

# Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771, de 20 de mayo de 2019

*Legal review of the remedies  
of the Directive (EU) 2019/771  
of 20 May 2019*

*por*

GUILLEM IZQUIERDO GRAU

*Doctor en Derecho*

*Universidad Autónoma de Barcelona. Departamento de Derecho privado*

**RESUMEN:** La Unión Europea adoptó la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (DCCB), por la que se deroga la Directiva 1999/44/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

La DCCB incorpora el principio de armonización máxima y, en una línea continuista con la Directiva 1999/44/CE, instaura una jerarquía de remedios para subsanar la falta de conformidad. Sin embargo, a pesar de que la DCCB está pensando en las compraventas de bienes transfronterizas con consumidores, no dedica reglas específicas para supuestos que en las compraventas a distancia pueden ser una fuente de litigios: el lugar donde el consumidor debe poner los bienes a disposición del vendedor, una eventual distribución de los gastos de recogida del bien defectuoso cuando este

se encuentre lejos del establecimiento del vendedor o las consecuencias del retraso del vendedor en la puesta en conformidad del bien defectuoso.

*ABSTRACT: The European Union adopted the Directive (EU) 2019/771 of the European Parliament and of the Council, of 20 May 2019, on certain aspects concerning contracts for the sale of goods (CSD), which repeals the Directive 1999/44/EC of the European parliament and of the Council, of 25 may 1999, on certain aspects of the sale of consumer goods and associated guarantees.*

*The CSD comprises the full harmonisation and, following the principles of the Directive 1999/44/EC, it lays down a hierarchy of remedies to cure the lack of conformity. Nonetheless, despite the fact that the CSD is focused on the distance sales, it does not provide rules for controversial cases: the place where the consumer must make goods available to the seller, the distribution of the shipping costs into the parties where the faulty good is far away from the seller's business place and the consequences for delays in fulfilling the seller's obligation to perform the remedies.*

**PALABRAS CLAVE:** Directiva 2019/771. Compraventa de bienes. Falta de conformidad. Jerarquía de remedios. Armonización máxima. Estrategia para el mercado único digital. Compraventas a distancia. Compraventas de consumo. Culpa del consumidor. Mitigación del daño. Agravación del daño.

**KEY WORDS:** Directive 2019/771. Directive sales of goods. Lack of conformity. Hierarchy of remedies. Full harmonization. Digital Single Market Strategy. Distance sales. Consumer sales. Consumer's fault. Mitigation of harm. Further damage.

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. LA JERARQUÍA DE REMEDIOS: 2.1. EL PRIMER NIVEL DE REMEDIOS: LA REPARACIÓN Y LA SUSTITUCIÓN DEL BIEN: 2.1.1. *Los presupuestos de la reparación y la sustitución del bien no conforme.* 2.1.2. *La forma de llevar a cabo la reparación y la sustitución:* A) La gratuitad de los remedios del primer nivel. B) Algunas reflexiones sobre el plazo razonable de los remedios. C) El lugar de cumplimiento de la obligación del consumidor de poner los bienes a disposición del vendedor. D) La retirada de los bienes no conformes y la posterior instalación. E) La prohibición de pagos por el uso de los bienes no conformes. 2.2. EL SEGUNDO NIVEL DE REMEDIOS. LOS REQUISITOS DE LA REBAJA DEL PRECIO O LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO. 2.2.1. *El incumplimiento de la obligación del vendedor de poner los bienes en conformidad, la subsanación incompleta y*

*la imposibilidad y la desproporcionalidad de los remedios del primer nivel.* 2.2.2. *La subsistencia de la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad.* 2.2.3. *El ejercicio de los remedios del segundo nivel de forma inmediata.* 2.2.4. *La imposibilidad de subsanar la falta de conformidad dentro de un plazo de tiempo razonable y sin causar mayores inconvenientes al consumidor.* 2.2.5. *La imposibilidad de resolver el contrato si la falta de conformidad es una minucia.* 2.3. LA SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL PRECIO PENDIENTE. 2.4. LA CONTRIBUCIÓN DEL CONSUMIDOR A LA FALTA DE CONFORMIDAD. 2.4.1. *La contribución del consumidor como un supuesto de incumplimiento de la carga de mitigar la falta de conformidad o como un supuesto de no agravación de la misma.* 2.4.2. *Los remedios al alcance del consumidor cuando haya contribuido a la falta de conformidad* 2.5. LA REDUCCIÓN DEL PRECIO. 2.6. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO: 2.6.1. *Presupuestos y modo de ejercicio.* 2.6.2. *Resolución del contrato y compraventas con pluralidad de objetos.* 2.6.3. *Efectos.*—III. CONCLUSIONES.—IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—V. BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El pasado 11 de junio de 2019 entró en vigor la Directiva (UE) 2019/771 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes (en adelante DCCB). La DCCB deroga la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

En diciembre de 2015, la Comisión europea anunció un conjunto de medidas para hacer frente a los retos que plantea la revolución digital con el claro objetivo de convertir el comercio electrónico en un motor de crecimiento, promoviendo un marco legal eficiente y completo para las compraventas a distancia de bienes<sup>1</sup>.

Por tanto, la DCCB y la Directiva (UE) 2019/770 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales, constituyen las principales normas que ha adoptado la Unión Europea para armonizar el Derecho privado en el contexto de la Estrategia para el Mercado único Digital (*Digital Single Market Strategy*)<sup>2</sup>.

De acuerdo con los considerandos de la DCCB<sup>3</sup>, la Unión Europea detectó que la transposición de la Directiva 1999/44/CE sobre compraventas de bienes en los ordenamientos jurídicos nacionales había dado lugar a un régimen jurídico muy fragmentado debido a su carácter de armonización mínima, lo que dificulta la consecución de un grado elevado y óptimo de

protección de los consumidores, especialmente en las compraventas transfronterizas en el seno de la Unión Europea. Por su parte, la DCCB opta por la armonización máxima de aquellos elementos de los contratos de compraventa que recaen dentro del ámbito de aplicación de la Directiva (los criterios para apreciar la conformidad de los bienes, la jerarquía de remedios y su ejercicio, y el régimen y garantías, principalmente), aunque no son pocas las excepciones a dicho principio.

Por lo que se refiere a los remedios para subsanar la falta de conformidad, la DCCB sigue la misma jerarquía de remedios de la Directiva 1999/44/CE. Por tanto, ante la apreciación de una falta de conformidad el consumidor puede, en primer lugar, reclamar la reparación o la sustitución del bien. La reducción proporcional del precio y la resolución del contrato solo están al alcance del consumidor si los remedios del primer nivel son imposibles o desproporcionados en términos económicos para subsanar la falta de conformidad, o si dichos remedios no pueden realizarse dentro de un plazo razonable o sin causar mayores inconvenientes al consumidor (art. 13.2 DCCB).

No obstante, la DCCB incorpora algunas novedades en materia de los remedios que se analizan en el presente artículo. El legislador europeo decidió elevar a rango de ley la doctrina de algunos casos enjuiciados por el TJUE sobre el desarrollo de los remedios para subsanar la falta de conformidad. Además, existen algunas novedades legislativas como la suspensión de la obligación de pago del precio por el consumidor mientras el vendedor no ponga los bienes en conformidad o la obligación de aquél de poner los bienes a su disposición para poner los bienes en conformidad con el contrato que no aparecían en la Directiva 1999/44/CE. Por otro lado, la DCCB ha dejado en las manos de los legisladores nacionales la regulación de los daños relacionados con la ineeficacia de los remedios, como es el retraso en la subsanación de la falta de conformidad (considerando núm. 61).

## II. LA JERARQUÍA DE REMEDIOS

Siguiendo el mismo esquema que la Directiva 1999/44/CE, la nueva DCCB dedica un bloque de normas a los remedios puestos a disposición de las partes para subsanar la falta de conformidad. Como se decía, el artículo 13.1 DCCB dispone los remedios que tiene el consumidor ante el vendedor: la reparación o la sustitución del bien, y la rebaja del precio o la resolución del contrato. Por su parte, el artículo 13 DCCB establece la jerarquía de remedios a los que el consumidor puede acogerse cuando aprecie la falta de conformidad y desee reclamar al vendedor. El primer nivel de remedios está constituido por la reparación y la sustitución del bien y, si estos remedios no fueran suficientes para subsanar la falta de conformidad

o fueran imposibles o desproporcionados, el consumidor podría acogerse a los remedios del segundo nivel, estos son la reducción del precio y la resolución del contrato. Es decir, el consumidor no es totalmente libre a la hora de escoger los remedios del artículo 13.1 DCCB, sino que los artículos 13.2 y 3 DCCB imponen claramente un orden jerárquico. Así pues, ante una falta de conformidad, el consumidor debe informar al vendedor para que este tenga la oportunidad de restablecer la conformidad del bien, para así fomentar un consumo razonable y aumentar la durabilidad de los productos (considerandos 50 y 51 DCCB). Por tanto, la DCCB se aparta de la solución que ofrecían los artículos 106.1.c) y 114.2 CESL, que permitían al consumidor resolver directamente el contrato de compraventa, salvo que el defecto fuera insignificante, lo que se entendió como una opción de política legislativa demasiado protecciónista para el consumidor<sup>4</sup>.

Parece que el establecimiento de una jerarquía de remedios obedece principalmente a los intereses de los vendedores, que tendrán la oportunidad de subsanar la falta de conformidad antes de que el consumidor pueda resolver el contrato. No obstante, la Comisión Europea justifica esta opción de política legislativa aduciendo que la falta de una jerarquía en los remedios y, a resultas de ello, permitir que los consumidores resuelvan el contrato de compraventa en primera instancia, implicaría un incremento en el gasto de las empresas por la devolución de todo o parte del precio. No obstante, el incremento del gasto por las empresas también puede ser notable con el sistema de remedios vigente, toda vez que la reparación y la sustitución del bien a nivel internacional hacen que los remedios del primer escalón también sean muy costosos, pero parece que la Comisión ha obviado este dato<sup>5</sup>.

Por tanto, parece que la solución propuesta de adoptar una jerarquía de remedios ante la falta de conformidad se justifica, principalmente, por los costes económicos para las empresas, toda vez que quizás al consumidor le interesaría poder acogerse a cualquiera de los remedios previstos en la DCCB, en lugar de verse involucrado en una sucesión de reclamaciones al vendedor para que este ponga el bien en conformidad con el contrato, lo que aun tiene más sentido en las compraventas a distancia<sup>6</sup>.

## 2.1. EL PRIMER NIVEL DE REMEDIOS: LA REPARACIÓN Y LA SUSTITUCIÓN DEL BIEN

### 2.1.1. *Los presupuestos de la reparación y la sustitución del bien no conforme*

De conformidad con la jerarquía de remedios implantada a través de la Directiva 1999/44/CE y mantenida por la nueva DCCB, la primera opción que tiene el consumidor ante cualquier falta de conformidad es reclamar al vendedor la reparación o la sustitución del bien.

La DCCB no define que debe entenderse por ninguna medida de corrección del bien del primer nivel, pero el artículo 1.2.f) Directiva 1999/44/CE sí que definía qué debía entenderse por «reparación»: «*en caso de falta de conformidad, poner el bien de consumo en un estado que sea conforme al contrato de venta*». La doctrina<sup>7</sup> había discutido sobre la definición de «reparación» de la Directiva 1999/44/CE, habida cuenta de que podría darse perfectamente el caso de que el consumidor pusiera de manifiesto al vendedor una falta de conformidad y, como es debido, el vendedor procediera a su subsanación. No obstante, podría suceder que posteriormente se apreciara una nueva falta de conformidad que fuera el mismo defecto u otro estrechamente vinculado con la falta de conformidad inicialmente indicada. En este caso, la reparación no habría logrado poner los bienes en conformidad con el contrato y, en consecuencia, el consumidor podría estar legitimado para acogerse a una medida correctora del segundo nivel (art. 13.4.b) DCCB) o exigir una nueva reparación<sup>8</sup>. Por otro lado, podría suceder que dentro del plazo durante el cual el vendedor responde por la falta de conformidad del bien el consumidor indicara otra falta de conformidad que no tuviera ninguna relación con una falta de conformidad señalada y subsanada anteriormente. En este caso, como después se verá, sería más dudoso que el consumidor pudiera acogerse a los remedios del segundo nivel, pero se trata de una posibilidad que no puede descartarse totalmente<sup>9</sup>.

Por tanto, hubiera sido deseable que la DCCB indicase qué debe entenderse por «reparación», en lugar de omitir cualquier referencia en el artículo 2 DCCB. A falta de cualquier previsión al respecto, podría sostenerse lo apuntado por un sector doctrinal<sup>10</sup> que entiende que, para salvaguardar los intereses de ambas partes, la reparación es el remedio para la subsanación de la falta de conformidad señalada por el consumidor. Asimismo, aunque el artículo 13.4.b) DCCB también puede ser objeto de múltiples interpretaciones, el tenor literal conduciría a esta conclusión: «*subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad*».

Por su parte, aunque no lo disponga el artículo 2 DCCB, por sustitución debería entenderse el remplazo del bien por otro idéntico sin que estuviera afectado por alguna falta de conformidad. No obstante, la DCCB tampoco dice si el bien de sustitución debe ser nuevo o puede ser un bien de segunda mano de que dispusiera el vendedor en el momento de la apreciación de la falta de conformidad<sup>11</sup>. Para salvaguardar el justo equilibrio de intereses de las partes, podría sostenerse que el bien de sustitución tuviera que ser nuevo si la falta de conformidad se manifiesta dentro primer año desde la entrega del bien, dado que es el período de tiempo durante el cual opera la presunción de que la falta de conformidad ya existía en el momento de la entrega de los bienes. Asimismo, si la falta de conformidad se manifiesta después del primer año, el vendedor podría cumplir su obligación si reemplaza el

bien defectuoso por otro de las mismas características aunque hubiera sido usado por un plazo de tiempo similar.

Una vez realizado este apunte sobre la noción de los remedios del primer nivel, cabe decir que la libertad de elección del consumidor entre la reparación y la sustitución del bien defectuoso puede quedar limitada si la medida escogida fuera imposible o implicara unos costes desproporcionados para el vendedor en relación con la otra medida del mismo nivel<sup>12</sup>, lo que tendrá que valorarse según todas las circunstancias concurrentes y, en particular, las que se enumeran en el artículo 13.2 DCCB: a) el valor que tendrían los bienes si no hubiese existido la falta de conformidad; b) la relevancia de la falta de conformidad y c) si se podría aplicar la medida correctora alternativa del primer nivel sin mayores problemas para el consumidor.

Por tanto, para determinar la viabilidad del remedio escogido por el consumidor resulta fundamental valorar cuando el remedio propuesto es «imposible» o «desproporcionado». En primer lugar, la reparación puede ser imposible si la falta de conformidad es de tal magnitud que podría no ser suficiente para dejar el bien en condiciones de idoneidad. No obstante, en tales casos la reparación podría ser posible, aunque en términos económicos fuera más ventajoso para el vendedor la sustitución del bien y, por tanto, la reparación sería desproporcionada en comparación con la sustitución. También podría darse el caso que la reparación fuera imposible si el vendedor no dispusiera de las piezas de recambio para remediar la falta de conformidad. Sin embargo, también podría aducirse que en estos casos la reparación también sería posible, aunque seguramente no se podría realizar dentro de un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor. Finalmente, el vendedor también podría oponerse a la reparación del bien si ello acarrea costes muy elevados (contratación de personal, desplazamientos, etc.). En todo caso, en estos supuestos donde el vendedor alega una eventual imposibilidad lo hace en términos económicos y comparando la reparación con la otra medida del mismo nivel, la sustitución.

La reparación podría ser aún más difícil en aquellos casos en los cuales el bien tuviera que ser instalado para poder cumplir sus funciones, independientemente de que la instalación la realice el vendedor o el propio consumidor siguiendo sus instrucciones. En estos casos el vendedor tendría que desinstalar el bien y luego instalarlo de nuevo. Pero de nuevo esto no significa que la reparación sea imposible, sino que en todo caso podría ser desproporcionada teniendo en cuenta los costes de la reparación en comparación con la sustitución del bien y que la reparación no se llevaría a cabo dentro de un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor.

La DCCB no hace referencia a la ilegalidad (*legal defects*) de la reparación o de la sustitución como límite para determinar la viabilidad del

remedio escogido por el consumidor, pues el artículo 9 de la Propuesta de la DCCB contenía una referencia explícita a la ilegalidad del remedio como límite de la libertad de elección del consumidor entre los remedios del primer nivel. No obstante, la doctrina ha considerado que las ilegalidades de los remedios escogidos pueden reconducirse a los supuestos de imposibilidad<sup>13</sup>.

Por su parte, los supuestos en que la sustitución no fuese posible son escasos. Podría aducirse por el vendedor que la sustitución no es posible porque no tiene más bienes del mismo tipo, lo que le obligaría a adquirir el bien a sus expensas de otro vendedor. Sin embargo, en tales casos la sustitución tampoco sería propiamente imposible, sino que podría ser desproporcionada por los costes que implica en comparación con la medida del mismo nivel, la reparación. Un supuesto de imposibilidad de sustitución podría ser el caso de los bienes de segunda mano, si entendemos por sustitución la entrega de un bien idéntico al consumidor, pues en la mayoría de casos no podrá proporcionarse un bien idéntico si era de segunda mano.

