cfr., así, entre otros, AVILÉS GARCÍA, J. (2006). *Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1994/44/CE y la Ley 23/2003*. Granada: Comares 178-199; ARIAS-SALGADO ROBSY, M.<sup>a</sup> E. (2005). La Ley de garantías en la venta de bienes de consumo. Principales novedades y la valoración de la protección para el usuario y el consumidor. El principio de conformidad. En P. Aguirre Zamorano (dir.). *La compraventa: Ley de garantías. Cuadernos de Derecho Judicial*. XI; 207-208; BADOSA COLL, F. (2004). El elemento temporal en el supuesto de hecho de la responsabilidad del vendedor. Los plazos del artículo 5 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y garantías de los bienes de consumo. En J. Lete Achirica (dir.). *Garantías en la venta de bienes de consumo*. Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 129; FENOY PICÓN, N. (2006). *El sistema de protección del comprador*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 57-63; o RÍO FERNÁNDEZ, L. J. (2005). La garantía comercial y la responsabilidad civil del vendedor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo. El ejercicio de acciones derivadas de la Ley, en P. Aguirre Zamorano (dir.). *La compraventa: Ley de garantías. Cuadernos de Derecho Judicial*. XI, 226-227.

<sup>41</sup> En este sentido se pronuncia claramente, ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2016). Los modelos europeos en las proyectadas reformas de la compraventa en el Código civil. En A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz (dir.). *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la Trasposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos españoles y alemán*, Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 66; AVILÉS GARCÍA, J. (2006), *cit.*, 413-414; CASTILLA BAREA, M., *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005, 274-276; MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009b). Ad artículo 117 TRLGDCU. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi, 1475-1476; 142-143; O'CALLAGHAN MUÑOZ, J. (2005). Nuevo concepto de la compraventa cuando el comprador es consumidor. En M.<sup>a</sup> J. Reyes López (coord.). *La Ley 23/2003, de Garantía de los Bienes de Consumo: Planteamiento de Presente y Perspectivas de Futuro*. Cizur Menor (Navarra): Thomson-Aranzadi, 2005, 142-143; o TORRELLES TORREA, E. (2011b). Ad artículo 117 TRLGDCU. En S. Cámara Lapuente (dir.). *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* Madrid: Colex, 1081. Sin embargo, LLAMAS POMBO, E. (2014), *cit.*, 925, es de otra opinión, afirmando, que, aunque tal vez fuera esta la intención del legislador, «no fue el resultado de sus preceptos», considerado que la incompatibilidad

de la que habla el artículo 117.1 TRLGDCU es puramente procesal, en el sentido de que las acciones reguladas en el TRLGDCU no se pueden ejercitar conjuntamente con las ediliicias, ni cumulativa, ni subsidiariamente.

<sup>42</sup> Lo constata SAP Pontevedra de 6 de junio de 2007 (*JUR* 2017, 293885).

<sup>43</sup> La tesis de que el nuevo régimen de responsabilidad, basado en la falta de conformidad, ha desplazado el del saneamiento por vicios ocultos, parece ser mayoritaria en la jurisprudencia de instancia. Cfr., en este sentido, por ejemplo, SAP Pontevedra 6 de junio de 2007 (*JUR* 2017, 293885), SAP Jaén de 3 de febrero de 2009 (*JUR* 2009, 198621), SAP Ciudad Real de 7 de marzo de 2014 (*AC* 2014, 357) o SAP Cantabria de 10 de abril de 2018 (*JUR* 2018, 116364).

<sup>44</sup> SAP León de 15 de octubre de 2009 (*JUR* 2009, 468486) evidencia, con buen sentido, que ello no significa que, si la falta de conformidad se manifiesta después de los seis meses, debe presumirse que no existió en el momento de la entrega, sino que, a partir de este momento, rigen las reglas generales sobre la carga de la prueba.

<sup>45</sup> La jurisprudencia observa que estas circunstancias deben ser probadas por el comprador. V., en este sentido, SAP Albacete 3 de diciembre de 2010 (*JUR* 2011, 46661).

<sup>46</sup> Que, en general, se muestra favorable a primar las modalidades de cumplimiento forzoso frente a los defectos de conformidad. Cfr., en tal sentido, por ejemplo, ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2016), *cit.*, 85-86; LLAMAS POMBO, E. (2014), *cit.*, 933; MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009c). *Ad artículo 118 TRLGDCU*. En R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi, 1486; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016). La reforma del contrato de compraventa a través de la adopción de un concepto único y artículo de incumplimiento. En A. Ortí Vallejo y M. Jiménez Horwitz (dir.). *Estudios sobre el contrato de compraventa. Análisis de la Transposición de la Directiva 2011/83/UE en los ordenamientos españoles y alemán*. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters Aranzadi, 194; o TORRELLES TORREA, E. (2011c). *Ad artículo 119 TRLGDCU*. En S. Cámara Lapuente (dir.). *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* Madrid: Colex, 1091-1092.

<sup>47</sup> Sobre los costes sociales de la resolución del contrato y su influencia sobre las decisiones de invertir y cumplir, *vid.*, GÓMEZ POMAR, F. y GILI SALDAÑA, M.<sup>a</sup> A. (2014). La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su trascendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas. *Anuario de Derecho Civil*, 1199-1252.