En consecuencia, parece que en muchos casos la «imposibilidad» de la reparación o de la sustitución lo será en términos económicos, lo que nos conduce a lo que la doctrina ha denominado «imposibilidad subjetiva» que es reconducible a lo económicamente desproporcionado<sup>14</sup>. Además, la imposibilidad del remedio también tendría que medirse en términos objetivos, por ejemplo, la sustitución será imposible si el bien se fabricó expresamente para el consumidor o la reparación será imposible si las piezas de recambio han dejado de fabricarse<sup>15</sup>.

Una vez apreciada la falta de conformidad y partiendo de la base de que tanto la reparación como la sustitución del bien son posibles, el vendedor aún puede oponerse al remedio elegido por el consumidor si este es desproporcionado en relación con la otra medida del mismo nivel y, de acuerdo con el artículo 13.2) DCCB, la desproporcionalidad debe medirse según tres criterios: a) el valor que tendrían los bienes si no hubiera existido falta de conformidad, b) la relevancia de la falta de conformidad, y c) si se podría proporcionar la medida correctora alternativa sin mayor inconveniente para el consumidor.

Salvo el criterio del artículo 13.2.c) DCCB, los demás son criterios objetivos. En este sentido, el consumidor tendrá que escoger cuál es, según un test de razonabilidad, la medida más idónea para subsanar la falta de conformidad, aunque luego el vendedor puede oponerse al remedio escogido si este es desproporcionado. El primer elemento a valorar es el valor que tendrían los bienes en caso de no existir la falta de conformidad. Seguramente, en los casos de bienes de escaso valor la reparación será desproporcionada, puesto que puede conllevar unos costes (desplazamientos, mano de obra) que sean superiores al valor de mercado del bien y, por tanto, en estos casos quizás el remedio más oportuno sea la sustitución. En caso contrario, la

medida más oportuna para los bienes con un valor más elevado quizá sea la reparación, en tanto que los costes de la misma posiblemente no serían superiores al valor de mercado del bien. El segundo elemento que hay que tener presente es la relevancia de la falta de conformidad, lo que también debe medirse en términos objetivos. Por ejemplo, si la falta de conformidad es muy severa pero fácilmente reparable, quizá la magnitud de la falta de conformidad justificaría una reparación onerosa. Por último, también deben tenerse presente los inconvenientes que presenta el remedio adoptado para el consumidor. El clásico ejemplo es la lavadora que se ha estropeado y cuya reparación puede alargarse en el tiempo. En estos casos, valorando todas las circunstancias concurrentes, puede que la sustitución sea el remedio que más convenga a las partes si es el remedio más rápido. Respecto de la tercera circunstancia que debe valorarse para elegir el remedio más apropiado para subsanar la falta de conformidad, también podría tenerse presente la posibilidad de que terceros ajenos al negocio jurídico celebrado ofrezcan soluciones temporales como el suministro de un bien de sustitución mientras tiene lugar la reparación del bien defectuoso.

#### *2.1.2. La forma de llevar a cabo la reparación y la sustitución*

El artículo 14 DCCB determina cómo debe llevarse a cabo la reparación o la sustitución del bien con algunas novedades respecto de la regulación del artículo 3.3 y 4 Directiva 1999/44/CE. El considerando núm. 50 DCCB establece que cuando el consumidor aprecie la falta de conformidad debe informar al respecto al vendedor para darle la oportunidad de restablecer la conformidad del bien. Por tanto, la DCCB no concreta más la forma a través de la cual el consumidor debe poner de manifiesto al vendedor la falta de conformidad y el remedio escogido para subsanarla, por lo que debe admitirse cualquier medio de comunicación que garantice la recepción del contenido por el vendedor y, en términos probatorios, sería deseable que fuera un medio escrito que asegure el contenido y la recepción por el vendedor, como un burofax o un correo electrónico con acuse de recibo<sup>16</sup>.

##### A) La gratuidad de los remedios del primer nivel

El artículo 14 DCCB dice que la reparación o la sustitución del bien no conforme deberán realizarse «de forma gratuita». Anteriormente, el artículo 3.3 Directiva 1999/44/CE establecía que dichos remedios debían realizarse «sin cargo alguno» lo que se entendía como «*los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contra-*

*to, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales».* La finalidad de la norma no es otra que impedir que el consumidor se vea disuadido del ejercicio de sus derechos y, por tanto, la gratuitud del remedio significa que el vendedor tendrá que asumir todos los gastos que haya tenido que desembolsar el consumidor para demostrar la falta de conformidad del bien, es decir, gastos de transporte, mano de obra, peritajes, etc. Por tanto, el vendedor debe asumir cualquier gasto que haya realizado el consumidor para poner de manifiesto la falta de conformidad hasta que los bienes sean puestos en conformidad<sup>17</sup>.

No obstante, aunque la DCCB no lo diga expresamente está claro que, a tenor de los considerandos de la misma, las compraventas a distancia fueron uno de los principales motivos que llevaron al legislador europeo a derogar la Directiva 1999/44/CE. Sin embargo, la DCCB no establece reglas específicas para las compraventas a distancia, lo que hubiera sido deseable. Solo hay que imaginarse el supuesto de que un consumidor residente en España compra a través de internet un coche de una mercantil domiciliada en Alemania y en el momento de apreciar la falta de conformidad el consumidor se encontraba de vacaciones en Italia. En este supuesto, ¿los requerimientos del artículo 14.1 DCCB imponen que el vendedor se tenga que hacer cargo de los gastos de recogida del bien defectuoso en todos los casos e independientemente del lugar donde se encuentre el bien en el momento de la apreciación de la falta de conformidad?

En estos casos los remedios del primer nivel (la reparación y la sustitución del bien defectuoso) podrían ser perfectamente posibles para subsanar la falta de conformidad, pero los costes de recogida del bien podrían ser muy elevados, lo que llevaría al vendedor a rehusar dichos remedios por desproporcionados (art. 13.3 DCCB). Consiguientemente, el consumidor podría reclamar la rebaja del precio o la resolución del contrato, pero claro está que estos remedios no serían aptos para solucionar el problema. De acuerdo con el artículo 14.1 DCCB, el vendedor tendría que hacerse cargo de todos los gastos, incluidos los gastos de recogida del bien defectuoso independientemente del lugar en que se encuentra, habida cuenta que la DCCB no establece una regla específica para estos supuestos. Sin embargo, la solución ofrecida por la DCCB sería excesivamente lesiva para el vendedor, quien estaría asumiendo el riesgo de que el bien se encuentre muy lejos de su establecimiento comercial en el momento de la apreciación de la falta de conformidad.

Por tanto, hubiera sido deseable que la DCCB hubiera previsto reglas especiales para las compraventas a distancia, toda vez que el tenor literal del artículo 14.1 DCCB podría ofrecer soluciones no equitativas para ambas partes en supuestos como el descrito. En ausencia de reglas en esta materia y siguiendo la doctrina del TJUE en el caso C-65/09 *Gebr. Weber GmbH*

*and Jürgen Wittmer* podría adoptarse una solución intermedia, repartiendo los gastos de recogida del bien defectuoso entre las partes cuando el bien se encuentre muy lejos del alcance del vendedor para subsanar la falta de conformidad<sup>18</sup>.

Sin embargo, no está claro que los Estados miembro puedan transponer la DCCB adoptando una regla para estos supuestos. El principio de armonización máxima del artículo 4 DCCB impide mantener o introducir disposiciones en los ordenamientos nacionales que se aparten de las establecidas en la misma DCCB más allá de las habilitaciones que prevea la misma. Asimismo, la habilitación del Considerando núm. 56 solo se refiere al lugar de cumplimiento de la obligación de entrega y el lugar donde deba repararse o sustituirse el bien, por lo que la cuestión de los gastos asociados a los remedios parece que ha sido objeto de armonización máxima (art. 4 DCCB).

## B) Algunas reflexiones sobre el plazo razonable de los remedios

El artículo 14 DCCB dispone que la reparación o la sustitución del bien deben realizarse «*en un plazo razonable a partir del momento en que el vendedor haya sido informado por el consumidor de la falta de conformidad*». De nuevo nos encontramos ante una expresión «un plazo razonable» que puede ser clave para determinar si el consumidor puede acogerse a un remedio del segundo nivel [art. 13.4.a) DCCB] o, si por el contrario, tal pretensión no está suficientemente justificada. La DCCB no establece un período de tiempo dentro del cual se tendrá que producir la reparación o la sustitución del bien, sino que el criterio de la razonabilidad del considerando núm. 24 DCCB nos conduce al examen de todas las circunstancias concurrentes en el caso, teniendo en cuenta la naturaleza, la finalidad del contrato y los usos y las prácticas de las partes implicadas. Asimismo, el considerando núm. 55 contiene algunos elementos que pueden contribuir a esclarecer lo que debe entenderse por un «plazo razonable»:

*«Con objeto de proteger a los consumidores contra el riesgo de largas demoras, toda reparación o sustitución debe llevarse a cabo satisfactoriamente dentro de un plazo razonable. Lo que se considere un plazo razonable para efectuar una reparación o sustitución debe corresponder al plazo más breve posible necesario para llevar a cabo dicha reparación o sustitución. Este plazo debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta la naturaleza y complejidad de los bienes, la naturaleza y la gravedad de la falta de conformidad y el esfuerzo necesario para llevar a cabo la reparación o la sustitución. Al aplicar la presente Directiva, los Estados miembro deben poder interpretar el*

*concepto de plazo razonable para llevar a cabo una reparación o sustitución estableciendo plazos fijos que normalmente podrían considerarse razonables para la reparación o sustitución, concretamente para determinadas categorías de productos»<sup>19</sup>.*

Por tanto, la DCCB no ha establecido un plazo razonable dentro del cual se tenga que producir la subsanación de la falta de conformidad, sino que deberá determinarse caso por caso objetivamente, teniendo en cuenta los parámetros que establece el Considerando núm. 55 DCCB. No obstante, siguiendo lo prevenido en el artículo 111.2 CESL, un plazo de treinta días tendría que ser suficiente para acometer la reparación o la sustitución del bien defectuoso independientemente de la naturaleza del bien.

En consecuencia, teniéndose que llevar a cabo la reparación o la sustitución del bien dentro de un plazo de tiempo razonable, la pregunta que surge es cuál es la sanción ante el cumplimiento tardío de la obligación del vendedor de subsanar la falta de conformidad dentro de un plazo de tiempo razonable. El artículo 9.3.b) de la Propuesta de Directiva habilitaba al consumidor para exigir una reducción del precio o la resolución del contrato si el vendedor no llevaba a cabo la reparación o la sustitución dentro de un plazo razonable. Sin embargo, en el artículo 13.4 DCCB no se prevé que el consumidor pueda acudir a los remedios del segundo nivel en el caso de que el vendedor no cumpla su obligación dentro de un plazo razonable y parece que este supuesto difícilmente pueda encajar dentro de alguno de los supuestos del artículo 13.4 DCCB:

*«a) el vendedor no ha llevado a cabo la reparación o la sustitución o, en su caso, no ha llevado a cabo la reparación o la sustitución de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14, apartados 2 y 3, o el vendedor se ha negado a poner los bienes en conformidad con arreglo a lo dispuesto en el apartado 3 del presente artículo,*

*b) subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad,*

*c) la falta de conformidad es de tal gravedad que se justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato de compraventa, o*

*d) el vendedor ha declarado, o así se desprende claramente de las circunstancias, que no pondrá los bienes en conformidad en un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor»<sup>20</sup>.*

En primer lugar, el apartado a) del artículo 13.4 hace referencia a aquellos casos en los cuales el vendedor no ha llevado a cabo la reparación o la sustitución del bien, hecho que impide que el supuesto del cumplimiento tardío de la obligación del vendedor sea subsumible en este epígrafe, preci-

samente porque el vendedor ha cumplido con su obligación pero no dentro de un plazo razonable. En segundo lugar, el artículo 13.4.a) se remite a los artículos 14.2 y 14.3 DCCB, que se refieren al modo de llevar a cabo los remedios del primer nivel. Podría defenderse que el cumplimiento tardío de los remedios del primer nivel podría causar inconvenientes significativos al consumidor, lo que implicaría que el caso estudiado fuera subsumible dentro de los supuestos del artículo 13.4.a) DCCB. Por último, el artículo 13.4.a) DCCB hace referencia al artículo 13.3 DCCB, es decir, cuando el vendedor rehúse llevar a cabo la reparación o la sustitución cuando resulten imposibles o desproporcionadas.

En consecuencia, a diferencia de la Propuesta de Directiva, el artículo 13.4 DCCB no habilita claramente al consumidor para exigir una reducción proporcional del precio o la resolución del contrato cuando el vendedor ponga los bienes en conformidad con retraso. Por consiguiente, cabe concluir que la sanción ante el cumplimiento tardío de la prestación del vendedor de poner los bienes en conformidad dependerá de los Estados miembro, como se desprende del último inciso del Considerando núm. 61 DCCB: «*Los Estados miembro también deben conservar la libertad de regular el derecho del consumidor a una indemnización por situaciones en las que la reparación o sustitución supuso un inconveniente mayor o se retrasó*».

De conformidad con el Considerando núm. 61 DCCB, la DCCB ha configurado el cumplimiento tardío de la prestación del vendedor como un supuesto de daños<sup>21</sup> y, por tanto, las consecuencias del incumplimiento dependen de los Estados miembro. En consecuencia, los Estados miembro podrán regular el derecho del consumidor a una indemnización en aquellos supuestos siguiendo los principios del considerando núm. 61 DCCB que prevé el principio de indemnización íntegra (*full compensation*) del daño causado al consumidor a causa de las infracciones del vendedor de lo dispuesto en la DCCB<sup>22</sup>. En este sentido, el consumidor deberá ser indemnizado por cualquier tipo de daño<sup>23</sup> que sufra como consecuencia del retraso del vendedor de poner los bienes en conformidad, siempre que medie una relación de causalidad entre la conducta del vendedor y el daño producido<sup>24</sup>. Asimismo, si el consumidor no ha sufrido ningún tipo de daño nada podrá reclamar al vendedor<sup>25</sup>.

En la práctica, la reclamación de una indemnización por los daños que el vendedor hubiera causado al consumidor como consecuencia del retraso tendría el mismo efecto que una reducción en el precio<sup>26</sup>, con la salvedad de que el consumidor no podría reclamar una rebaja en el precio en proporción a la disminución del valor de los bienes recibidos en comparación con el valor que tendrían los bienes estando en conformidad con el contrato, sino que la indemnización incluiría los gastos que el consumidor hubiera soportado como consecuencia del retraso<sup>27</sup>.

Siguiendo con las consecuencias del retraso del vendedor en la puesta en conformidad de los bienes, cabe preguntarse si el consumidor podría reclamar la resolución del contrato si el retraso frustra por completo su interés en el contrato de compraventa y, para ello, deben tenerse presente los parámetros de los considerandos 24 y 55 DCCB. En este sentido, las circunstancias del caso, la finalidad del contrato y los usos y las prácticas de las partes podrían legitimar al consumidor para exigir la resolución del contrato si, como consecuencia del cumplimiento tardío de la prestación del vendedor de poner los bienes en conformidad, se frustra el interés del consumidor en el contrato de compraventa<sup>28</sup>. A pesar de que en la mayoría de casos el remedio más adecuado será una indemnización por daños y perjuicios que tendría un efecto económico similar a la reducción proporcional del precio, la resolución del contrato como sanción al retraso del vendedor en la puesta en conformidad de los bienes no puede descartarse totalmente, pero sería necesario que dicho retraso frustrara por completo el interés del consumidor en el contrato y que este hubiera comunicado al vendedor el carácter esencial del cumplimiento de su obligación dentro del plazo razonable acordado<sup>29</sup>. Por ejemplo, el consumidor podría resolver el contrato de compraventa si hubiera contratado un libro a través de Amazon el 15 de diciembre para regalar el día de Reyes. No obstante, el libro llegó en el domicilio del consumidor el 18 de diciembre sucio y con las esquinas dobladas. El consumidor comunicó al vendedor la necesidad de sustituir el bien y este le manifestó que el nuevo ejemplar estaría listo el día 5 de enero. Finalmente, el libro se entrega el día 7 de enero y, consiguientemente, se frustra el interés del consumidor en la compraventa por el cumplimiento tardío de la prestación de substitución.

C) El lugar de cumplimiento de la obligación del consumidor de poner los bienes a disposición del vendedor

El artículo 14.1.c) DCCB dispone que la reparación y la sustitución de los bienes defectuosos se llevaran a cabo «*sin inconvenientes significativos para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad para la que el consumidor necesitará los bienes*». No obstante, en caso de apreciar una falta de conformidad, el consumidor debe asumir la obligación de poner los bienes a disposición del vendedor [arts. 14.1.b) y 14.2 DCCB]. Asimismo, el considerando núm. 56 dispone que «*La presente Directiva no debe regular en qué casos deben cumplirse las obligaciones de un deudor*»<sup>30</sup>. Por tanto, la determinación del lugar de cumplimiento de la obligación del consumidor de puesta a disposición de los bienes a favor del vendedor, es algo que, de acuerdo con el considerando núm. 56 DCCB,

depende del Derecho nacional, pero que debe ajustarse a lo prevenido en el artículo 14.1 DCCB, es decir, que la reparación o la sustitución puedan hacerse en un plazo razonable de tiempo, que causen los menores inconvenientes posibles al consumidor y sin cargo alguno para el mismo. Solo de esta forma se consigue un nivel de protección efectivo de los consumidores que disuada a los vendedores de limitar sus derechos.