<sup>48</sup> El artículo 5.1. de la Ley 23/2003 hablaba de solo de imposibilidad, sin usar el adjetivo «objetiva».

<sup>49</sup> SAP Sevilla de 31 de marzo de 2008 (*AC* 2008, 2217).

<sup>50</sup> SAP Cantabria de 13 de marzo de 2018 (*AC* 2018, 443).

<sup>51</sup> STJUE de 16 de junio de 2011, C-65/09, Weber.

<sup>52</sup> SAP Cuenca de 4 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 184446).

<sup>53</sup> STJUE (Sala 1.<sup>a</sup>) 17 de abril de 2008, C-404/06, Quelle, que, consideró contrario al artículo 3.4 de la Directiva 99/44 que el Derecho alemán (§§ 439.4 y 346.2.2 BGB) permitiera al vendedor exigir al comprador una indemnización por el tiempo que ha usado el bien defectuoso hasta que se haya procedido a su sustitución. En el caso concreto, el vendedor de una cocina averiada había exigido una indemnización de 69,97 euros por este concepto.

<sup>54</sup> STJUE (Sala 1.<sup>a</sup>) 16 de junio de 2011, C-65 y C-97/09, Weber y Putz.

<sup>55</sup> SAP Cáceres de 20 de febrero de 2006 (LL 18600/2006).

<sup>56</sup> Cfr., así, SAP Barcelona de 31 de octubre de 2016 (*JUR* 2017, 41095) y SAP Cuenca de 4 de mayo de 2018 (*JUR* 2018, 184446).

<sup>57</sup> Cfr. en este sentido LLAMAS POMBO, E. (2014), *cit.*, 934; MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009d). *Ad artículo 121 TRLGDCU*, en R. Bercovitz Rodríguez-Cano (dir.). *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras*

leyes complementarias. Cizur Menor (Navarra): Thomson Reuters, Aranzadi, 1525-152; más matizadamente, AVILÉS GARCÍA, J. (2016), *cit.*, 1708-1709.

<sup>58</sup> SAP Zaragoza de 14 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 254577), por ejemplo, ha admitido la resolución de un contrato de compraventa de un automóvil nuevo, por tener un defecto en el pedal de embrague, que no pudo ser subsanado por la empresa vendedora, pese a los trabajos de reparación llevados a cabo por la misma, que calificó la avería de «irresoluble». Frente a la pretendida levedad del defecto, alegada por la vendedora, se afirma que «no cabe tildar como tal la referida anomalía o deficiencia en el funcionamiento del mecanismo de embrague del automóvil vendido al actor, que incide muy negativamente en el nivel de confort que cabe esperar de un vehículo nuevo de la categoría de aquel, deficiencia que no tiene por qué soportar el consumidor».

<sup>59</sup> Artículo 1:302 PECL y artículo 5 CESL.

<sup>60</sup> SAP Las Palmas de 19 de enero de 2016 (*AC* 2016, 915).

<sup>61</sup> SAP Ciudad Real de 7 de marzo de 2014 (*AC* 2014, 357).

<sup>62</sup> Santa Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 1411).

<sup>63</sup> SAP León de 15 de septiembre de 2016 (*JUR* 2016, 228034).

<sup>64</sup> SAP Madrid de 5 de diciembre de 2007 (*JUR* 2018, 101642).

<sup>65</sup> Resuelta por STJUE (Sala 1.<sup>a</sup>) 3 de octubre de 2013, C-32/12, Duarte Cueros.

<sup>66</sup> *Vid.*, por ejemplo, SAP Pontevedra de 21 de septiembre de 2017 (*JUR* 2017, 252232).

<sup>67</sup> *Vid.*, en este sentido, FERRANTE, A. (2012), *cit.*, 86 y ss.; y GARCÍA VICENTE, J. R. (2013), *cit.*, 1551-1553. Esta es la solución expresamente sancionada por artículo 9:401 (3) PECL y artículo III.-3:601 (3) DCFR.

<sup>68</sup> A favor claramente, STS de 25 de septiembre de 2003 (*RAJ* 2003, 6444); e implícitamente, STS de 6 de noviembre de 1995 (*RAJ* 1995, 8077); en contra, sin embargo, hay otros pronunciamientos, con el argumento de que el artículo 1486.II del Código civil solo prevé la posibilidad de pedir el resarcimiento del daño cuando se ejercita la acción rescisoria.

La STS de 14 de junio de 1996 (*RAJ* 1996, 4770) se pronuncia, así, expresamente en contra de la posibilidad de que el comprador que ejercita la acción estimatoria pueda, además, obtener una indemnización de daños y perjuicios del vendedor de mala fe. Dice, que «si se ejercita la acción *quantum minoris*, no se puede obtener más que una reducción o rebaja en el precio, no una indemnización de daños y perjuicios complementaria. Esta acción indemnizatoria —añade— la reserva única y exclusivamente el artículo 1486 del Código civil para cuando se ejercite la acción redhibitoria y así expresamente lo dice».