Si el lugar de cumplimiento de aquella obligación depende del Derecho nacional, hay que acudir a los dispuesto en los Códigos civiles o las legislaciones de consumo de los Estados miembro para determinar el lugar en el cual el consumidor debe poner los bienes a disposición del vendedor para subsanar la falta de conformidad. En este sentido, para el caso español el artículo 1171 del Código civil prevé genéricamente distintos lugares para el cumplimiento de las obligaciones: «*El pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación. No habiéndose expresado y tratándose de entregar una cosa determinada, deberá hacerse el pago donde esta existía en el momento de constituirse la obligación. En cualquier otro caso, el lugar del pago será el del domicilio del deudor*».

Vemos que el primer foro de cumplimiento de la obligación es el que se haya pactado expresamente en la obligación. Por tanto, sería oportuno que las partes acordaran cuál debe ser el lugar de cumplimiento de la obligación del vendedor de reparación o de sustitución de los bienes y, consiguientemente, los deberes que debería asumir el consumidor para poner el bien no conforme a disposición del vendedor y ello, de acuerdo con el artículo 14.1.c) DCCB, debería preverse sin que se causaran inconvenientes significativos para el consumidor y sin cargo alguno. Por tanto, la autonomía privada se erige como el primer criterio para determinar el lugar de cumplimiento de aquella obligación en la mayoría de Estados miembro<sup>31</sup>.

Podría preverse que para los bienes muebles más pequeños y ligeros como ordenadores, impresoras, tablets, teléfonos móviles, etc., el consumidor pusiera los bienes a disposición del vendedor entregándolos en su establecimiento comercial o, si el vendedor no residiera en la misma localidad que el consumidor, que este pudiera ponerle a disposición los bienes enviándolos por correo postal o entregándolos en el establecimiento más cercano del vendedor. Ello podría causar algunas molestias al consumidor, pero no serían inconvenientes significativos para obligar al vendedor a recoger los bienes en su domicilio, es decir, en el lugar donde se encuentren los bienes en el momento de la apreciación de la falta de conformidad.

También nos podríamos encontrar ante el caso de que un consumidor comprara un electrodoméstico como, por ejemplo, un frigorífico, a un vendedor de su misma localidad. En este caso, parece razonable entender que el consumidor cumplirá con su obligación de poner los bienes a disposición del vendedor si facilita la reparación en su domicilio o facilita la entrada

para que el vendedor retire el bien y se lo lleve para reparar a través de un servicio postventa. Al tratarse de un bien mueble de mayores dimensiones, el vendedor tendría que recoger el bien en el lugar donde se encuentre para repararlo o sustituirlo puesto que, de lo contrario, si el consumidor asumiera la obligación de poner los bienes a disposición del vendedor en su establecimiento podría causarle mayores inconvenientes y, por tanto, no sería un *loci solutionis* acorde con lo prevenido en el artículo 14.1.c) DCCB.

Por último, podría plantearse el caso de un consumidor que compra un bien mueble como un coche o un velero y el vendedor se encuentra en la misma localidad que el consumidor. Sin embargo, la falta de conformidad puede ponerse de manifiesto cuando el consumidor se encuentre en otro Estado miembro o muy lejos del establecimiento comercial del consumidor. En tales casos, podría entenderse que la obligación del consumidor de poner los bienes a favor del vendedor se cumpliría poniendo en conocimiento del vendedor dónde se encuentra el bien (un concesionario, un mecánico o un puerto) para que este pueda repararlo o sustituirlo. En este caso, el vendedor podría reparar el bien o sustituirlo en el mismo lugar donde se encuentre el bien defectuoso o traerlo a su establecimiento comercial mediante un servicio de transporte postventa. De lo contrario, si el consumidor se viera obligado a transportar el bien hasta el establecimiento del vendedor, podría causarle inconvenientes considerables.

En estos casos, debe tenerse muy presente que si la falta de conformidad se aprecia estando el consumidor y el bien defectuoso muy lejos del establecimiento del vendedor y este no dispone de un servicio postventa de transporte del bien hasta su establecimiento comercial para ser reparado, los costes de recogida del bien podrían ser muy elevados, lo que permitiría al vendedor acogerse a lo prevenido en el artículo 13.3 DCCB y rehusar los remedios del primer nivel, con lo que el consumidor podría exigir la reducción del precio o la resolución del contrato, pero con estos remedios no se subsanaría la falta de conformidad. Por tanto, a pesar de que la DCCB no contenga ninguna disposición relativa a la distribución de los costes de recogida del bien no conforme (*shipping costs*) en el caso de que el bien se encuentre muy lejos del establecimiento del consumidor, una distribución proporcional de estos costes quizás sería la solución más equitativa, especialmente para proteger los intereses del vendedor puesto que, de lo contrario, acarrearía con el riesgo de que un bien de semejante naturaleza se estropeara muy lejos de su establecimiento.

Por tanto, el contrato de compraventa debería contemplar el lugar de cumplimiento de la obligación del consumidor de poner los bienes a disposición del vendedor, todo ello en función de la naturaleza de los bienes (art. 14.1.c) DCCB). Si las partes no han pactado nada al respecto, deberían tenerse presentes los otros criterios para determinar el lugar de cumpli-

miento de la obligación. En el caso español, el artículo 1171 del Código civil dispone que tratándose de la entrega de una cosa determinada el pago deberá hacerse en el lugar de constitución de la obligación, es decir, en el lugar donde se hubiera celebrado el contrato y, por último, el último foro es el lugar del domicilio del deudor, en este caso el consumidor que es el deudor de la obligación de poner los bienes a disposición del vendedor. Estos criterios deberán interpretarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 DCCB.

Por su parte, si el contrato fuera celebrado a distancia, para determinar la ley aplicable al contrato y, consiguientemente, el lugar de cumplimiento de la obligación de puesta a disposición de los bienes a favor del vendedor, debería aplicarse el Reglamento (CE) núm. 593/2008, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de junio de 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I), cuyo artículo 6.1 prevé que el contrato se regirá por la ley del país en que el consumidor tenga su residencia habitual. Además, dado que nos encontramos ante la perfección de un contrato celebrado a distancia, deben tenerse presentes las particularidades de las legislaciones nacionales sobre la perfección de los contratos a distancia<sup>32</sup>.

La mayoría de razonamientos que se han expuesto para los contratos entre presentes podrían aplicarse a los contratos entre consumidores y vendedores de diferentes Estados miembro en función de la naturaleza del bien. Este es el criterio seguido por la STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019, en el cual el TJUE fue preguntado a instancias de un Tribunal alemán si en las compraventas a distancia el consumidor siempre estaba obligado a poner los bienes a disposición del vendedor en su establecimiento comercial o si, en caso contrario, el vendedor siempre estaba obligado a recoger los bienes en el domicilio del consumidor. En TJUE falló<sup>33</sup> estableciendo que no puede establecerse una regla general y uniforme para el cumplimiento de las obligaciones de las partes porque la opción que garantiza la protección efectiva del comprador (remedio sin coste alguno, en un plazo razonable y sin causar mayores inconvenientes al consumidor) depende, fundamentalmente de la naturaleza y características del bien defectuoso.

Sin embargo, si se tratara de un consumidor con su residencia habitual en España, según el artículo 1171 del Código civil, en defecto de acuerdo entre las partes sobre el lugar de cumplimiento de la obligación y tratándose de una obligación de entrega de una cosa determinada, aquellas obligaciones tendrían que cumplirse en el lugar de constitución de la obligación. En este sentido, debería tenerse presente lo dispuesto en el artículo 29 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico<sup>34</sup> que prevé que, en relación con el lugar de celebración del contrato por vía electrónica en los que intervenga como parte un consumidor, se presumirá celebrado en el lugar en que este tenga su residencia habitual.

Asimismo, el artículo 14.2 *in fine* DCCB contiene una previsión para la recuperación de los bienes sustituidos, cuando la sustitución fuera el remedio más acorde para remediar la falta de conformidad, imponiendo al vendedor la obligación de recuperar los bienes sustituidos a sus expensas. Hubiera sido deseable una previsión similar en el caso de que la reparación fuera el remedio más idóneo para subsanar la falta de conformidad del bien no conforme<sup>35</sup>, pero a falta de previsión expresa podría interpretarse que en el caso de la sustitución quizás el legislador se esté refiriendo a la obligación accesoria del vendedor de reciclar el bien defectuoso sustituido y los costes que lleva asociados.

En relación con las compraventas a distancia, resulta oportuno hacer algunas reflexiones sobre la decisión del TJUE en el marco de la STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019 cuando el TJUE fue preguntado sobre si los remedios de la reparación o la sustitución del bien que deben realizarse «de forma gratuita» incluyen el deber del vendedor de anticipar los gastos de envío o de transporte de los bienes no conformes al consumidor cuando para remediar la falta de conformidad los bienes tengan que enviarse a las dependencias del vendedor. El Tribunal realiza un juicio de proporcionalidad para determinar si en las compraventas a distancia el vendedor siempre tiene que anticipar los costes de envío o de transporte al vendedor, determinando que el anticipo sistemático de estos gastos no beneficia al consumidor en todos los casos, sobre todo en aquellos casos en los que el vendedor no utilice etiquetas de devolución con franqueo pagado. Asimismo, el pago por anticipado de aquellos gastos implica que los vendedores incurran en una excesiva responsabilidad, sobre todo si después del examen de los bienes resulta que no adolecen de defectos. Finalmente, el TJUE acaba declarando<sup>36</sup> que los vendedores no tienen que anticipar sistemáticamente los gastos de transporte o envío cuando el consumidor aprecia una eventual falta de conformidad, pero deja abierta la puerta a que sea así si los costes de envío pueden disuadir al consumidor de ejercer su derecho, lo que tiene que valorarse caso por caso, en función del coste del transporte de los bienes y del valor de los mismos. Por tanto, aunque el artículo 13.2 DCCB condicione la viabilidad del remedio elegido por el consumidor a la posibilidad y a la proporcionalidad del remedio para el vendedor, el consumidor también tendrá que valorar los costes que le supone la medida escogida si el vendedor no está obligado en todo caso a anticipar el coste del transporte del bien no conforme a sus dependencias y tales costes podrían comprometer la viabilidad del remedio escogido.

En consecuencia, si el TJUE matizó el requisito de la gratuitad de los remedios, no se ve inconveniente alguno para extrapolrar el mismo juicio de razonabilidad en relación con los costes de recogida del bien defectuoso cuando se encuentre muy lejos del establecimiento comercial del vendedor,

teniendo en consideración lo prevenido en las STJUE C-52/18 *Christian Fülla & Toolport GmbH* y STJUE C-65/09 *Gebr. Weber GmbH & Jürgen Wittme.*

#### D) La retirada de los bienes no conformes y la posterior instalación

El artículo 14.3 DCCB incorpora una novedad respecto de la Directiva 1999/44/CE, aunque propiamente se trata de una novedad legislativa porque la DCCB incorpora la doctrina del TJUE establecida en las STJUE C-65/2009, de 16 de junio de 2011 y STJUE C-87/2009, de 16 de junio de 2011. Dispone el artículo 14.3 DCCB que: «*Cuando una reparación requiera la retirada de bienes que hayan sido instalados de forma coherente con su naturaleza y finalidad antes de que se manifieste la falta de conformidad, o cuando se sustituyan los bienes, la obligación de reparar o sustituir los bienes incluirá la retirada de los bienes no conformes y la instalación de los bienes sustituidos o de los bienes reparados, o la asunción de los costes de dicha retirada e instalación.*».

En el caso *Putz v Medianess Electronics* la apelante compró un lavavajillas y pasado un tiempo apreció la falta de conformidad. No obstante, cuando el demandado fue reclamado para sustituirlo, se negó a retirar el bien no conforme. El TJUE declaró que en estos supuestos, aunque la falta de conformidad no derive de ninguna actuación culposa de las partes, es el vendedor quien debe asumir el coste del reemplazo de los bienes no conformes, reemplazo o sustitución que deberá llevar a cabo el propio vendedor o cargando con los gastos necesarios de la retirada e instalación del bien de sustitución<sup>37</sup>. Por tanto, la DCCB incorpora la doctrina del TJUE y, por ello, contempla en los artículos 14.2 *in fine* DCCB y 14.3 DCCB que el vendedor deberá recuperar los bienes sustituidos a sus expensas.

Más complicado fue el caso *Gebr. Weber GmbH v Jürgen Wittmer*. El consumidor adquirió unas baldosas que, una vez instaladas, resultaron no conformes porque tenían unos sombreados que eran microrrestos de lijado que no podían desaparecer, de modo que solo podían sustituirse para subsanar la falta de conformidad. Sin embargo, arrancar las baldosas e instalar las nuevas hacia que la sustitución de los bienes no conformes fuera desproporcionada en términos económicos para el vendedor. En este caso, el TJUE adoptó una solución intermedia para lograr una solución equitativa, pues sería claramente injusto que el vendedor tuviera que pechar con todos los costes de sustitución y reemplazo del bien no conforme si no se podía oponer al único remedio que era posible, pues la reparación era imposible en términos objetivos. En consecuencia, en los casos en que el vendedor no pueda oponerse al único remedio posible porque el otro del mismo nivel fuera imposible, no se opone a la DCCB que el consumidor tenga derecho

solo a una parte proporcional del reembolso por los gastos de retirada del bien defectuoso e instalación del bien de sustitución. En tales casos, el juicio de proporcionalidad deberá realizarse en base a la magnitud de la falta de conformidad y el valor que tendrían los bienes si fueran conformes. Sin embargo, como en estos casos el consumidor no quedaría totalmente indemne de los gastos derivados de la subsanación de la falta de conformidad, debe reconocérsele el derecho de acudir a los remedios del segundo nivel, es decir, la reducción del precio y la resolución del contrato<sup>38</sup>.

De acuerdo con lo prevenido en los artículos 14.2 *in fine* y 14.3 DCCB, parece que la DCCB ha regulado unos supuestos de daños y perjuicios que derivan de la falta de conformidad, es decir, la obligación del vendedor de recuperar los bienes sustituidos a sus expensas, el reemplazo de los bienes no conformes y la instalación de los bienes de sustitución. Los casos *Putz v Medianess Electronics* y *Gebr. Weber GmbH v Jürgen Wittmer* pusieron de manifiesto la necesidad de regular los daños estrechamente conectados con el ejercicio de los remedios de la falta de conformidad, pero la DCCB sigue dejando al margen otros daños que puedan derivarse de la falta de conformidad y que pueden ser mucho más dispares y heterogéneos. En tales casos, el considerando núm. 61 DCCB<sup>39</sup> remite a las legislaciones nacionales para encauzar las reclamaciones por daños y perjuicios derivadas de los incumplimientos de los vendedores de lo dispuesto en la DCCB.

#### E) La prohibición de pagos por el uso de los bienes no conformes

El artículo 14.4 DCCB también es una novedad que incorpora la nueva Directiva, en comparación con la anterior Directiva 1999/44/CE. Sin embargo, el legislador europeo ha elevado a rango de ley la doctrina contenida en la STJUE C-404/06, Sala Primera, de 17 de abril de 2008, caso *Quelle*. En el caso de autos una consumidora adquirió una cocina que, pasados dieciocho meses adolecía de una falta de conformidad. El vendedor cumplió con su obligación de sustitución del producto, pero exigió a la consumidora un pago por el tiempo que había usado el bien antes de la apreciación de la falta de conformidad. El TJUE declara<sup>40</sup> que el Derecho nacional que permitía al vendedor exigir una indemnización al consumidor por el uso del bien no conforme hasta que es sustituido se oponía a lo prevenido en el artículo 3.4 Directiva 1999/44/CE de subsanar la falta de conformidad «sin cargo alguno» y, por tanto, el uso del bien no conforme hasta su sustitución no puede considerarse un enriquecimiento injusto, toda vez que el consumidor habrá cumplido previamente su obligación de pago del precio.

La redacción definitiva del artículo 14.4 DCCB poco difiere de lo establecido en la Propuesta de Directiva publicada el pasado 9 de diciembre de

2015 que establecía que el consumidor no era responsable de ningún pago por el uso del objeto sustituido durante el periodo previo a la sustitución, en contraposición de la redacción actual que habla de «uso normal». Sin embargo, se trata de un pequeño matiz que sí que tiene importantes consecuencias prácticas. Literalmente, el tenor literal del artículo 10.3 de la Propuesta de Directiva podía dar a entender que el consumidor no tenía que hacer ningún pago por cualquier uso del bien, lo que parecía legitimar el abuso de derecho y el uso injusto, lo que fue criticado por la doctrina<sup>41</sup>.

## 2.2. EL SEGUNDO NIVEL DE REMEDIOS. LOS REQUISITOS DE LA REBAJA DEL PRECIO O LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

Siguiendo la jerarquía de remedios de la Directiva 1999/44/CE, el segundo nivel de remedios de la DCCB está constituido por la reducción del precio y la resolución del contrato. De acuerdo con el considerando núm. 51 DCCB, el consumidor puede acogerse a los remedios del segundo nivel cuando los remedios del primer nivel no hayan conseguido subsanar la falta de conformidad y ello puede producirse por una pluralidad de causas: a) el vendedor no hubiere llevado a cabo el remedio del primer nivel o hubiere llevado a cabo el remedio de forma incompleta; b) subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner en conformidad a los bienes; c) la falta de conformidad es de tal magnitud que justifica la reducción del precio o la resolución del contrato directamente y, d) el vendedor ha manifestado o se desprende de las circunstancias que no cumplirá el remedio del primer nivel dentro de un plazo razonable o sin inconvenientes significativos para el consumidor.

### 2.2.3. *El incumplimiento de la obligación del vendedor de poner los bienes en conformidad, la subsanación incompleta y la imposibilidad y la desproporcionalidad de los remedios del primer nivel*

El artículo 13.4.a) DCCB contempla diferentes causas que pueden legitimar que el consumidor acuda a los remedios del segundo nivel. Algunas de estas causas se basan en un comportamiento culposo o doloso del vendedor. Serían los casos en que el vendedor no haya llevado a cabo el remedio de subsanación de la falta de conformidad del primer nivel requerida por el consumidor o que en el desarrollo del remedio del primer nivel no se haya procedido conforme los artículos 14.2 y 3 DCCB.

En primer lugar, el artículo 13.4.a) DCCB contempla el caso de que el vendedor no haya llevado a cabo la reparación o la sustitución. Para

tal supuesto, debería entenderse que el consumidor ha comunicado efectivamente la falta de conformidad al consumidor, es decir, dentro del plazo legal durante el cual el vendedor responde de la falta de conformidad y por un medio que asegure la recepción de la comunicación y la verificación de su contenido. Ante la recepción de la comunicación por el vendedor, este puede estar de acuerdo con el remedio propuesto por el consumidor si no es imposible o desproporcionado en términos económicos. Por tanto, si el vendedor acepta el remedio propuesto por el consumidor para subsanar la falta de conformidad deberá proceder a reparar o sustituir el bien dentro de un plazo razonable, sin causar mayores inconvenientes al consumidor y de forma gratuita (art. 14 DCCB). O también sería el caso de que apreciada la falta de conformidad por el consumidor y corroborada por el vendedor, el primero escogiera un remedio del primer nivel que fuera imposible o desproporcionado para el vendedor y entonces el segundo remediaría la falta de conformidad acudiendo al otro remedio del mismo nivel. Por tanto, para entrar dentro del supuesto de hecho de la primera parte del artículo 13.4.a) DCCB, debería haber un acuerdo previo entre las partes para remediar la falta de conformidad y entonces un incumplimiento por parte del vendedor consistente en la no realización de la reparación o la sustitución del bien, según el caso y las circunstancias concurrentes.

En caso contrario, si el consumidor comunicara la falta de conformidad al vendedor y este no respondiera se estaría más bien ante el supuesto contemplado en el artículo 13.4.d) DCCB y si ante la comunicación del consumidor el vendedor respondiera negando la viabilidad de los dos remedios del primer nivel alegando su imposibilidad y desproporcionalidad, se estaría más bien ante el supuesto contemplado en el artículo 13.4.a) *in fine* DCCB.

En consecuencia, el primer supuesto del artículo 13.4.a) DCCB requiere un auténtico incumplimiento del vendedor de llevar a cabo la subsanación de la falta de conformidad a través del remedio acordado con el consumidor.

En segundo lugar, el artículo 13.4.a) DCCB contempla el supuesto de que el vendedor no haya cumplido correctamente su obligación de reparación o sustitución del bien defectuoso, puesto que el artículo 13.4.a) DCCB se remite a lo dispuesto en el artículo 14.2 y 3 DCCB. Por tanto, la propia DCCB prevé la sanción ante el incumplimiento de la obligación del vendedor de no retirar los bienes sustituidos no conformes a sus expensas, de no instalar los bienes de sustitución o los reparados, o en caso contrario, que no asuma los costes de la retirada de los bienes no conformes. En tales casos, el consumidor podría reclamar una rebaja del precio, es decir, podría reclamar el descuento de los gastos que haya tenido que sufragar del precio de la compraventa ante el incumplimiento de la obligación del vendedor de retirar los bienes no conformes e instalación de los de sustitución o reparados. Asimismo, el consumidor también podría reclamar la resolución del

contrato cuando tal incumplimiento de la obligación del vendedor implique la asunción de unos costes desproporcionados, por ejemplo, cuando la retirada de los bienes y posterior instalación de los reparados o de sustitución supusiera unos costes muy elevados superiores al valor de mercado del bien. Por tanto, si estos costes son superiores al precio de la compraventa el consumidor podría reclamar la resolución del contrato.

En tercer lugar, de acuerdo con el artículo 13.4.a) DCCB, el consumidor podrá reclamar la reducción del precio o la resolución del contrato si el vendedor, con base en el artículo 13.3 DCCB, se hubiera opuesto a la reparación o la sustitución del bien si estos remedios del primer nivel fueran imposibles o supusieran unos costes desproporcionados. Se trata de un supuesto que permite al consumidor acogerse a los remedios del segundo nivel y que no estaba previsto en el artículo 3.5 Directiva 1999/44/CE.

#### *2.2.4. La subsistencia de la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad*

La DCCB no ha acabado con el debate sobre los intentos que debe soportar el consumidor para subsanar la falta de conformidad. El artículo 13.4.b) DCCB dice claramente que el consumidor podrá acogerse a los remedios del segundo nivel si subsiste la falta de conformidad pese al intento del vendedor de poner los bienes en conformidad. No obstante, el considerando núm. 52 DCCB dice que deben valorarse objetivamente todas las circunstancias concurrentes, pero introduce un elemento subjetivo que depende exclusivamente del consumidor que debe tenerse muy presente para valorar si está obligado a soportar nuevos intentos para subsanar la conformidad: su confianza en el vendedor. Por tanto, según el considerando núm. 52 DCCB, la apreciación de una falta de conformidad en un bien caro o complejo podría justificar que el consumidor permitiera al vendedor que vuelva a intentar subsanar la falta de conformidad, mientras que con los bienes de escaso valor ulteriores intentos de reparación podrían causar mayores inconvenientes al consumidor. Sin embargo, aunque objetivamente sea razonable permitir al vendedor subsanar la falta de conformidad, la confianza del consumidor en el vendedor constituye un elemento que puede ser determinante para que aquél se pueda acoger a los remedios del segundo nivel, lo que habrá de determinarse caso por caso teniendo en cuenta todas las circunstancias, la naturaleza del bien y la importancia de la falta de conformidad. En estos casos, se añade un elemento subjetivo para conseguir la efectiva protección del consumidor ante la apreciación de una nueva falta de conformidad.

A mayor abundamiento, la opción de acudir a los remedios del segundo nivel podría estar más justificada si la falta de conformidad es la misma

que había señalado el consumidor y el vendedor hubiera fallado en la reparación<sup>42</sup>, o aunque no fuera el mismo defecto, estuviera estrechamente conectado. Por otro lado, el ejercicio de un remedio del segundo nivel podría ser más gravoso e injusto para el vendedor si la nueva falta de conformidad no presentara ninguna relación con la anterior y, por tanto, el consumidor no tendría por qué desconfiar objetivamente de la capacidad del vendedor de subsanar el defecto. El tenor literal del considerando núm. 52 DCCB parece apuntar a esta solución cuando dice que el mismo problema se presenta dos veces. Asimismo, en los casos de que no se trate del mismo problema, el tenor literal del considerando núm. 52 DCCB permite apreciar que se tiene que tratar de un problema grave o que impida hacer un uso normal del bien, lo que permite intuir que la pérdida de confianza en el vendedor debe valorarse de forma restrictiva.

No obstante, no puede obviarse que es el vendedor quien ha incumplido su obligación de entregar un bien conforme al consumidor, lo que en estos casos dicho incumplimiento se vería agravado si el vendedor falla en su intento de subsanar la falta de conformidad, independientemente que se trate del mismo problema, un defecto conexo o de otro distinto e independiente. Además, la posibilidad de que el consumidor acuda a los remedios del segundo nivel en caso de que el vendedor falle en el intento de poner en conformidad los bienes ahora tiene un respaldo legal que no tenía en la Directiva 1999/44/CE, lo que también puede interpretarse como un refuerzo de la posición del consumidor en detrimento del vendedor, que habrá incumplido en más de una ocasión su obligación de entregar un bien conforme con el contrato<sup>43</sup>.

#### *2.2.5. El ejercicio de los remedios del segundo nivel de forma inmediata*

De acuerdo con el considerando núm. 52 DCCB, debe permitirse que, en función de las circunstancias, el consumidor pueda reclamar al vendedor la reducción del precio o la resolución del contrato de forma inmediata y ello solo será procedente cuando la falta de conformidad revista especial gravedad. Sin embargo, ni el considerando núm. 52 DCCB ni el artículo 13.4.c) DCCB proporcionan más elementos para valorar cuando procede el ejercicio de los remedios del segundo nivel inmediatamente aunque, claro está, que deberá tratarse de una falta de conformidad que revista cierta gravedad y que frustre por completo los intereses del consumidor, lo que implicaría que los remedios del primer nivel no fueran idóneos para subsanar la falta de conformidad<sup>44</sup>.

Podría tratarse, por ejemplo, de un coche de segunda mano en cuyo anuncio se disponía que había recorrido 40.000 quilómetros. Sin embargo,

podría ser el caso de que el vendedor hubiera actuado con dolo, tratando de atraer la atención de los consumidores fijando un kilometraje más bajo, cuando en realidad el coche había recorrido 80.000 quilómetros. En este caso, ante la falta de conformidad del bien, obvio es que el consumidor no podría pedir ni la reparación ni la sustitución del bien, por lo que podría reclamar directamente la reducción del precio o la resolución del contrato<sup>45</sup>.

#### *2.2.6. La imposibilidad de subsanar la falta de conformidad dentro de un plazo de tiempo razonable y sin causar mayores inconvenientes al consumidor*

El último supuesto contemplado en la DCCB que permite al consumidor acogerse a los remedios del segundo nivel es que el vendedor haya manifestado, o así se desprenda de las circunstancias, que no llevará a cabo la subsanación de la falta de conformidad dentro del plazo razonable o sin causar mayores inconvenientes al consumidor. De acuerdo con el considerando núm. 55 DCCB, por plazo razonable debe entenderse el plazo mínimo necesario para realizar la reparación o la sustitución del bien y ello tendrá que valorarse teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes y, especialmente, teniendo en cuenta la naturaleza y la complejidad de los bienes, la naturaleza y la gravedad de la falta de conformidad y el esfuerzo necesario para subsanarla. Además, ya hemos visto que el considerando núm. 55 DCCB faculta a los Estados miembro para interpretar el concepto de «plazo razonable» y establecer plazos fijos que normalmente podrían considerarse razonables.

En aras de mejorar la seguridad jurídica sería muy recomendable que los Estados miembro hicieran uso de esta prerrogativa, pues si se fijara un plazo razonable para realizar cualquier reparación según el tipo de bienes podría establecerse objetivamente cuándo el vendedor está legitimado para el ejercicio de los remedios del segundo nivel, habida cuenta de que si el vendedor manifiesta que no podrá llevar a cabo la reparación o la sustitución del bien dentro del plazo determinado el consumidor podría acogerse a los remedios del segundo nivel<sup>46</sup>.

#### *2.2.7. La imposibilidad de resolver el contrato si la falta de conformidad es una minucia*

La DCCB finalmente no ha seguido lo dispuesto en el artículo 13 de la Propuesta de Directiva que permitía que el consumidor pudiera resolver el contrato aunque la falta de conformidad fuera una minucia. El artículo 13.5

DCCB se inspira claramente en el artículo 114.2 CESL y en el artículo 49 CISG, que prevén que el comprador no puede resolver el contrato si la falta de conformidad es insignificante<sup>47</sup>. Según el considerando núm. 53 DCCB, ello obedece a la necesidad de preservar el justo equilibrio entre los derechos y las obligaciones de las partes<sup>48</sup>. Por tanto, la falta de conformidad deberá ser suficientemente grave o esencial para que el consumidor pueda reclamar la resolución del contrato, toda vez que si la falta de conformidad fuera de escasa entidad y no pudiera subsanarse con la reparación o la sustitución del bien, en tales casos procedería la reducción del precio<sup>49</sup>.

Asimismo, el artículo 13.5 DCCB dispone que la carga de la prueba de que la falta de conformidad es una minucia corresponde al vendedor, algo que no preveía la Directiva 1999/44/CE. Es decir, cuando el consumidor haya puesto los bienes a disposición del vendedor porque previamente hubiera apreciado una falta de conformidad y hubiera informado al respecto al vendedor, este deberá comprobar si existe o no dicha falta de conformidad y también deberá comprobar la entidad de la misma. Por tanto, si la carga de la prueba corresponde al vendedor, se condiciona la facultad del consumidor de acogerse a los remedios del segundo nivel si ambas partes no coinciden sobre la entidad de la falta de conformidad, toda vez que los vendedores puede que tiendan, si ello obedece a sus intereses, a intentar la reparación o la sustitución del bien defectuoso.

### 2.3. LA SUSPENSIÓN DEL PAGO DEL PRECIO PENDIENTE

El artículo 13.6 DCCB previene la posibilidad de que el consumidor suspenda «*el pago de cualquier parte pendiente del precio o de parte del importe*» hasta que el vendedor cumpla con las obligaciones que le impone la DCCB, es decir, poner los bienes en conformidad. Se trata de un remedio que es aplicable en las obligaciones sinalagmáticas, como lo son las que dimanan del contrato de compraventa y, por tanto, constituye una genuina aplicación de la excepción de incumplimiento contractual *exceptio non rite adimpleti contractus* en el ámbito del Derecho de consumo. Asimismo, el hecho de que el artículo 13.6 DCCB legitime la suspensión de pago de parte del precio al consumidor es porque ha existido un posible cumplimiento defectuoso de la obligación de entrega de un bien conforme a cargo del vendedor. Es decir, el deudor ha cumplido su obligación porque ha entregado el bien al consumidor, aunque el cumplimiento de la obligación sea defectuoso. En consecuencia, se trata de la *exceptio non rite adimpleti contractus* y no de la *exceptio non adimpleti contractus*, que procede cuando el deudor no ha cumplido su obligación.

No obstante, lo que más sorprende del tenor literal del artículo 13.6 DCCB es que el consumidor que ha apreciado la falta de conformidad

tiene derecho «*a suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio o de parte del importe*», lo que da a entender que el remedio solo se aplica al pago del precio pendiente cuando ambas partes han acordado el pago a plazos o, aun no habiendo acordado el pago del precio a plazos, el consumidor no haya pagado todo el precio. El artículo 4 de la Propuesta de Directiva de diciembre de 2015 establecía lo siguiente: «*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*». Por su parte, el artículo 13.6 DCCB añade «*o de parte del importe*», lo que podría interpretarse como un gesto ante las críticas de la doctrina<sup>50</sup> para aplicar la excepción de incumplimiento contractual no solo en los casos de pago a plazos del precio, sino también en los casos de pago parcial del mismo.

Sin embargo, lo que sí que se ha mantenido respecto de la propuesta de Directiva de diciembre de 2015 es que la suspensión de la obligación de pago del consumidor solo puede ser parcial ante el acreedor que ha cumplido defectuosamente su prestación, pues el artículo 13.6 DCCB no admite en ningún caso que la suspensión de la obligación de pago comprenda la totalidad del precio. La razón por la cual el artículo 13.6 DCCB solo se refiere a cualquier parte del precio pendiente podría encontrarse en el hecho de que, aunque la DCCB no disponga cuándo el consumidor debe pagar el precio, en la mayoría de ocasiones el consumidor pagará por anticipado antes de que le sea entregado el bien y generalmente pagará la totalidad del precio, a no ser que se hubiera previsto el pago fraccionado. Por este motivo quizás el artículo 13.6 DCCB no contemple la suspensión de la obligación de pagar la totalidad del precio<sup>51</sup>. Además, otra razón por la cual la DCCB excluye la posibilidad de suspender la totalidad del pago del precio puede encontrarse en la voluntad del legislador de proteger el justo equilibrio entre las prestaciones de las partes. Es decir, si se permitiese al consumidor suspender el pago de la totalidad del precio quizás sería una solución demasiado lesiva para los intereses del vendedor, pues no hay que olvidar que el vendedor deberá comprobar posteriormente si existe la falta de conformidad después de recuperar el bien a sus expensas (arts. 14.1.a) y 14.2 DCCB).

Teniendo en cuenta el carácter de armonización máxima de la DCCB, no parece posible que los Estados miembro extiendan el alcance de la suspensión de la obligación a la totalidad del precio, por más que el considerando núm. 18 DCCB y el propio artículo 13.6 DCCB habiliten a los Estados miembro para regular las condiciones y las modalidades del ejercicio de esta facultad. La previsión a favor de los Estados miembro se refiere al ejercicio judicial o extrajudicial de la excepción de incumplimiento contractual, dado que el artículo 13.6 DCCB es claro cuando establece que la excepción solo procede en los casos de cualquier parte del precio pendiente o parte del importe.