No obstante, hay que tener en cuenta que en el caso litigioso no se probó que existiera mala fe del vendedor, por lo que, en ningún caso, podría aquel haber sido condenado a indemnizar, daños y perjuicios, a los compradores, cuya petición de rebaja proporcional del precio tampoco fue estimada, resaltando el Supremo la poca consistencia de la demanda en la que se denunciaban los pretendidos vicios ocultos de las tierras vendidas.

La STS de 17 de octubre de 2005 (*RAJ* 2005, 8593) parece también seguir la tesis de que la indemnización solo puede ser solicitada, si se pide la rescisión, pero no, si lo que se solicita es una reducción del precio, revocando la sentencia recurrida, que había estimado la acción *quantum minoris* y, además, había concedido la indemnización solicitada por el comprador. Dice, así, que el artículo 1486.II del Código civil «contiene una agravación de la responsabilidad del vendedor fundada en la mala fe, y tiene lugar cuando el comprador opta por la rescisión del contrato y requiere que el vendedor conozca los vicios o defectos de la cosa vendida».

Sin embargo, a mi parecer, en el caso litigioso, lo decisivo para llegar a este resultado fue el hecho de que no había quedado probada la mala fe de los vendedores, constatando la sentencia que «procedieron a la venta de la vivienda una vez finalizadas las obras de rehabilitación, consolidación y saneamiento del total edificio y de dicha vivienda».

La STS de 21 de junio de 2007 (*RAJ* 2007, 3782) excluye claramente la compatibilidad de la acción estimatoria con la indemnizatoria. Dice, así, que «en el supuesto en que se ejercita una acción por vicios ocultos [...] esta Sala ha reiterado que la indemnización a que alude el párrafo segundo de dicho artículo [el 1486 CC], solo resulta compatible si se opta por el

ejercicio de la acción resolutoria [*rectius* rescisoria] (redhibitoria) pero no cuando la opción elegida es la estimatoria».

Ahora bien, de nuevo hay que resaltar las circunstancias del caso concreto. La litis tuvo su origen en un contrato de suministro de hormigón: la empresa suministradora había ejercitado acción para reclamar el pago del precio del hormigón entregado, a lo que se opuso la demandada, quien, a su vez, reconvino, solicitando una rebaja del precio pactado, así como el resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados, argumentando que el hormigón era de inferior calidad que la pactada, concretando dichos daños en el «recálculo» de comprobación de la estructura, paralización de las obras, gastos y ensayos, demora en la entrega de la obra, alquiler de maquinaria y penalizaciones. En primera instancia se estimó la demanda principal y se desestimó la demanda reconvencional, al entenderse que la acción *quantum minoris* había caducado y que la acción indemnizatoria no podía ejercitarse conjuntamente con aquella. En segunda instancia, se desestimó el recurso de apelación, reiterándose la tesis de la incompatibilidad de la acción *quantum minoris* e indemnizatoria, pero resaltándose que la desestimación de esta última acción se justificaba también «por falta de acreditación de los daños reclamados». El Tribunal Supremo, por su parte, al referirse a los presupuestos fácticos de la sentencia recurrida, destaca que «Examinada la prueba en su conjunto, estima la Audiencia que los daños y perjuicios no han sido acreditados, y en tal sentido negativo se pronuncia expresamente [...] por un lado, al decir que la obra se entregó en plazo, por otro, al no apreciar el supuesto retraso o demora a que alude el recurrente, y, por último, sin hacer alusión alguna a incrementos de costes o a penalizaciones que justifiquen tal pretensión indemnizatoria». Por lo tanto, aunque se hubiera admitido la posibilidad de que las acciones estimatoria e indemnizatoria pudieran ejercitarse conjuntamente, lo cierto es que ninguna de ellas hubiese prosperado: la primera, por haber caducado, y la segunda, por falta de prueba de los daños reclamados.

<sup>69</sup> SAP Palencia de 15 de noviembre de 2002 (*JUR* 2003, 63396).

<sup>70</sup> SAP Barcelona de 23 de mayo de 2005 (*AC* 2005, 1137).

<sup>71</sup> SAP Madrid de 29 de septiembre de 2005 (*AC* 2005, 2241).

<sup>72</sup> En la doctrina lo constatan, entre otros, MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009b), *cit.*, 1530; o TORRELLES TORREA, E (2011d). *Ad artículo 121 TRLGDCU*. En S. Cámara Lapuente (dir.). *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*. Madrid: Colex, 1107-1108.

<sup>73</sup> *Vid.*, en este sentido, entre otras, SAP Albacete de 3 de diciembre de 2010 (*JUR* 2011, 46661) y SAP Santa Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 1411).

<sup>74</sup> *Cfr.*, así, SAP Cantabria de 26 de septiembre de 2012 (*AC* 2013, 322) y SAP Jaén de 20 de enero de 2016 (*JUR* 2016, 57042).

<sup>75</sup> SAP Barcelona de 31 de octubre de 2016 (*JUR* 2017, 41095).

<sup>76</sup> SAP Zaragoza de 14 de febrero de 2007 (*JUR* 2007, 254577).

<sup>77</sup> SAP Santa Cruz de Tenerife de 26 de mayo de 2014 (*AC* 2014, 1411).

<sup>78</sup> SAP Cantabria de 26 de septiembre de 2012 (*AC* 2013, 322).

<sup>79</sup> SAP Granada de 3 de octubre de 2007 (*AC* 2007, 2021).

<sup>80</sup> Lo constata MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009a), *cit.*, 1443.

<sup>81</sup> *Cfr.* en este sentido, entre otras, STS de 28 de junio de 2015 (*RAJ* 2015, 3884); STS de 30 de diciembre de 2015 (*RAJ* 2015, 5748); o STS de 7 de abril de 2016 (*RAJ* 2016, 4289).

<sup>82</sup> *Vid.*, así, STS de 11 de abril de 2013 (*RAJ* 2013, 3490); STS de 30 de diciembre de 2015 (*RAJ* 2015, 5748); o STS de 25 de mayo de 2016 (*RAJ* 2016, 4301).

<sup>83</sup> STS de 25 de mayo de 2016 (*RAJ* 2016, 4301), la cual estimó la pretensión de resolución de un contrato de fabricación y suministro de nueve locomotoras diesel-eléctricas para transporte de mercancías. Pasados diez meses de la fecha en que debían haber sido entregadas, sin que la parte deudora fuera capaz de dar una fecha aproximada sobre cuándo podría entregarlas, las entidades financieras resolvieron los contratos de financiación, ante lo cual la parte acreedora instó la resolución del contrato de fabricación y suministro, que, como he dicho, fue estimada.

<sup>84</sup> Lo rechaza, sin embargo, SAP Cantabria de 24 de marzo de 2009 (AC 2009, 1382).

<sup>85</sup> Cfr. en este sentido AVILÉS GARCÍA, J. (2006), *cit.*, 419-419; FENOY PICÓN, N. (2006), *cit.*, 179-186; MARÍN LÓPEZ, M. J. (2009b), *cit.*, 1475-1476; O'CALLAGHAN MUÑOZ, J. (2005), *cit.*, 142-143; o TORRELLES TORREA, E. (2011b), *cit.*, 1082.

<sup>86</sup> En contra, sin embargo, claramente SAP Barcelona de 1 de septiembre de 2009 (JUR 2009, 492586).

<sup>87</sup> SAP Albacete de 3 de marzo de 2010 (JUR 2010, 154951).

<sup>88</sup> SAP Barcelona de 6 de octubre de 2017 (2017, 292550).

<sup>89</sup> SAP Cantabria de 10 de abril de 2018 (JUR 2018, 116364). En el mismo sentido, SAP Cantabria de 21 de marzo de 2018 (JUR 2018, 100368).

<sup>90</sup> *Vid.* por ejemplo, a este respecto, ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2016), *cit.*, 63-64, 66-67; CORRAL GARCÍA, E. (2015), La conformidad de la prestación. En A. Vaquer, Aloy, E. Bosch Capdevila y M.<sup>a</sup> P. Sánchez González (dir.). *El derecho común europeo de la compraventa y la modernización del derecho de contratos*, Barcelona: Atelier, 2015, 477-478; SÁNCHEZ RUIZ DE VALDIVIA, I. (2016), *cit.*, 185; TORRELLES TORREA, E. (2011a). *Ad* artículo 114 TRLGDCU. En S. Cámara Lapuente (dir.). *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* Madrid: Colex, 1061.

<sup>91</sup> En el Derecho alemán, en efecto, con motivo de la transposición de la Directiva 1999/44/CE, se ha producido una reforma del *BGB*, que, en su redacción originaria establecía como medios de tutela a favor del comprador de cosa defectuosa las acciones edilicias.

El antiguo § 462 *BGB* establecía, así, que el comprador de una cosa en la que concurrieran vicios podía pedir la rescisión del contrato (*Wandelung*) o la reducción del precio (*Minderung*), a través de la acción redhibitoria o de la *quantum minoris*, respectivamente, si bien, en la venta de cosa genérica, el antiguo § 480 *BGB* permitía al comprador, a quien se le hubiera entregado una cosa defectuosa la posibilidad de pedir la entrega de otra libre de vicios.

Tras la reforma, el antiguo sistema de protección, basado en las acciones edilicias es sustituido por otro, basado en la idea de incumplimiento, consecuencia de la consagración en el Código civil alemán del «deber de conformidad». El actual § 433 *BGB* incluye, así, entre los deberes típicos del contrato de compraventa (*Vertragstypische Pflichten beim Kaufvertrag*), la obligación del vendedor de entregar una cosa libre de vicios: «Der Verkäufer hat dem Käufer die Sache frei von Sach- und Rechtsmängeln zu verschaffen». Como observa ALBIEZ DOHRMANN, K. J. (2002). Un nuevo Derecho de obligaciones. *ADC*. T. III, 1200, a diferencia de lo que acontecía en el sistema anterior, «en que la falta de vicios no formaba parte del deber prestacional del vendedor, a partir de ahora, la falta de vicios se integra en el deber de prestación del vendedor»; y concluye: «El legislador se ha decidido claramente por la teoría del cumplimiento».

La consecuencia lógica de la consagración legal del deber del vendedor, de entregar una cosa libre de vicios, es la atribución al comprador de la cosa en la que concurre un vicio, de los remedios generales del Derecho de obligaciones, ante los supuestos de incumplimiento o cumplimiento defectuoso de la prestación, si bien con las especialidades previstas en el vigente § 438 y ss. *BGB*, especialidades, que, sobre todo, tienen que ver con los plazos de prescripción de las acciones, estableciéndose un plazo de prescripción de dos años, a contar, desde la entrega de la cosa, que se amplía a cinco en los vicios de la edificación o de cosa que, conforme a su normal uso haya sido empleada para una edificación, provocando el vicio, en cuyo caso se prevé un plazo de prescripción de cinco años.