Por tanto, parece que la facultad de suspensión de pago del precio pendiente o de cualquier parte del importe tiene sentido en aquellos casos en que el consumidor haya anticipado una parte del precio antes de la entrega del bien o que se haya pactado el pago del precio a plazos. En estos casos, de apreciarse una falta de conformidad el consumidor podrá suspender su obligación de pago hasta que los bienes sean puestos en conformidad.

El artículo 13.6 DCCB no dice nada sobre la entidad de la falta de conformidad que puede dar lugar a la suspensión de la obligación de pago de parte del precio. La única referencia que hace la DCCB a la entidad de la falta de conformidad es en el artículo 13.5 DCCB cuando dice que una falta de conformidad que sea leve no permite que el consumidor resuelva el contrato. Por tanto, cabe preguntarse si una falta de conformidad que no sea grave legitima la suspensión de la obligación de pago de parte del precio. Además, hay que tener en cuenta la habilitación expresa del artículo 13.6 DCCB, en el sentido de que la entidad de la falta de conformidad que legitime la suspensión de pago del precio podría dejarse a las manos de los Estados miembro, quienes pueden regular las condiciones y modalidades de esta facultad del consumidor.

Por un lado, podría hacerse una interpretación beneficiosa para el consumidor y entender que, a falta de alguna limitación expresa prevista en la misma DCCB para la suspensión de la obligación de parte del precio, el consumidor podría suspender su obligación hasta que los bienes sean puestos en conformidad, independientemente de la entidad de la falta de conformidad. En este caso, se estaría ante la opción que parece que ofrece el tenor literal de la DCCB, cuyo art 13.6 DCCB no limita en ningún sentido la facultad del consumidor de suspender el pago de parte del precio hasta que los bienes sean puestos en conformidad. Por otro lado, los Estados miembro podrían condicionar la suspensión de pago de parte del precio a que la falta de conformidad sea de cierta entidad y, de esta forma, evitar que el ejercicio de esta facultad se realice en contra de las exigencias de la buena fe. Esta es la opción que ha defendido mayoritariamente la doctrina<sup>52</sup>.

#### 2.4. LA CONTRIBUCIÓN DEL CONSUMIDOR A LA FALTA DE CONFORMIDAD

El artículo 13.7 DCCB dispone lo siguiente: «*Los Estados miembro podrán decidir si, y en qué medida, una contribución del consumidor a la falta de conformidad afecta a su derecho a exigir medidas correctoras*». Se trata de un precepto que carece de un antecedente directo en la Directiva 1999/44/CE. Asimismo, el artículo 13.7 DCCB no concreta nada más acerca de la contribución del consumidor a la falta de conformidad y, consiguientemente,

la afectación a su derecho a exigir medidas correctoras de acuerdo con el sistema de remedios de la DCCB.

La DCCB parte de la responsabilidad objetiva del vendedor por cualquier falta de conformidad del bien que se manifieste dentro de los dos primeros años a partir de la entrega del mismo. Es decir, el régimen de responsabilidad objetiva del vendedor que instaura la DCCB exime al consumidor de tener que demostrar que la falta de conformidad es imputable al vendedor por su culpa o negligencia. Se trata, entonces de un sistema de responsabilidad objetiva o por riesgo, habida cuenta de la producción en masa de bienes y servicios.

No obstante, en virtud de lo dispuesto en el considerando núm. 45 DCCB y del artículo 7.2 DCCB, la índole o naturaleza de la falta de conformidad es un elemento que podría servir de defensa al vendedor para enervar su responsabilidad por la falta de conformidad cuando esta hubiera sido causada por culpa exclusiva del consumidor o, en virtud del artículo 13.7 DCCB, para limitar el sistema de remedios en caso una eventual contribución del consumidor a la falta de conformidad. Si no se previeran causas de exclusión o de reducción de la responsabilidad del vendedor en un sistema de responsabilidad objetiva como es la falta de conformidad de los bienes, se incentivarían conductas de los consumidores despreocupadas por la durabilidad de los bienes, en contra de otro de los objetivos que persigue la DCCB (considerando núm. 32 DCCB). De este modo, en un sistema de responsabilidad absoluta del vendedor sin que se pudiese valorar la conducta del consumidor este carecería de incentivos para ser precavido, pues sabría que el vendedor tendría que responder por todas las faltas de conformidad. Por tanto, desaparecería el cuidado exigible en el uso del producto por parte del consumidor<sup>53</sup>.

#### *2.4.1. La contribución del consumidor como un supuesto de incumplimiento de la carga de mitigar la falta de conformidad o como un supuesto de no agravación de la misma*

La contribución del consumidor a la falta de conformidad podría producirse en un momento posterior a su aparición o constatación. Es decir, una vez apreciada la falta de conformidad dentro del plazo legal del artículo 10 DCCB, esta podría agravarse si el consumidor no adopta las medidas que estén a su alcance para reducir sus consecuencias negativas y, por tanto, a los efectos del artículo 13.7 DCCB una conducta reprochable del consumidor que no actúa con la diligencia debida podría conducir al resultado de limitar su derecho a exigir medidas correctoras. En estos supuestos, la contribución del consumidor a la falta de conformidad se produce *ex post*,

una vez apreciada la falta de conformidad, como un supuesto de su carga de mitigar o de no agravarla<sup>54</sup>.

Interpretando el artículo 13.7 DCCB como una manifestación de la carga del consumidor de mitigar o de no agravar la falta de conformidad se reforzaría el sentido de lo prevenido en el considerando núm. 46 DCCB y en el artículo 12 DCCB. El legislador europeo faculta a los Estados miembro para que impongan al consumidor el deber de informar sobre la falta de conformidad dentro de un plazo de dos meses desde su detección. Por tanto, como sanción al consumidor ante el incumplimiento de su deber de información de la falta de conformidad, este podría ver reducido su derecho a exigir medidas correctoras si la falta de conformidad se ha agravado por su inactividad y, de esta forma, contribuyendo a la falta de conformidad.

La doctrina ha definido la carga del perjudicado de mitigar o de no agravar el daño como el deber que tiene la parte que sufre el incumplimiento de adoptar todas las medidas razonables que estén a su alcance para reducir las pérdidas, puesto que no podrá ser indemnizado por aquellos daños que hubiera podido mitigar<sup>55</sup>. Asimismo, esta carga no solo comprende la adopción de las medidas que estén al alcance del perjudicado para mitigar las pérdidas o el daño, sino que también comprende la adopción de las medidas necesarias para evitar que el daño o las pérdidas se produzcan<sup>56</sup>. Dichas medidas pueden ser de muy diverso tipo habida cuenta de la amplia casuística de los daños, pero tienen que ser razonables teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, no estando el obligado a adoptar medidas extraordinarias. Por tanto, deberá adoptarse el canon de diligencia media, lo que el artículo 1104 del Código civil llama diligencia de un buen padre de familia<sup>57</sup>.

Aunque la doctrina<sup>58</sup> haya afirmado que no es posible fijar un momento temporal a partir del cual las medidas mitigadoras deben ser adoptadas, habida cuenta de la amplia variedad de casos posibles, en el supuesto del artículo 13.7 DCCB la indeterminación se ve reducida y cabría afirmar que el consumidor deberá adoptar las medidas mitigadoras a partir del momento que aprecie o se manifieste la falta de conformidad, so pena de ver limitado su derecho a exigir medidas correctoras. Es decir, con la apreciación de la falta de conformidad nace la carga del consumidor de adoptar todas las medidas necesarias y razonables para mitigar la entidad o gravedad de la falta de conformidad.

Respecto al plazo durante el cual el consumidor debe mantener las medidas correctoras existe una mayor incertidumbre, pues la DCCB tampoco determina el plazo dentro del cual el vendedor tiene que llevar a cabo los remedios. Tan solo el considerando núm. 55 DCCB dice que la reparación o la sustitución del bien no conforme debe llevarse a cabo dentro del plazo de tiempo objetivamente más breve posible, teniendo en cuenta todas las

circunstancias concurrentes, especialmente la naturaleza y la complejidad de los bienes, la naturaleza y la gravedad de la falta de conformidad y el esfuerzo necesario para llevar a cabo la reparación o la sustitución. Por tanto, no puede fijarse de antemano el tiempo que el consumidor puede estar obligado a mantener las medidas mitigadoras porque la DCCB tampoco concreta el tiempo razonable y necesarios para llevar a cabo los remedios. Pero puede mantenerse que siempre que el vendedor actúe y lleve a cabo los remedios dentro del plazo razonable sin demoras injustificadas el consumidor debería mantenerlas si no quiere ver limitado su derecho a exigir medidas correctoras (art. 13.7 DCCB).

En el supuesto de que el perjudicado no adopte las medidas necesarias para mitigar o evitar el daño el acreedor del derecho a exigir medidas correctoras, es decir, el mismo consumidor perjudicado, tendría que ver reducido su derecho.

Al lado de la carga de mitigar o de no agravar el daño, la doctrina ha diferenciado el supuesto de la agravación del daño o *further damage*, que comprende aquellos supuestos en los cuales el daño es agravado por el propio perjudicado, no como consecuencia de una falta de adopción de las medidas necesarias y razonables para mitigar el daño, sino como consecuencia de una conducta activa que repercute en su agravación<sup>59</sup>. El incumplimiento de la carga de mitigación o reducción del daño del perjudicado sanciona su conducta pasiva ante la detección de la falta de conformidad o la producción del daño porque aquel no adopta las medidas necesarias y razonables para mitigarlo o reducirlo, mientras que el supuesto de la agravación del daño o *further damage* tiene por objeto una conducta activa del perjudicado que agrava la falta de conformidad.

El incumplimiento de la carga de no agravar la falta de conformidad conlleva las mismas consecuencias que la carga de mitigar o evitar la falta de conformidad, es decir, limitar el derecho del consumidor de exigir medidas correctoras. Sin embargo, considero que a los efectos del artículo 1107 del Código civil, el consumidor sería considerado un deudor de buena fe<sup>60</sup> cuando la falta de conformidad se agrava si el consumidor no logra mitigarla o evitarla adoptando las medidas mitigadoras que sean necesarias y razonables<sup>61</sup>. Es decir, una vez apreciada la falta de conformidad esta se habrá agravado por culpa o negligencia del perjudicado, habida cuenta de que las medidas mitigadoras no habrán alcanzado el fin deseado. En caso contrario, cuando la falta de conformidad se agrava porque incumple su deber de informar al vendedor, en estos supuestos el consumidor debería ser considerado como un deudor de mala fe a los efectos del artículo 1107 del Código civil, toda vez que en cierto modo el consumidor perjudicado habrá actuado con dolo haciendo un uso abusivo del bien.

El propósito de este artículo impide hacer un examen del artículo 13.7 DCCB en relación con el artículo 1.107 del Código civil, pero si se interpreta el artículo 13.7 DCCB a la luz del artículo 1.107 del Código civil, la doctrina<sup>62</sup> ha equiparado el deudor de mala fe del artículo 1.107 del Código civil con el acreedor que agrava el daño, lo que en el supuesto que nos ocupa debería interpretarse como la limitación del derecho de exigir medidas correctoras del acreedor/consumidor contra el vendedor cuando aquél contribuye a la falta de conformidad a tenor del artículo 13.7 DCCB.

#### *2.4.2. Los remedios al alcance del consumidor cuando haya contribuido a la falta de conformidad*

En el supuesto que la falta de conformidad fuera debida, en parte, a causa de la contribución del consumidor, la primera posibilidad que cabría plantearse es limitar el sistema de remedios del artículo 13 DCCB, de conformidad con lo previsto en el artículo 13.7 DCCB.

Respecto de los remedios del primer nivel, estos son a reparación y la sustitución del bien defectuoso, ante la transposición de la DCCB los Estados miembro podrían alterar las condiciones de ejercicio de los remedios teniendo en consideración la contribución del consumidor en la falta de conformidad (art. 13.7 DCCB). En estos supuestos, sería contrario al justo equilibrio de las prestaciones de las partes, especialmente para el vendedor, tener que sufragar todo el coste de la reparación o la sustitución del bien afectado por la falta de conformidad habida cuenta que la falta de conformidad se ha producido en parte por la contribución del consumidor. Semejante conclusión se desprende a del párrafo núm. 62 STJUE C-65/2009, de 16 de junio de 2011 cuando dice que la instalación del bien no se hubiera llevado a cabo «conforme a su naturaleza y finalidad»<sup>63</sup>. Por tanto, podría exigirse que el consumidor tuviera que sufragar una parte de los costes asociados a los remedios. Sin embargo, *prima facie* semejante previsión podría oponerse al principio de armonización máxima del artículo 4 DCCB. Pero lo cierto es que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha admitido que el consumidor tenga que sufragar ciertos costes asociados a los remedios, especialmente en aquellos casos en que el único remedio idóneo para subsanar la falta de conformidad sea antieconómico para el vendedor<sup>64</sup>.

En consecuencia, teniendo en cuenta la habilitación expresa del artículo 13.7 DCCB a favor de los Estados miembro para decidir cómo afecta la contribución del consumidor a la falta de conformidad a su derecho de exigir medidas correctoras, en estos casos los Estados miembro podrían exigir al consumidor que se hiciera cargo de una parte proporcional de los

costes de los remedios del primer nivel (gastos de envío, mano de obra...), teniendo en cuenta su contribución a la falta de conformidad.

Asimismo, también cabría plantearse la posibilidad de que la limitación del derecho del consumidor de exigir medidas correctoras afectase otros requisitos del artículo 14 DCCB, particularmente el deber del vendedor de llevar a cabo los remedios dentro del plazo objetivamente más breve posible [art. 14.1.b) DCCB] o sin inconvenientes significativos para el consumidor [art. 14.1.c) DCCB]. Teniendo en cuenta que el consumidor habrá contribuido a la falta de conformidad, una posible sanción al incumplimiento de la carga de mitigar, evitar o no agravar el daño sería que aquel tuviera que pechar con la falta de conformidad, concediendo un mayor plazo de tiempo al vendedor para poner el bien en conformidad.

Al margen de poder hacer más gravosos los remedios del consumidor que ha contribuido a la falta de conformidad, es importante observar que el artículo 82 CISG parece limitar los remedios del primer nivel y establece que el comprador perderá el derecho a exigir la sustitución de las mercancías cuando le sea imposible restituir las recibidas en un estado sustancialmente idéntico a aquél que las hubiera recibido. Por tanto, una opción que podrían adoptar los Estados miembro al amparo del artículo 13.7 DCCB es limitar los remedios del primer nivel, pudiendo el consumidor solamente exigir la reparación con una eventual, redistribución de los costes que acarrea este remedio.

Respecto de los remedios del segundo nivel, cuando la reducción del precio fuera el remedio idóneo a la vista de las circunstancias concurrentes, los Estados miembro podrían tener en consideración el grado de contribución del consumidor a la falta de conformidad como un parámetro más para determinar la rebaja del precio. Es decir, si el artículo 15 DCCB establece que la reducción del precio será proporcional a la diferencia de precio existente el valor real del bien y el que tendría si fuera conforme al contrato, la contribución del consumidor a la conformidad tendría que ser un elemento a tener en consideración para mitigar o reducir la reducción del precio en beneficio del vendedor. En caso contrario, si la reducción del precio solo tuviese en consideración la diferencia entre el valor real y el teórico del bien afectado por la falta de conformidad y el consumidor hubiera contribuido a la aparición de la misma, se estaría ante una solución injusta para el vendedor. Por tanto, el valor real del bien, que será inferior al teórico por el efecto de la falta de conformidad, deberá contraponerse con la contribución del consumidor para determinar la reducción del precio, de forma similar a la moderación de la responsabilidad del vendedor por culpa concurrente de la víctima en los daños causados por productos defectuosos.<sup>65</sup>

Ante la contribución del consumidor a la falta de conformidad un remedio que podría no estar al alcance del consumidor es la resolución

contractual. Se trata de una opción que el artículo 82 CISG contempla expresamente dado que el incumplimiento o falta de conformidad es imputable en parte al consumidor. Por tanto, habiendo contribuido este a la falta de conformidad, podría verse afectado su derecho a exigir este remedio a tenor de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el artículo 82 CISG.<sup>66</sup>

El hecho que la jurisprudencia haya interpretado el incumplimiento resolutorio del artículo 1124 del Código civil como un incumplimiento sea imputable de forma indubitable al demandado, restringe el ámbito de aplicación de aquel precepto y limita con creces las posibilidades de que el consumidor pueda reclamar la resolución del contrato cuando él mismo haya contribuido *ex post* a la falta de conformidad.<sup>67</sup>

## 2.5. LA REDUCCIÓN DEL PRECIO

La reducción del precio constituye el primero de los remedios del segundo nivel que las partes del contrato de compraventa tienen a su alcance cuando se cumpla alguno de los presupuestos del artículo 13.4 DCCB. Por tanto, previamente a la reducción del precio los partes deberán haber intentado la reparación o la sustitución del bien no conforme.