El actual § 437 *BGB* concede, así, al comprador la posibilidad de pedir cumplimiento forzoso, y, en su caso, la resolución del contrato o una de indemnización de daños y perjuicios, así como la posibilidad de pedir una reducción proporcional del precio, lo que significa una curiosa pervivencia de la acción *quantum minoris* en el marco de un esquema para el que no estaba pensada, cual es el del incumplimiento.

Hay que destacar que, tras la reforma, el Derecho alemán ha realizado una notable unificación de los remedios jurídicos con que cuenta el comprador de cosa defectuosa, eliminan-

do la antigua dicotomía entre acciones edilicias y acciones de incumplimiento, formulando, además, el vigente 434 *BGB*, en su número primero, un concepto funcional de «vicio», que abarca, tanto los supuestos de presencia en la cosa de defectos que la hacen inútil para su uso normal, como también para el uso previsto en el contrato («wenn sie sich für die nach dem Vertrag vorausgesetzte Verwendung eignet»).

De gran importancia es también la equiparación que el último número de dicho párrafo establece entre el supuesto de entrega de cosa con vicios y el de entrega de cosa distinta, equiparación esta, que impide que pueda aplicarse la doctrina del *aliud pro alio*, con el fin de que el comprador que ya no puede ejercitar las acciones de incumplimiento, por haber prescrito estas *ex* § 438 *BGB*, pueda invocar los más amplios plazos generales de prescripción de las acciones de incumplimiento, a fin de ver estimada su pretensión. El número tercero del actual § 438 *BGB* afirma, en efecto, que «Einem Sachmangel sthet es gleich, wenn der Verkäufer eine andere Sache (...) liefert».

Destacar, por último, la asimilación entre el régimen jurídico del *Rechtsmangel* con el de *Sachmangl*, asimilación, que, sin embargo, no es completa, al establecerse plazos de prescripción distintos al de dos años, cuando la cosa tenga un vicio jurídico que consista en un derecho real de un tercero que permita solicitar la entrega de la cosa comprada o que puede ser inscrito en el Registro de la Propiedad, en cuyo caso se prevé un plazo de prescripción de treinta años.

<sup>92</sup> Dejo fuera de esta exposición en texto el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil de 2013 elaborado por la Sección de Codificación de Derecho Mercantil, que, obviamente, aunque prosperara, no sería aplicable a las ventas de consumo.

No obstante, no puede dejar de destacarse que consagra la obligación de entregar un bien conforme (material y jurídicamente) al contrato (arts. 511-2) y que prevé una regulación unitaria de los remedios jurídicos frente a la falta de conformidad, que consisten en la posibilidad de exigir al vendedor el cumplimiento forzoso, la reducción del precio o la resolución del contrato, lo que es compatible con la indemnización de daños y perjuicios (art. 511-16).

Establece la jerarquización de los remedios jurídicos, de modo que el comprador deberá, en primer lugar, pedir la sustitución o reparación del bien en un plazo razonable (art. 511-17); y solo tendrá derecho a pedir la reducción del precio cuando, «habiendo exigido el cumplimiento del contrato, no hubiera sido ejecutado por el vendedor, dicho cumplimiento resulte imposible, excesivamente oneroso o desproporcionado o tenga razones fundadas para creer que no se va a producir»; y la resolución, en los mismos supuestos, pero, exclusivamente, «si se tratara de un incumplimiento esencial» (art. 511-18).

El comprador deberá notificar al vendedor fehacientemente, mediante una declaración de carácter recepticio, la falta de conformidad dentro del plazo de cinco días, «a contar desde que la conozca o debiera haberla conocido», si es material, plazo que se amplía a 15 días, si es de carácter jurídico (art. 511-12).

La denuncia previa de la falta de conformidad, realizada en dichos plazos de tiempo, es requisito para que el comprador pueda pedir el cumplimiento forzoso o la resolución del contrato, aunque, no obstante, podrá exigir la reducción del precio o la indemnización de daños (excluido el lucro cesante), «si aduce una excusa razonable» para no haberla realizado. Sin embargo, tampoco podrá proceder a la reducción del precio, si no efectúa la denuncia «en el plazo de un año a contar desde el momento en que los bienes estuvieron efectivamente en su poder, salvo que el vendedor haya garantizado por un plazo superior que los bienes serán aptos para su uso ordinario o para el especial al que se destinen». Este plazo se amplía a dos años en el caso de falta de conformidad de carácter jurídico, pero, sin excepción alguna. En cualquier caso, los plazos «se computarán a partir del día en que el comprador conoció o no pudo ignorar la falta de conformidad o el derecho o la pretensión del tercero si afectan a circunstancias que el vendedor conocía o no podía ignorar y no las reveló al comprador» (art. 511-20).

<sup>93</sup> A propósito de ella existen publicaciones de gran interés, pudiéndose aquí destacar, por incidir en la materia que es objeto del presente trabajo, las siguientes: CLEMENTE

MEORO, M. (2009). La resolución por incumplimiento en la propuesta para la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos (2009) de la Sección de Derecho civil de la Comisión General de Codificación Española. *Boletín del Ministerio de Justicia*. Núm. 2131, mayo; DÍEZ-PICAZO, L. (2011). La propuesta de modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos. *Boletín del Ministerio de Justicia*. Núm. 2130, abril; FENOY PICÓN, N. (2010). La modernización del régimen del incumplimiento del contrato: Propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte primera: Aspectos generales. El incumplimiento. *ADC*. Fasc. 1.º, 47-136; de la misma autora (2011). La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte Segunda: los remedios por incumplimiento. *ADC*. Fasc. 4.º, 1481-1684; GÓMEZ CALLE, E. (2011). Los remedios ante el incumplimiento del contrato: análisis de la propuesta de modernización del Código civil en materia de obligaciones y contratos y comparación con el borrador del marco común de referencia. *ADC*, 29-102; SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2011). La resolución por incumplimiento en la Propuesta para la Modernización del Derecho de obligaciones y contratos: ¿Lo mejora es enemigo de lo bueno? *ADC*. Fasc. 4.º, 1685-1724; VAQUER ALOY, A. (2011). El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el derecho de obligaciones? *ADC*. Fasc. 1.º, 5-40.

<sup>94</sup> Téngase en cuenta que la reducción del precio se concibe aquí como un remedio general frente al incumplimiento, y no solo como un remedio específico propio de la compraventa.

<sup>95</sup> *Vid.*, así, entre otras muchas STS de 19 de mayo de 2008 (*RAJ* 2008, 3091), STS de 11 de marzo de 2011 (*RAJ* 2011, 2767); STS de 18 de noviembre de 2013 (*RAJ* 2013, 2233); o STS de 25 de mayo de 2016 (*RAJ* 2016, 4301).

<sup>96</sup> STS de 5 de marzo de 2018 (*RAJ* 2018, 898).

<sup>97</sup> Aunque no será necesaria la fijación de un plazo, «si el deudor ha declarado que no cumplirá sus obligaciones» (art. 1200.III).

<sup>98</sup> La denominada *Nachfrist*, recogida en el vigente § 323 *BGB* («Rücktritt wegen nicht oder nicht vertragsgemäß erbrachter Leistung»).

<sup>99</sup> SAN MIGUEL PRADERA, L. P. (2011), *cit.*, 1710, observa que, aunque, esta modalidad de resolución está pensada para los casos en que el incumplimiento no sea esencial, el acreedor, puede, no obstante, servirse de ella, si duda del carácter esencial del incumplimiento o si quiere dar una nueva oportunidad de cumplir al deudor.

<sup>100</sup> En la Exposición de Motivos se explica que «La razón de la jerarquización de los remedios está en el intento de conservar el contrato en sus términos iniciales y dar al vendedor la oportunidad de subsanar su inicial incumplimiento».

<sup>101</sup> No creo que normas de tanto calado como las recurridas se puedan salvar de la tacha de constitucionalidad con el simple argumento de que se contienen en la regulación de un contrato particular, pues afectan a conceptos, como el de incumplimiento, que son claves en la teoría general de la obligación.

<sup>102</sup> ATC de 3 de octubre de 2017 (BOE-A-2017-11780) levantó, en efecto (por cuanto aquí nos interesa), la suspensión de la vigencia y aplicación del artículo 3 en cuanto a los artículos 621-1 a 621-54, 621-56 y 621-57 del Código civil de Cataluña, que había sido acordada por Providencia TC de 14 de junio de 2017.

<sup>103</sup> Lo hace, a mi juicio, usando una expresión poco afortunada. Dice, así, que el vendedor tiene la obligación de «Garantizar que el bien es conforme al contrato». La expresión «garantizar» es una reminiscencia de la vieja disciplina del saneamiento. No se trata de que el vendedor garantice la inexistencia de defectos del bien, sino que asume contractualmente la obligación de entregar un bien conforme a lo pactado o razonablemente presupuesto por las partes.

<sup>104</sup> Según el artículo 7, los «bienes deben estar libres de cualesquiera derechos de terceros, incluido por motivos de propiedad intelectual de forma que los bienes puedan utilizarse de conformidad con el contrato». El precepto es, pues, más riguroso que el artículo 102.1 CESL, según el cual, «Los bienes y los contenidos digitales deberán estar libres de cualquier derecho o pretensión no manifiestamente infundada de terceros», expresión esta última, que parecía

estar referida a las pretensiones basadas en la propiedad intelectual, a las que se refiere el artículo 102.2 CESL.

<sup>105</sup> Lo evidencia en sentido crítico ARROYO AMAYUELAS, E. (2016), *cit.*, 12, en relación con la PDirCL

<sup>106</sup> Análoga solución se encuentra en el artículo 99.3 CESL. De hecho, el artículo 104 CESL prevé, exclusivamente, en relación con los contratos entre comerciantes (con exclusión de los contratos en que intervienen consumidores), que «el vendedor no estará sujeto a responsabilidad alguna por falta de conformidad de los bienes si, en el momento de la celebración del contrato, el comprador conocía o podía esperarse que conociera la falta de conformidad».