La acción estimatoria<sup>68</sup> es una acción que el artículo 1486 del Código civil pone al alcance del comprador cuyo ejercicio le permite demandar una rebaja del precio que, según los artículos 1486 del Código civil y 15 DCCB, debe ser proporcional. Por tanto, lo que se pretende a través del remedio de la reducción del precio es el reajuste en el sistema de equivalencia sinálgmático de las prestaciones contractuales y, a diferencia de la resolución del contrato, la reducción del precio favorece la conservación del contrato, puesto que aquella conlleva el desistimiento contractual y, en consecuencia, la devolución de las prestaciones contractuales, es decir, la cosa entregada y el precio.

El artículo 15 DCCB establece la proporción en la tiene que realizarse la reducción del precio de la compraventa: «*La reducción del precio será proporcionada a la disminución del valor de los bienes recibidos por el consumidor en comparación con el valor que tendrían si fueran conformes*». El artículo 3.5 Directiva 1999/44/CE no establecía cómo debía operar la reducción del precio, aunque el artículo 15 DCCB dispone lo que la doctrina<sup>69</sup> ya venía afirmando en relación con el artículo 3.5 Directiva 1999/44/CE: La reducción del precio será proporcionada a la disminución del valor de los bienes recibidos por el consumidor en comparación con el valor que tendrían si fueran conformes.

Dos son, entonces, los parámetros o elementos que tiene en cuenta el artículo 15 DCCB para realizar la reducción del precio: a) el valor de los

bienes recibidos, entendemos que una vez detectada o apreciada la falta de conformidad y; b) el valor que tendrían los bienes como si fueran conformes<sup>70</sup>. Por tanto, El precio reducido (PRE) es igual al valor del bien no conforme multiplicado (\*) por el precio de compra (PE), dividido por el valor objetivo del bien como si fuera conforme en el momento de la entrega (VOE). Es decir, el precio reducido (PRE) es igual a (VNC \* PE) / VOE<sup>71</sup>.

El modelo de cálculo de la reducción del precio del artículo 15 DCCB, que sigue el modelo del artículo 50 CISG, incorpora diferentes elementos y uno de ellos es el valor de mercado o objetivo del bien como si fuera conforme en el momento de la entrega. Sin embargo, el valor de mercado del bien como si fuera conforme en el momento de la entrega es un valor que es extraño a las partes, habida cuenta de que no coincide con el precio pagado ni con el valor del bien no conforme. Por ello, un sector doctrinal defiende huir de dicho modelo para el cálculo de la reducción del precio porque el valor de mercado del bien como si fuera conforme en el momento de la entrega pueda fluctuar y, por tanto, no se ajusta al principio de equilibrio de las prestaciones de las partes contratantes<sup>72</sup>.

Por este motivo, el mismo autor defiende la adopción del «modelo proporcional puro», que toma como elementos de referencia el precio de compra y la disminución proporcional que el defecto produce sobre el bien, lo que significa que la disminución proporcional debe relacionarse con no con el valor económico del bien, sino con sus funciones. Es decir, si la falta de conformidad comporta que el bien deje de realizar el 25% de sus funcionalidades, la rebaja del precio que se tendrá que practicar sobre el valor de compra será del 25%. Por ello, será necesario contar con un peritaje que en lugar de valor económicamente el bien no conforme el objeto de la pericia tendría que versar sobre la disminución proporcional que el defecto provoca sobre la eficacia del bien<sup>73</sup>. Se trata de un modelo de cálculo de la reducción del precio que prescinde de la previa cuantificación del valor del bien no conforme como el valor objetivo del bien, independientemente que se tome como referencia el valor objetivo del bien en el momento de la celebración del contrato o en el momento de la entrega.

Por último, el artículo 15 DCCB no contempla una regla similar a la del artículo 120.2 CESL, en el sentido de que el consumidor que hubiera pagado una cantidad superior al precio reducido, debería poder reclamar la cantidad pagada de más debiendo reclamarla al vendedor. Sin embargo, en ausencia de una previsión expresa al respecto, no debería discutirse la posibilidad del consumidor de recuperar el exceso pagado a causa de la reducción del precio. En caso contrario, podría tratarse de un supuesto de enriquecimiento sin causa<sup>74</sup>.

## 2.6. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

### 2.6.1. *Presupuestos y modo de ejercicio*

La resolución del contrato constituye el último remedio puesto a disposición del consumidor para subsanar la falta de conformidad. El hecho de que constituya el último remedio pude que constituya el último remedio puesto a disposición de las partes porque implica el desistimiento del contrato y, consiguientemente, la devolución de las prestaciones, debería conducir a pensar que la resolución contractual solo debería proceder ante incumplimientos cualificados o sustanciales. Sin embargo, siguiendo lo prevenido en el artículo 3.6 Directiva 1999/44/CE<sup>75</sup>, el único obstáculo para instar la resolución de la compraventa es que el defecto o la falta de conformidad sea leve (art. 13.5 DCCB<sup>76</sup>). Por tanto, el artículo 13.5 DCCB y el actual artículo 121 TRLGDCU<sup>77</sup> no exigen que el incumplimiento sea esencial, sustancial o grave, como sí que exigen los artículos 25 CISG<sup>78</sup> o el artículo 1124 del Código civil, tal y como ha sido interpretado por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. En consecuencia, el hecho que el artículo 13.5 DCCB hable de un incumplimiento que no sea leve conduce a plantear el debate sobre si la legislación de protección de los consumidores aumenta el nivel de protección de los consumidores, no exigiéndose que el incumplimiento sea grave y esencial, característica que debe revestir el incumplimiento en la contratación entre empresarios o entre particulares.

Por un lado, existe un sector doctrinal<sup>79</sup> que considera que no es la misma entidad la del incumplimiento de la entonces vigente Directiva 1999/44/CE, es decir, el incumplimiento resolutorio en la contratación con consumidores que la entidad del incumplimiento resolutorio en la contratación entre particulares o comerciantes.

Por otro lado, otro sector doctrinal<sup>80</sup> entiende que es exigible la misma entidad del incumplimiento resolutorio en la contratación con consumidores, observándose que sea esencial o sustancial, habida cuenta que la Directiva 1999/44/CE se inspiró en la CISG.

Los documentos preparatorios de la Directiva 1999/44/CE tampoco aclaran la entidad del incumplimiento resolutorio en la contratación con consumidores. En el Libro verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa de 15 de noviembre de 1993<sup>81</sup> se dice que para salvaguardar el justo equilibrio de intereses de las partes, en caso de un defecto de escasa entidad el vendedor podría imponer la reducción del precio en lugar de la resolución del contrato, salvo que el consumidor justificara que para él el defecto es esencial. En el Dictamen del Comité Económico y Social sobre la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la venta y garantías de los bienes de consumo

de 27 de noviembre de 1996<sup>82</sup> también es perceptible la preocupación del legislador europeo de tratar de salvaguardar el justo equilibrio de intereses de las partes, reconociendo el derecho del consumidor de optar entre diferentes remedios para subsanar la falta de conformidad, siempre y cuando el remedio escogido sea aceptable desde la perspectiva del vendedor, lo que implicaría limitar el derecho del consumidor de exigir medidas correctoras y, en particular, la resolución del contrato cuando se esté en presencia de defectos de escasa importancia.

Vemos, pues, que la DCCB sigue la misma dirección que la Directiva 1999/44/CE y no exige que el incumplimiento sea esencial para que el consumidor pueda acogerse al remedio resolutorio, sino que bastará que el incumplimiento no sea de escasa entidad.

Para comprender las diferencias en cuanto a la entidad de los incumplimientos resolutorios, puede analizarse el tratamiento de la resolución contractual en los principios del Derecho contractual europeo, cuyo artículo 9:301 (1) PECL faculta a la parte perjudicada para resolver el contrato si el incumplimiento contractual es esencial, siendo el artículo 8:103 PECL<sup>83</sup> el que preceptúa cuando el incumplimiento puede entenderse esencial.

En primer lugar, a tenor del artículo 8:103 (a) PECL, el incumplimiento es esencial cuando afecta al acuerdo adoptado por las partes de que es esencial la estricta observancia del contrato y, por tanto, una desviación respecto de la prevenido en el contrato otorga a la parte perjudicada el derecho a resolver el contrato<sup>84</sup>.

En segundo lugar, el artículo 8:103 (b) PECL contempla el supuesto que el incumplimiento prive sustancialmente a la parte perjudicada del beneficio que perseguía con la celebración del contrato. Por tanto, el artículo 8:103 (b) PECL ataña a las consecuencias que produce sobre la parte perjudicada el incumplimiento resolutorio, impidiendo que esta pueda satisfacer su interés contractual o que pierda todo interés en la celebración del contrato. No obstante, el propio artículo 8:103 (b) PECL excluye el caso de que el sujeto incumplidor no hubiera podido prever las consecuencias lesivas del incumplimiento del contrato, lo que deberá valorarse según un test de razonabilidad, es decir, examinando si otro sujeto situado en el lugar del incumplidor empleando una diligencia media hubiera podido prever las consecuencias del incumplimiento del contrato<sup>85</sup>.

Por último, el artículo 8:103 (c) PECL contempla el supuesto del incumplimiento intencional y, a resultas de ello, la parte perjudicada no puede seguir confiando en el cumplimiento del contrato<sup>86</sup>.

De todo lo expuesto hasta aquí puede decirse que cuando el consumidor es privado del uso normal del bien objeto de la compraventa, bien porque el vendedor lo ha entregado no estando conforme con el contrato, o bien cualquier otro incumplimiento del vendedor que frustre el interés

del consumidor, podría legitimar al consumidor para exigir la resolución de la compraventa, de conformidad con los artículos 13.4 y 16 DCCB<sup>87</sup>. No obstante, hay que partir de la base que la DCCB sigue protegiendo el mantenimiento del vínculo contractual y el interés del vendedor de subsanar la falta de conformidad (*right to cure*). Solo en el supuesto de que la falta de conformidad no pudiera ser subsanada de acuerdo con los artículos 13.4 a) y d) DCCB, o cuando esta fuera de tal entidad que legitime directamente la resolución contractual [art. 13.4 c) DCCB] o cuando persiste<sup>88</sup> la falta de conformidad pese al intento del vendedor se subsanarla (art. 13.4 b) DCCB procederá la resolución del contrato, siempre que la falta de conformidad no sea leve, en cuyo caso no será posible la resolución (art. 13.5 DCCB).

Por tanto, ¿debe frustrarse completamente el interés del consumidor en el contrato para que este pueda exigir la resolución del contrato o bastará cualquier incumplimiento que no sea leve? A falta de cualquier indicación en la misma DCCB (considerando núm. 53 DCCB), podría defenderse que cualquier incumplimiento que sea relevante y, por tanto, que frustre el interés del consumidor en el contrato podría dar lugar a la resolución del contrato. Ello deberá valorarse teniendo en cuenta todas las circunstancias concurrentes, por ejemplo si el consumidor había indicado el uso que tenía que proporcionarle el bien<sup>89</sup> o si había indicado la necesidad de entregar el bien, repararlo o remplazarlo dentro del plazo razonable sin más demoras. En consecuencia, un incumplimiento que prive al consumidor de aquello que razonablemente podía esperar del bien de acuerdo con el contrato de compraventa y que condicione su uso en el futuro podría ser suficiente para exigir la resolución del contrato. Particularmente, la imposibilidad de subsanar la falta de conformidad acudiendo a los demás remedios (art. 13.4.a) y b) demuestra que la esencialidad o la gravedad del incumplimiento no radica en la entidad del defecto o de la falta de conformidad, sino que la conducta del vendedor puede ser determinante para que el consumidor pueda reclamar la resolución del contrato porque se frustra su interés en el contrato.

Por otro lado, el artículo 16 DCCB no incorpora ninguna referencia expresa a la resolución del contrato de compraventa por incumplimiento previsible del vendedor, es decir, cuando se desprenda de las circunstancias concurrentes que el vendedor no entregará el bien dentro del plazo acordado o no subsanará la falta de conformidad dentro del plazo razonable a este efecto. Sin embargo, con base en el tenor literal del artículo 13.4.d) DCCB podría defenderse que en estos supuestos el consumidor podría exigir la resolución del contrato, pero en todo caso será necesario que el vendedor haya manifestado al consumidor que no podrá cumplir dentro del plazo acordado o que así se desprenda claramente de las circunstancias.

El artículo 16.1 DCCB establece que el derecho a resolver el contrato de compraventa se ejercerá mediante una declaración de voluntad del consumi-

dor al vendedor donde manifieste su voluntad de resolver el contrato, lo que significa que la resolución contractual deberá ser instada por el consumidor, excluyéndose su desarrollo automático o *ipso iure*. Por tanto, tratándose de una declaración unilateral y recepticia de voluntad que tiene como consecuencia la resolución del vínculo contractual, el consumidor deberá comunicar de forma fehaciente al vendedor su voluntad de resolver el contrato debido al incumplimiento de sus obligaciones contractuales, lo que debería realizarse de forma escrita y con acuse de recibo a efectos probatorios. Otras acciones del consumidor como la puesta a disposición del bien a favor del vendedor no pueden considerarse como formas de manifestación tácitas de la voluntad del consumidor de resolver el contrato de compraventa, porque podrían significar que el consumidor requiere la puesta en conformidad de los bienes a través de la reparación o la sustitución del bien<sup>90</sup>.

#### *2.6.2. Resolución del contrato y compraventas con pluralidad de objetos*

La Directiva 1999/44/CE partía de un esquema obligacional objetivamente simple,<sup>91</sup> es decir, el vendedor asumía la obligación de entregar un único bien a cambio de un precio. Ello se deduce del articulado de la propia Directiva 1999/44/CE, por ejemplo, el artículo 2 Directiva 1999/44/CE establece: «*El vendedor estará obligado a entregar al consumidor un bien que sea conforme al contrato de compraventa*». La ausencia de una norma como la del artículo 16.2 DCCB confirma el esquema obligacional adoptado por la Directiva 1999/44/CE. Sin embargo, siguiendo a ARNAU RAVENTÓS, parece que la nueva DCCB adopta un esquema obligacional donde el precio que paga el consumidor puede tener por objeto la adquisición de una pluralidad de objetos, ya sean uniformes —pluralidad objetiva simple—, o bien una pluralidad de objetos de distinta naturaleza —pluralidad objetiva compleja—. El hecho que la DCCB integre dentro de su ámbito de aplicación los bienes con elementos digitales (art. 3.3 DCCB) permite corroborar el nuevo esquema obligacional instaurado por la DCCB. Además, el considerando núm. 11 DCCB establece que la nueva DCCB debe ser complementada por las disposiciones de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores y, en este sentido, el artículo 9.2.b.i y ii se refiere al cómputo del plazo del derecho de desistimiento en los contratos con una pluralidad de bienes cuando aquellos son entregados por separado. Por tanto, no cabe ninguna duda que las compraventas con una pluralidad de objetos, independientemente que sean de la misma naturaleza o no, forman parte del ámbito de aplicación de la DCCB. Sin embargo, la DCCB solo incorpora la regla del artículo 16.2 DCCB en materia de resolución de compraventas con una pluralidad de objetos.

El artículo 16.2 DCCB incorpora una nueva regla que no estaba prevista en la Directiva 1999/44/CE para los casos en que el consumidor adquiera una pluralidad de bienes en virtud de un mismo contrato de compraventa y que permite la resolución parcial del contrato cuando no todos los bienes adquiridos no sean conformes con el contrato. Dice el artículo 16.2 DCCB que cuando haya motivos para la resolución del contrato a tenor del artículo 13 DCCB, el consumidor podrá exigir la resolución del contrato solamente respecto de aquellos bienes que no fueran conformes. Además, la resolución del contrato comprenderá los demás bienes que fueran conformes si no se pudiera razonablemente esperar que el consumidor acepte únicamente conservar los bienes conformes<sup>92</sup>.

Por tanto, el artículo 16.2 DCCB admite expresamente la resolución parcial del contrato si la falta de conformidad afecta solamente a uno o varios bienes entregados, pudiendo ser procedente la resolución de todo el contrato si razonablemente no se puede esperar que el consumidor acepte conservar únicamente los bienes conformes. Admitida, por tanto, la posibilidad de resolver todo el contrato, ¿se impone algún otro límite al consumidor para resolver todo el contrato? Parece que el único requisito material para resolver el contrato en su totalidad es que la falta de conformidad fuera grave, habida cuenta de que el artículo 13.5 DCCB proscribe la posibilidad de resolver el contrato cuando la falta de conformidad sea una minucia<sup>93</sup>.

Sin embargo, la falta de conformidad de algún bien en compraventas de varios bienes (pluralidad objetiva) en virtud del mismo contrato plantea otros interrogantes. El supuesto de la falta de conformidad en compraventas de varios bienes solo se plantea en sede de la resolución del contrato. No se dedica ningún precepto para este supuesto en los remedios del primer nivel. Por tanto, cabe plantearse si previamente el consumidor tendrá que exigir la reparación o sustitución de los bienes no conformes antes de exigir la resolución parcial o, por extensión, la resolución total. El tenor literal del artículo 16.2 DCCB da a entender que en los supuestos de compraventas con una pluralidad de objetos, si la falta de conformidad solo afecta uno o varios de los bienes pero no a todos, el consumidor tendrá que exigir previamente la reparación o la sustitución de los bienes no conformes, habida cuenta de que el artículo 16.2 DCCB dice que procederá la resolución parcial cuando «*haya motivos para la resolución de dicho contrato de conformidad con el artículo 13*». En consecuencia, si no hay motivos para la resolución del contrato de conformidad con el artículo 13 DCCB es porque los remedios del primer nivel pueden ser idóneos para subsanar la falta de conformidad y, por tanto, respecto de los bienes no conformes el consumidor deberá exigir la reparación o la sustitución y, en el supuesto que se cumpla alguno de los requisitos del artículo 13.4 DCCB, podrá exigir la resolución parcial o total.