<sup>107</sup> A diferencia de lo que acontecía con la Directiva, se establece un parámetro para calcular la reducción del precio, que «será proporcionada a la disminución del valor de los bienes recibidos por el consumidor en comparación con el valor que tendrían los bienes si fueran conformes con el contrato».

<sup>108</sup> En esto se aparta del CESL, cuyo artículo 114 permitía al consumidor resolver el contrato directamente, sin necesidad de instar previamente el cumplimiento forzoso, siempre que la falta de conformidad no fuese «insignificante». La posibilidad de resolver directamente el contrato por incumplimientos «esenciales» es contemplada por el artículo 9:301 PCL., así como por el artículo IV.A-4:201 DCFR, que, no obstante, tratándose de ventas de bienes de consumo, considera bastante que la falta de conformidad no sea de escasa importancia.

<sup>109</sup> Se refiere —parece ser— a una ilegalidad sobrevenida, tal y como expresamente se deducía del artículo 110.3.a CESL. ARROYO AMAYUELAS, E. (2016), *cit.*, 20, se refiere también a la posibilidad de incluir en este supuesto al caso en que la adquisición y la reparación/sustitución se rijan por legislaciones nacionales diversas.

<sup>110</sup> Expuesta en STJUE de 16 de junio de 2011, C-65/09, Weber.

<sup>111</sup> Esto último, sobrevenidamente a la conclusión del contrato, tal y como expresamente dice el artículo 110.3.a CESL

<sup>112</sup> Lo mismo preveía el artículo 111.2 CESL para el supuesto de que el consumidor hubiera optado por el cumplimiento forzoso, si bien marca un plazo máximo de treinta días para llevar a cabo la subsanación de la falta de conformidad, pasado el cual el comprador puede acudir a otro remedio jurídico del elegido inicialmente.

<sup>113</sup> En sentido semejante se pronunciaba el artículo 16 CESL, que regulaba la resolución por incumplimiento imprevisible en los siguientes términos: «El comprador podrá resolver el contrato antes de que venza el cumplimiento si el vendedor ha declarado, o queda claro de otro modo, que se producirá el incumplimiento, y si este fuera de tal naturaleza que justificara la resolución». *Vid.*, también artículo 9:304 PECL y artículo III.-3:504 DCFR, regulando la resolución por incumplimiento previsible.

Lo que no recoge la Propuesta es la resolución por demora en la entrega tras la notificación de fijación de un plazo adicional de cumplimiento, que, en cambio, sí recogía el artículo 115 CESL. *vid.*, también artículo 8:106 PECL y el artículo III.-3:503: DCFR.

<sup>114</sup> Esta explicación no acaba de convencer a ARROYO AMAYUELAS, E. (2016), *cit.*, 14, quien se pregunta si la medida no redundará en beneficio de los vendedores, que se verán liberados de los costes adicionales de gestionar las notificaciones de los compradores y de la incomodidad de responder negativamente a las pretensiones de satisfacción contenidas en las notificaciones.

<sup>115</sup> En esto, se aparta de lo dispuesto en el artículo 114 CESL, que prevé que el comprador pueda directamente resolver el contrato si el incumplimiento del vendedor es «esencial», y, si se trata de un consumidor, siempre que la falta de conformidad no sea «insignificante».

<sup>116</sup> Que tiene precedente, aunque no exacto, en el más detallado artículo 113 CESL.

<sup>117</sup> Cfr., entre otras, STS de 12 de julio de 1991 (RAJ 1991, 1547), STS de 21 de marzo de 2001 (RAJ 2001, 4748) STS de 17 de febrero de 2003 (RAJ 2003, 1165), STS de 26 de febrero de 2013 (RAJ 2013, 2156) o STS de 14 de diciembre de 2015 (RAJ 2015, 5743)

<sup>118</sup> El momento al que hay que atender para valorar la conformidad de la prestación es el de la transmisión del riesgo. El artículo 8.1 establece, así, la responsabilidad del vendedor por



«cualquier falta de conformidad con el contrato» que exista en el momento en que los bienes sean entregados al consumidor (o un tercero indicado por el consumidor) o «al transportista elegido por el consumidor, si dicho transportista no fue propuesto por el vendedor o si el vendedor no propone un medio de transporte».

<sup>119</sup> En esto el precepto se aparta del artículo 105.2 CESL, que establece el plazo de seis meses a efectos de inversión de la carga de la prueba.

<sup>120</sup> En este punto se sigue la solución del CESL, que no subordina el derecho del consumidor a reclamar por la falta de conformidad a la previa notificación al vendedor; en cambio, cuando el comprador es un comerciante, sí se exige la notificación previa (art. 102.2 y 3), en los términos previstos en el artículo 122.

<sup>121</sup> En particular, a la luz de STJUE (Sala 1.<sup>a</sup>) 16 de junio de 2011, C-65 y C-97/09, Weber y Putz.

<sup>122</sup> En el mismo sentido artículo 112.2 CESL.

<sup>123</sup> Es la doctrina jurisprudencial sentada por STJUE (Sala 1.<sup>a</sup>) 17 de abril de 2008, C-404/06, *Quelle*.

<sup>124</sup> El artículo 118 CESL se limitaba a decir que «El derecho a la resolución en virtud de lo dispuesto en la presente sección se ejercerá previa notificación al vendedor».

<sup>125</sup> Cfr. ya STS de 24 de octubre de 1941 (*RAJ* 1941, 1091) y STS de 28 de enero de 1943 (*RAJ* 1943, 121); posteriormente, entre otras muchas, STS de 20 de junio de 1980 (*RAJ* 1980, 2412); STS de 29 de diciembre de 1995 (*RAJ* 1995, 9611); STS de 10 de julio de 2003 (*RAJ* 2003, 4339), STS de 14 de diciembre de 2015 (*RAJ* 2015, 5743).

<sup>126</sup> STS de 26 de noviembre de 2006 (*RJ* 2006, 400).

<sup>127</sup> Según el artículo 2.1, a efectos de la PDirSCD, se entenderá por «contenido digital»: «a) datos producidos y suministrados en formato digital, por ejemplo, vídeo, audio, aplicaciones, juegos digitales y otro tipo de software; b) servicio que permite la creación, el tratamiento o el almacenamiento de los datos en formato digital, cuando dichos datos sean facilitados por el consumidor; y c) servicio que permite compartir y cualquier otro tipo de interacción con datos en formato digital facilitados por otros usuarios del servicio».

<sup>128</sup> Téngase en cuenta, no obstante, que, como prevé el artículo 2.XV, la PDirSCD «no se aplicará a contenidos digitales suministrados por una contraprestación no dineraria en la medida en que el proveedor solicite del consumidor datos personales cuyo tratamiento sea estrictamente necesario para la ejecución del contrato o para cumplir requisitos legales, y el proveedor no los someta a otro tratamiento que sea incompatible con este fin»; y tampoco «se aplicará a ningún otro dato que el proveedor solicite del consumidor con el fin de garantizar que los contenidos digitales son conformes con el contrato o cumplir requisitos legales, y el proveedor no utiliza dichos datos con fines comerciales». El artículo 2.XVI excluye, además, la aplicación de la PDirSCD a los servicios de comunicación electrónico, salud, juego y financieros, así como a los «servicios prestados con un elemento predominante de intervención humana cuando el formato digital se utilice principalmente para transferir los contenidos».

<sup>129</sup> En el Considerando 31 se observa que «Los defectos legales son especialmente importantes para los contenidos digitales que, por su naturaleza, están sujetos a derechos de propiedad intelectual. Por tanto, el proveedor estaría obligado a garantizar que los contenidos digitales están libres de cualquier derecho de un tercero, por ejemplo, una reclamación en concepto de derechos de autor en relación con los contenidos digitales en virtud del contrato».

<sup>130</sup> En el Considerando 30 se explica que «Para trabajar adecuadamente, los contenidos digitales deben integrarse correctamente en el entorno de hardware y software del consumidor. Si la falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales se deriva de una integración incorrecta, debe considerarse como una falta de conformidad con el contrato de los propios contenidos digitales, si fueron integrados por el proveedor o bajo su control, o por el consumidor siguiendo las instrucciones del proveedor y su incorrecta integración se debió a una deficiencia en las instrucciones de integración. En estos casos, el origen de la falta de conformidad se inscribe en la esfera del proveedor».

<sup>131</sup> Según CÁMARA LAPUENTE, S. (2016), *cit.*, 63, el precepto «parece querer restringir explícitamente qué faltas de conformidad pueden dar lugar a la resolución, pero no prejuzga el grado de gravedad de esas faltas».

<sup>132</sup> Según el artículo 37.VI, *in fine*, de la Propuesta DirSCD «La carga de la prueba de que la falta de conformidad con el contrato de los contenidos digitales no impide su funcionalidad, interoperabilidad y otras características principales de funcionamiento de los contenidos digitales corresponderá al proveedor».

<sup>133</sup> Se incluyen, además, tres tipos de resolución por causas distintas a la falta de conformidad, esto es, por falta de suministro inmediato de los contenidos digitales (art. 11), por modificación de los mismos (art. 15) y por el transcurso del plazo de 12 meses en los contratos de larga duración (art. 16), lo que más bien parece un caso de desistimiento.

<sup>134</sup> CÁMARA LAPUENTE, S. (2016), *cit.*, 69, que, trata de la cuestión extensamente, proponiendo otros ejemplos, en los que el consumidor no puede pretender a eliminación de los contenidos.

<sup>135</sup> Como explica el Considerando 39, se trata de garantizar a los consumidores «que puedan beneficiarse de una protección efectiva en relación con el derecho a resolver el contrato».

<sup>136</sup> «En el momento de resolución, el proveedor podrá impedir cualquier otro uso de los contenidos digitales por el consumidor, en particular haciendo que los contenidos digitales no sean accesibles para el consumidor o inhabilitando la cuenta de usuario del consumidor, sin perjuicio del apartado 2, letra c)» (art. 13.III).

<sup>137</sup> «El proveedor reembolsará al consumidor la parte del precio pagado correspondiente al periodo de tiempo durante el que los contenidos digitales no hayan sido conformes con el contrato» (art. 13.VI).

*(Trabajo recibido el 13-9-2018 y aceptado  
para su publicación el 17-9-2018)*