Por otro lado, en relación con la facultad del consumidor de suspender el pago del precio pendiente, la DCCB no incorpora una norma como la del artículo 113.3 CESL, que facultaba al comprador para suspender la parte del precio correspondiente con el bien no conforme, siempre que las obligaciones del vendedor fueran divisibles, y sin perjuicio de que el comprador pudiera suspender el pago de todo el precio pendiente cuando el incumplimiento del vendedor revista una mayor entidad. Ello suscita la duda de cómo se desarrollaría el remedio del artículo 13.6 DCCB en los supuestos de contratos de compraventa con pluralidad objetiva de bienes, simple o compleja. De entrada, el artículo 13.6 DCCB no reconoce ni impide que el consumidor pueda suspender la parte del precio que se corresponda con el bien no conforme. Es más, el artículo 13.6 DCCB dice que puede suspenderse «*el pago de cualquier parte pendiente del precio o de parte del importe*». Por tanto, nada impide que el consumidor pueda suspender la parte del precio que se corresponda con los bienes no conformes cuando no todos sean conformes con el contrato de compraventa.

En virtud de la habilitación expresa a favor de los Estados miembro que contiene el artículo 13.6 DCCB, los legisladores nacionales podrían concretar el ejercicio de esta facultad del consumidor, previendo una norma similar a la del artículo 113.3 CESL es sus respectivas normas de transposición de la DCCB.

### *2.6.3. Efectos*

Finalmente, el artículo 16.3 DCCB dirime las consecuencias de la resolución del contrato y, en consecuencia, cómo debe llevarse a cabo la restitución de las prestaciones para volver a la situación inicial del contrato. Obvio es que el consumidor tendrá que devolver el bien defectuoso y el vendedor tendrá que devolver el precio o la parte del precio del bien. No obstante, se echa en falta una regla específica para las compraventas de bienes cuyos objetos puedan encontrarse muy lejos del establecimiento del vendedor en el momento de la apreciación de la falta de conformidad. En artículo 16.3.a) DCCB dice que el vendedor recuperará los bienes defectuosos a sus expensas, lo que da a entender que el vendedor tendrá que sufragar los costes de recogida del bien en todo caso. Sin embargo, los gastos de recogida del bien defectuoso pueden ser muy elevados, por lo que debería adoptarse un criterio más equitativo teniendo en cuenta lo dispuesto en los casos STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019 y STJUE C-65/2009, de 16 de junio de 2011, donde el TJUE adoptó soluciones más equitativas para los intereses de ambas partes, especialmente para el vendedor.

El artículo 16.3 DCCB tampoco establece el lugar donde el consumidor tiene que devolver los bienes ante la resolución del contrato, solo se dice que el vendedor recuperará los bienes a sus expensas, sin disponer, al contrario que lo dispuesto para los remedios del primer nivel en el artículo 14.1.c) DCCB, que la obligación de entrega de los bienes por el consumidor deberá realizarse sin causarle mayores inconvenientes. Sin embargo, ante la resolución del contrato, la devolución de los bienes por el consumidor también tendría que realizarse sin causarle mayores inconvenientes, puesto que de lo contrario se le estaría disuadiendo del ejercicio de los derechos reconocidos en la DCCB, algo que no parece admisible.

Por tanto, en el supuesto de la resolución del contrato podría observarse también lo dispuesto en el artículo 14.1.c) DCCB para los remedios de la reparación y la sustitución del bien defectuoso y lo dispuesto en el considerando núm. 56 DCCB que deja el lugar de cumplimiento de las obligaciones de este tipo en manos de los legisladores nacionales. En este sentido, los criterios para determinar el lugar de cumplimiento de la obligación de devolución del bien defectuoso a cargo del consumidor con arreglo al Derecho nacional tendrían que ser acordes con lo dispuesto en el artículo 14.1 DCCB.

De conformidad con lo establecido en la STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019, no es lo mismo devolver un teléfono móvil, un electrodoméstico o un coche al establecimiento comercial del vendedor.

En el primer caso, las partes podrían pactar la devolución en el establecimiento comercial del vendedor y, en defecto de pacto, la naturaleza y las características físicas del bien también sugerirían esta posibilidad, puesto que el envío al establecimiento comercial del vendedor no supone un inconveniente significativo, siempre que este se haga cargo de los gastos de envío.

En el segundo caso, un acuerdo en el mismo sentido podría ser contrario a los requerimientos del artículo 14 DCCB, puesto que la naturaleza y las características del bien pueden suponer un inconveniente significativo si el consumidor tiene que devolver el producto en el establecimiento comercial del vendedor y si tiene que organizar el sistema de transporte de un bien que es pesado, frágil o voluminoso, aunque el vendedor se haga cargo de los gastos de envío. En caso de duda sobre la solución más aconsejable según la naturaleza del bien, el consumidor podría cumplir su obligación de devolución poniendo el bien a disposición del vendedor en su domicilio, de acuerdo el principio *favor debitoris*.

En tercer lugar, la determinación del lugar para proceder a la devolución de bienes que poseen una gran movilidad como un coche o un velero puede ser más controvertida. Si el consumidor tiene que devolver este tipo de bienes encontrándose lejos del establecimiento del vendedor en caso de resolución del contrato, los requerimientos del artículo 14.1 DCCB impiden

que el consumidor tenga que entregar el bien en todo caso en el domicilio del vendedor, puesto que se trata de bienes que pueden ser muy voluminosos y pesados cuyo transporte causaría grandes inconvenientes al consumidor. En este tipo de casos debe valorarse si es exigible al consumidor que entregue los bienes en el establecimiento más cercano y que el vendedor, a través de un servicio postventa, recupere los bienes a sus expensas. En caso de duda, en virtud del principio *favor debitoris* el consumidor cumpliría su obligación entregando el bien defectuoso en el mecánico o puerto más cercano. Además, teniendo en cuenta que en este caso los costes de recogida pueden ser muy elevados, a pesar de que la DCCB no contenga ninguna previsión al respecto, los principios de los casos STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019 y STJUE C-65/2009, de 16 de junio de 2011 sugieren un reparto proporcional de los gastos de envío si ello no disuade al consumidor del ejercicio de sus derechos.

### III. CONCLUSIONES

La nueva DCCB sigue el modelo instaurado por la Directiva 1999/44/CE en cuanto al establecimiento de un sistema jerarquizado de remedios a los que el consumidor puede acogerse cuando aprecie la falta de conformidad. Por tanto, ante la falta de conformidad del bien o producto el consumidor podrá exigir, en primer lugar, la reparación o la sustitución del bien y, en segundo lugar, la reducción del precio o la resolución del contrato cuando se cumplan los requisitos establecidos en el artículo 13.4 DCCB. Por tanto, la DCCB no se aparta del sistema de remedios de la Directiva 1999/44/CE. Las principales novedades en materia de remedios ante la falta de conformidad son el reconocimiento legislativo de algunas decisiones que adoptó el TJUE, concretamente en los casos tratados en la STJUE C-65/09, Sala Primera, de 11 de junio de 2009, y la adopción de otro remedio accesorio cuando se opte por la reparación o la sustitución del bien, este es la suspensión el pago de cualquier parte pendiente del precio.

El artículo 4 DCCB consagra el principio de armonización máxima. En virtud de tal principio los Estados miembro no podrán mantener o introducir, en su Derecho nacional, disposiciones que se aparten de las establecidas en la DCCB. Sin embargo, no son pocas las habilitaciones a favor de los legisladores nacionales para regular algunas materias que contempla la DCCB. Ello puede explicarse por el carácter de armonización mínima de la Directiva 1999/44/CE, cuya transposición dio lugar a legislaciones nacionales dispares. De este modo, de adoptarse una armonización completa en algunos aspectos se produciría la rebaja del nivel de protección del consumidor en algunos Estados miembro.

Si bien la Propuesta de Directiva publicada el pasado 9 de diciembre de 2015 se enfocaba especialmente sobre las compraventas transfronterizas, la DCCB omite cualquier referencia al respecto, pero se desprende de sus considerandos que este tipo de compraventas constituyen la preocupación principal del legislador europeo. No obstante, una regulación específica sobre algunos aspectos de las compraventas transfronterizas hubiera sido deseable para ofrecer soluciones en este tipo de compraventas. En particular, si el consumidor tiene el deber de poner los bienes a disposición del vendedor para ser puestos en conformidad o cuando el primero resuelva el contrato de compraventa, la DCCB tendría que haber previsto unos criterios para determinar el *locus solutionis*. A falta de una regulación al respecto, se propone conjugar los principios del artículo 14.1 DCCB con las pautas establecidas en la STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019.

#### IV. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STJUE C-404/2006, Sala Primera, de 17 de abril de 2008
- STJUE C-65/09, Sala Primera, de 11 de junio de 2009
- STJUE C-32/2012, Sala Primera, de 3 de octubre de 2013
- STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019
- SAP Valencia núm. 371/2004, Sección 7.<sup>a</sup>, de 29 de junio
- SAP Valencia núm. 403/2005, Sección 7.<sup>a</sup>, de 30 de junio
- SAP Castellón núm. 588/2005, Sección 3.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre
- SAP Cáceres núm. 34/2007, Sección 1.<sup>a</sup>, de 26 de enero
- SAP Barcelona núm. 650/2007, Sección 1.<sup>a</sup>, de 18 de diciembre
- SAP Ourense núm. 392/2008, Sección 1.<sup>a</sup>, de 31 de octubre
- SAP A Coruña núm. 418/2008, Sección 6.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre
- SAP A Coruña núm. 418/2008, Sección 6.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre
- SAP Barcelona núm. 469/2012, Sección 13.<sup>a</sup>, de 4 de septiembre
- SAP La Rioja núm. 413/2012, Sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre
- SAP Valencia núm. 239/2018, Sección 7.<sup>a</sup>, de 28 de mayo

#### V. BIBLIOGRAFÍA

- ARNAU RAVENTÓS, L. (2020). Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones, en *Cuadernos de Derecho transnacional*, núm. 1, 796-807.
- 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, en *Indret*, núm. 3, 1-33.

- BALDUS, C. (2006). Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado comunitario. Sobre la caracterización de la «falta de conformidad de escasa entidad», *Anuario de Derecho civil*, núm. LIX-4, 1.611-1.640.
- BEALE, H., FAUVARQUE-COSSON, B., RUTGERS, J., y VOGENAUER, S. (2019). *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 3<sup>rd</sup> edition, Hart Publishing, Oxford.
- BECH SERRAT, J. M. (2010). Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias, en *Indret*, núm. 1, 1-48.
- CARRASCO PERERA, Á., CORDERO LOBATO, E., y MARTÍNEZ ESPÍN, P. (200). Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías de bienes de consumo, en *Estudios sobre consumo*, núm. 52, 125-146.
- CARRASCO PERRERA, A. (2010). *Derecho de contratos*, Aranzadi, Pamplona.
- CASTILLA BAREA, M. (2005). *El nuevo régimen legal del saneamiento en las ventas de consumo*, Dykinson, Madrid.
- CRISTOFARO, G. (2000). *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore l'ordinamento italiano e la directiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova.
- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1991). Comentario del artículo 1107 del Código civil, en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., et al., Comentario del Código civil, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid.
- DE FRANCESCHI, A. (2016). European Contract Law and the Digital Single Market: Current Issues and New Perspectives, in DE FRANCESCHI, A. (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia Publishing, Mortsel (Belgium), 1-17.
- DÍEZ-PICAZO, L. (2000). *Derecho de daños*, Civitas, Madrid.
- (2005). *Los incumplimientos resolutorios*, Civitas, Cizur Menor.
- (2010). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. IV.- Las particulares relaciones obligatorias*, Civitas, Cizur Menor.
- FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2001). *La compraventa con precio determinable*, Ejidus, Madrid.
- FENOY PICÓN, N. (2009). La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del Código civil y del artículo 121 del texto refundido de consumidores, en *Anuario de Derecho civil*, t. LXII, 211-334.
- FERRANTE, A. (2011). Nuevas tendencias en la cuantificación de la reducción del precio, en *Indret*, núm. 4, 1-65.
- GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. (2015). Non Conformity of Goods and Digital Content and its Remedies, in PLAZA PENADÉS, J., and MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (eds), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer, Berlin, 163-183.
- (2013). Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz), en *Anuario de Derecho Civil*, t. I, 321-337.
- GÓMEZ CALLE, E. (2012). 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, en *Anuario de Derecho Civil*, t. I, 29-102.

- GÓMEZ POMAR, F. y GILI SARDAÑA, M. (2014). La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su transcendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas, en *Anuario de Derecho civil*, t. LXVII, 1.199-1.252.
- HOWELLS, G. (2016). Reflections on Remedies for Lack of Conformity in Light of the Proposals of the EU Commission on Supply of Digital Content and Online and Other Distance Sales of Goods, en DE FRANCESCHI, A. (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 145-161.
- HOWELLS, G., TWIGG-FLESNER, C., y WILHEMSSON, T. (2018). *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, New York.
- LANDO, O., y BEALE, H. (2000). *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International.
- LOOS, M. (2016). European harmonisation of online and distance selling of goods and the supply of digital content, Center for the Study of European Contract Law. Working Paper Series núm. 08, 1-34.
- MÁNKO, R. T. (2015). Contract Law and the Digital Single Market. Towards a new EU online consumer sales law? European Parliamentary Research Service, PE 568.322, 1-29.
- MARÍN LÓPEZ, M. J. (2004). *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea: la Directiva 1999/44/CE y su incorporación a los Estados miembro*, I, Madrid, Instituto Nacional de Consumo.
- MASSIMO BIANCA, C. (2002). Article 3: Rights of the consumer, en MASSIMO BIANCA, C., y GRUNDMANN, S. (eds.), *EU Sales Directive. Commentary*, Intersentia, Oxford, 149-178.
- MICKLITZ, H. W., y REICH, N. (2014). Chapter 4: Sale of Consumer Goods, en REICH, N., MICKLITZ, H. W., ROTT, P., y TONNER, K., *European Consumer Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Intersentia, Cambridge, 165-195.
- MORALES MORENO, A. M. (2006). *La modernización del derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid.
- (2010). Incumplimiento del contrato y lucro cesante, Civitas, Madrid.
- MOZINA, D. (2012). Commentary of the article 159 CESL, in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 635-639.
- (2012). Commentary of the article 160 CESL, in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 639-645.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1993). Las nuevas bases de la responsabilidad contractual, en *Anuario de Derecho civil*, t. IV, 1719-1745.
- PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2015). La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento de un contrato, en *Indret*, núm. 1, 1-63.
- PERTÍÑEZ VÍLCHEZ, F. (2011). Daños causados por otros bienes y servicios, en REBOLLO PUIG, M. y IZQUIERDO CARRASCO, M. (Dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, Madrid, 1905-1951.
- PICATOSTE BOBILLO, V. (2012). El significado de la gratuidad en el sistema de remedios por falta de conformidad de los bienes con el contrato, *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2146, 1-16.

- SALVADOR CODERCH, P., y CASTIÑERA PALOU, M.ª T. (1997). *Prevenir y castigar. Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Marcial Pons, Madrid.
- SCHULTE-NÖLKE, H. (2012). El derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de compraventa, en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), y ARROYO AMAYUELAS, E. (Coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores (Más allá de la Directiva sobre Derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la Compraventa de octubre de 2011)*, Thomson-Reuters/Civitas, Cizur Menor, 68-69, 77-78.
- SCHULZE, R., y STAUDENMAYER, D. (2016). Digital Revolution – Challenges for Contract Law, in SCHULZE, R., and STAUDENMAYER, D. (eds.), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, Nomos – Hart, Baden-Baden – Oxford, 19-35.
- SOLER PRESAS, A. (1995). El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.ª] de 15 de noviembre de 1994, *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVIII, 951-969.
- TROIANO, S. (2008). The CISG's Impact on EU Legislation, en *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Munich, 366-369.
- TWIGG-FLESNER, C. (2009). Fit for Purpose? The proposal on Sales, en HOWELLS, G., y SCHULZE, R. (Hrsg.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Sellier Munich, 147-176.
- ZOLL, F. (2012). Commentary of the article 87 CESL, in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 396-408.
- (2012). Commentary of the article 109 CESL, in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 495-503.
- (2012). Commentary of the article 112, in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 511-513.
- (2012). Commentary of the article 113 CESL, in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 514-516.
- (2012). Commentary of the article 118 CESL, in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 523-524.
- (2012). Commentary of the article 120 CESL, in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 526-527.

## NOTAS

<sup>1</sup> DE FRANCESCHI, A. (2016). «European Contract Law and the Digital Single Market: Current Issues and New Perspectives», in DE FRANCESCHI, A. (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia Publishing, Mortsel (Belgium), 1-3. SCHULZE, R., y STAUDENMAYER, D. (2016). «Digital Revolution – Challenges for Contract Law», in SCHULZE, R., and STAUDENMAYER, D. (eds.), *Digital Revolution: Challenges for Contract Law in Practice*, Nosmos – Hart, Baden-Baden – Oxford, 19.

<sup>2</sup> «A Digital Single Market Strategy for Europe», COM (2015) 192 final.

<sup>3</sup> *Vid.* Considerandos 3, 4 y 6 Directiva 2019/770/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales [DOUEL núm. 136, de 22 de mayo de 2019].

<sup>4</sup> Commission Staff Working Document. Impact Assessment, 48. «*A free choice of remedies had been proposed in the Proposal for a Common European Sales Law, based on the optional character of this instrument. It turned out to be one of the most controversial points of this proposal. Learning from this experience was another reason why the model of the Consumer Sales and Guarantees Directive was retained*». La doctrina también se había mostrado muy crítica con la ausencia de una jerarquía en los remedios en el CESL. En este sentido, *vid.* SCHULTE-NÖLKE, H. (2012). «El Derecho de consumo en la Propuesta de Reglamento sobre un Derecho común europeo de compraventa», en CÁMARA LAPUENTE, S. (Dir.), y ARROYO AMAYUELAS, E. (Coord.), *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores (Más allá de la Directiva sobre Derechos de los consumidores y del Instrumento Opcional sobre un Derecho europeo de la Compraventa de octubre de 2011)*, Thomson-Reuters/Civitas, Cizur Menor, 68-69, 77-78. Sin embargo, otros autores se mostraron favorables a la supresión de la jerarquía de remedios por razones de eficiencia y de protección del consumidor. En este sentido, BECH SERRAT, J. M. (2010). «Reparar y sustituir cosas en la compraventa: evolución y últimas tendencias», en *Indret*, núm. 1, 2010, 39.

<sup>5</sup> Commission Staff Working Document. Impact Assessment, 113. TWIGG-FLESNER, C. (2009). «Fit for Purpose? The proposal on Sales», en HOWELLS, G., y SCHULZE, R. (Hrsg.), *Modernising and Harmonising Consumer Contract Law*, Seller Munich, 167. Este autor destaca los costes que puede implicar el sistema de reparaciones y sustituciones para las empresas. «*Traders, too, would potentially incur significant cost associated with posting or transport of goods in order to effect a particular remedy [...] that could result in price reduction becoming the primary remedy in the European context*».

<sup>6</sup> 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» en *Indret*, núm. 3, 18. TWIGG-FLESNER, C. (2009). «Fit for Purpose? The proposal on Sales»..., *op. cit.*, 166. MÁNKO, R. T. (2015). «Contract Law and the Digital Single Market. Towards a new EU online consumer sales law? European Parliamentary Research Service, PE 568.322, 26-27. Estos autores abogan por la adopción de unas reglas específicas para el comercio a distancia.

<sup>7</sup> HOWELLS, G., TWIGG-FLESNER, C., y WILHEMSSON, T. (2018). *Rethinking EU Consumer Law*, Routledge, New York, 187. Estos autores consideran que la DCCB hubiera tenido que decir cuántas reparaciones tenía que soportar el consumidor. Pero lo cierto es que un criterio numérico tampoco hubiera sido muy útil, toda vez que la reparación puede ser un remedio razonable si los defectos son varios y de poca entidad, pero a su vez, puede ser ineficaz si el defecto es muy relevante [art. 13.2.b) DCCB].

<sup>8</sup> MASSIMO BIANCA, C. (2002). «Article 3: Rights of the consumer», en MASSIMO BIANCA, C., y GRUNDMANN, S. (eds.), *EU Sales Directive. Commentary*, Intersentia, Oxford, 160. «*Rejection of a repair which has been badly carried out does not deprive the buyer of his claim for further repairs*».

<sup>9</sup> LOOS, M. (2016). «European harmonisation of online and distance selling of goods and the supply of digital content», Center for the Study of European Contract Law. Working Paper Series núm. 08, 12. «Moreover, due to the hierarchy of remedies, the seller was first put in the position to cure the defect through repair or replacement, and apparently has not cured the defect. Under these conditions it is difficult to see why the consumer should be required to – again – trust the seller to properly perform her obligation where she has already proven not to be trustworthy on several occasions».

<sup>10</sup> HOWELLS, G., TWIGG-FLESNER, C., y WILHEMSSON, T. (2018). *Rethinking EU Consumer Law...*, op. cit., 187.

<sup>11</sup> LOOS, M. (2016). «European harmonisation»..., op. cit., 12.

<sup>12</sup> STJUE C-65/09, Sala primera, de 16 de junio de 2011.

<sup>13</sup> MASSIMO BIANCA, C. (2002). «Article 3: Rights of the consumer»..., op. cit., 161. ARROYO AMAYUELAS, E. (2016). «La Propuesta de Directiva»..., op. cit., 19-20. Piénsese en aquellos casos que los bienes estuvieran inmersos en un procedimiento judicial.

<sup>14</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J. (2004). *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea: la Directiva 1999/44/CE y su incorporación a los Estados miembro*, I, Madrid, Instituto Nacional de Consumo, 169. CASTILLA BAREA, M. (2005). *El nuevo régimen legal del saneamiento en las ventas de consumo*, Dykinson, Madrid, 221.

<sup>15</sup> ARROYO AMAYUELAS, E. (2016). «La Propuesta de Directiva»..., op. cit., 19.

<sup>16</sup> MASSIMO BIANCA, C. (2002). «Article 3: Rights of the consumer»..., op. cit., 172.

<sup>17</sup> STJUE C-404/2006, Sala Primera, de 17 de abril de 2008.

MICKLITZ, H. W., y REICH, N. (2014). «Chapter 4: Sale of Consumer Goods», en REICH, N., MICKLITZ, H. W., ROTT, P., y TONNER, K., *European Consumer Law*, 2.<sup>a</sup> ed., Intersentia, Cambridge, 184. «Depending on the particular facts, further costs which the consumer incurs in realizing his rights are also included, such as travel expenses, mailing and so forth».

<sup>18</sup> STJUE C-65/09, Sala Primera, de 11 de junio de 2009.

<sup>19</sup> Directiva 2019/770/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales [DOUEL núm. 136, de 22 de mayo de 2019].

<sup>20</sup> Directiva 2019/770/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales [DOUEL núm. 136, de 22 de mayo de 2019].

<sup>21</sup> MOZINA, D. (2012). «Commentary of the article 159 CESL», in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 637. «The notion of «non-performance» covers all forms of failure to perform an obligation».

<sup>22</sup> Directiva 2019/770/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales [DOUEL núm. 136, de 22 de mayo de 2019]. «La indemnización debe colocar al consumidor en una posición lo más parecida posible a aquella en la que se encontraría si los bienes hubieran sido conformes».

<sup>23</sup> MOZINA, D. (2012). «Commentary of the article 160 CESL», in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 643. Serían indemnizables los gastos que hubiera asumido el consumidor como consecuencia del retraso. Por ejemplo, los gastos de alquiler de un vehículo que hubiera alquilado un consumidor durante el retraso del vendedor en la puesta en conformidad de un vehículo defectuoso. Más controvertido sería reclamar una indemnización por el no uso del bien durante el retraso del vendedor (*damages for loss of use of goods*), en tanto que el consumidor tendría que demostrar que ha sufrido un daño por no poder disponer del bien durante el retraso del vendedor. Sin duda alguna el consumidor podría reclamar los daños estrechamente conectados con el retraso del vendedor en la subsanación de la falta de conformidad (*consequential damages*).

<sup>24</sup> GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. (2015). «Non Conformity of Goods and Digital Content and its Remedies», en PLAZA PENADÉS, J., y MARTÍNEZ VELENCOSO, L. M. (eds), *European Perspectives on the Common European Sales Law*, Springer, Berlin, 179.

<sup>25</sup> GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. (2015). «Non Conformity of Goods and Digital Content and its Remedies»..., *op. cit.*, 179.

<sup>26</sup> ZOLL, F. (2012). «Commentary of the article 120 CESL», in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 527. «*The price reduction has a similar effect to damages*». FENOY PICÓN, N. (2011). «La Modernización del régimen del incumplimiento del contrato: propuestas de la Comisión General de Codificación. Parte segunda: los remedios del incumplimiento», en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV-IV, 1565-1567. GARCIA RUBIO, M.<sup>a</sup> P. (2015). «Non Conformity of Goods and Digital Content and its Remedies»..., *op. cit.*, 178-179.

<sup>27</sup> ZOLL, F. (2012). «Commentary of the article 109 CESL», in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 503. En relación con el artículo 109.7 CESL «*According to paragraph 7, despite successful cure, the buyer retains the right to claim for damages for delay as well as for any harm caused or not prevented by the cure. [...] the paragraph 7 does not mention price reduction as an available remedy, the application for this remedy must not be excluded. If the repair does not restore the full value, the buyer should have the right to declare price reduction instead of claiming damages (with the same economical result)*».

<sup>28</sup> ZOLL, F. (2012). «Commentary of the article 87 CESL», in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 405.

<sup>29</sup> SAP A Coruña núm. 26/2010, Sección 6.<sup>a</sup>, de 26 de enero.

<sup>30</sup> Directiva 2019/770/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales [DOUEL núm. 136, de 22 de mayo de 2019].

<sup>31</sup> A título de ejemplo, el artículo 269 del Código civil alemán, en adelante BGB, también parte del principio de libertad de pacto del lugar de cumplimiento de la obligación.

<sup>32</sup> *Vid.* artículo 29 Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico [BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002].

<sup>33</sup> STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019.

<sup>34</sup> Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico [BOE núm. 166, de 12 de julio de 2002].

<sup>35</sup> HOWELLS, G. (2016). «Reflections on Remedies for Lack of Conformity in Light of the Proposals of the EU Commission on Supply of Digital Content and Online and Other Distance Sales of Goods», en DE FRANCESCHI, A. (ed.), *European Contract Law and the Digital Single Market*, Intersentia, Cambridge, 152-153. En relación con el CESL, *vid.* ZOLL, F. (2012). «Commentary of the article 112» in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL). Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 512. «*It is not excluded that, in cases of repair, a more flexible approach is preferred in which the nature of the goods or digital content and other circumstances of the case can be considered. Nonetheless, a more specific rule would be strongly needed*».

<sup>36</sup> STJUE C-52/18, Sala Primera, de 23 de mayo de 2019.

<sup>37</sup> STJUE C-65/2009, Sala Primera, de 16 de junio de 2011.

<sup>38</sup> STJUE C-65/2009, Sala Primera, de 16 de junio de 2011.

<sup>39</sup> Directiva 2019/771/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) 2107/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE [DOUEL núm. 136, de 22 de mayo de 2019]. «(61) *El principio de la responsabilidad del vendedor por daños y perjuicios es un elemento fundamental de los contratos de compraventa. Por consiguiente, el consumidor debe tener derecho a reclamar una indemnización en concepto de los daños y perjuicios causados por una infracción que*

cometa un vendedor de lo dispuesto en la presente Directiva, incluidos aquellos sufridos como consecuencia de una falta de conformidad».

<sup>40</sup> STJUE C-404/06, Sala Primera, de 17 de abril de 2008.

<sup>41</sup> ARROYO AMAYUELAS, E., «La Propuesta de Directiva»..., *op. cit.*, 22-23. ZOLL, F., «Commentary of the article 112 CESL», in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 513. «*The buyer is not to carry any costs resulting from the loss of the value of the goods through the normal use and is not obliged to compensate the seller for the use of the goods. [...] It does not mean that the buyer may damage the goods and return them in such a condition that the seller has no use for them*». GARCÍA RUBIO, M.<sup>a</sup> P., «Las obligaciones del vendedor de retirar el bien defectuoso y de instalar el bien de sustitución en caso de saneamiento en una compraventa de bienes de consumo (comentario a la STJUE de 16 de junio de 2011, en los asuntos acumulados Weber y Putz), en *Anuario de Derecho Civil*, t. I, 2013, 327.

<sup>42</sup> MICKLITZ, H. W. y REICH, N. (2014). «Chapter 4: Sale of Consumer Goods»..., *op. cit.*, 184. SAP de La Rioja núm. 413/2012, Sección 1.<sup>a</sup>, de 14 de diciembre de 2012.

<sup>43</sup> SAP A Coruña núm. 418/2008, Sección 6.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre de 2008.

<sup>44</sup> SAP Cáceres núm. 34/2007, Sección 1.<sup>a</sup>, de 26 de enero de 2007.

<sup>45</sup> SAP Ourense núm. 392/2008, Sección 1.<sup>a</sup>, de 31 de octubre de 2008. SAP Valencia núm. 239/2018, Sección 7.<sup>a</sup>, de 28 de mayo de 2018. La sentencia versa sobre un caso de compraventa de una furgoneta de segunda mano realizada a distancia. Cuando el consumidor tuvo la furgoneta en su poder vio que la furgoneta no se correspondía con el modelo del anuncio, no tenía la potencia anunciada, ni el plazo de garantía, ni el certificado de no siniestralidad y de kilometraje, entre otros, por lo que reclamó la resolución del contrato.

<sup>46</sup> El legislador alemán ya adoptó una normativa similar en 2011 que determina el plazo razonable que tienen los vendedores para subsanar la falta de conformidad. BGH Urteil v. 13.04.2011 - VIII ZR 220/10. <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgibin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=d705e4192c36e13f67fe20c32dcd2370&nNr=56272&pos=0&anz=1>

<sup>47</sup> BALDUS, C. (2006). «Interpretación histórica y comparatista en el Derecho privado comunitario. Sobre la caracterización de la «falta de conformidad de escasa entidad»», *Anuario de Derecho civil*, núm. LIX-4, 1.628-1.634.

<sup>48</sup> A mayor abundamiento, para todos, *vid.* FENOY PICÓN, N. (2009). «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del Código civil y del artículo 121 del texto refundido de consumidores», en *Anuario de Derecho civil*, t. LXII, 211-334.

<sup>49</sup> STJUE C-32/2012, Sala Primera, de 3 de octubre de 2013.

<sup>50</sup> ARROYO AMAYUELAS, E. (2016). «La Propuesta de Directiva»..., *op. cit.*, 23-24.

<sup>51</sup> ZOLL, F. (2012). «Commentary of the article 113 CESL», in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 515. No obstante, en relación con el CESL, la doctrina entendió que si el comprador tenía que cumplir su obligación antes que el vendedor, es decir, si el consumidor tuviera que pagar el precio antes de la entrega del bien, el consumidor podría suspender su obligación de pago si razonablemente pudiera creer que el vendedor no cumplirá su obligación, de acuerdo con la situación económico del vendedor o si este ha declarado que no cumplirá su obligación.

<sup>52</sup> GÓMEZ CALLE, E. (2012). «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», en *Anuario de Derecho Civil*, t. I, 48. «*Finalmente, el límite de la buena fe es también comúnmente aceptado entre nosotros y permite excluir la suspensión cuando el incumplimiento sea de tan escasa relevancia que aquella no resulte justificada*». BEALE, H., FAUVARQUE-COSSON, B., RUTGERS, J., y VOGENAUER, S. (2019). *Cases, Materials and Text on Contract Law*, 3<sup>rd</sup> edition, Hart, Oxford, 967. «*Thus if a seller tenders goods which are obviously defective, the buyer need not take them or pay for them*». La mayoría de

Estados miembro exigen que la falta de conformidad tenga especial relevancia para que el consumidor pueda suspender su obligación de pago.

<sup>53</sup> SALVADOR CODERCH, P., y CASTIÑERA PALOU, M.<sup>a</sup> T. (1997). *Prevenir y castigar: Libertad de información y expresión, tutela del honor y funciones del derecho de daños*. Marcial Pons, Madrid, 151.

<sup>54</sup> La doctrina no ha configurado el supuesto que nos ocupa como una obligación o un deber jurídicamente exigible, sino como una carga que tiene un acreedor de una indemnización de daños y perjuicios. *vid.* PANTALEÓN PRIETO, F. (1993). «Las nuevas bases de la responsabilidad contractual», en *Anuario de Derecho civil*, t. IV, 1743; SOLER PRESAS, A. (1995). «El deber de mitigar el daño (A propósito de la STS [1.<sup>a</sup>] de 15 de noviembre de 1994» *Anuario de Derecho Civil*, t. XLVIII, 960. DÍEZ-PICAZO, L. (2000). *Derecho de daños*, Civitas, Madrid, 322; MORALES MORENO, A. M. (2006). *La modernización del derecho de obligaciones*, Civitas, Madrid, 218; y CARRASCO PERERA, A. (2010). *Derecho de contratos*, Aranzadi, Pamplona, 1259.

<sup>55</sup> SOLER PRESAS, A. (1995). «El deber de mitigar el daño»..., *op. cit.*, 960.

<sup>56</sup> MORALES MORENO, A. M. (2010). Incumplimiento del contrato y lucro cesante, Civitas, Madrid, 180. PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2015). «La carga de evitar o mitigar el daño derivado del incumplimiento de un contrato», en *Indret*, núm. 1, 20.

<sup>57</sup> PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2015). «La carga de evitar o mitigar el daño»..., *op. cit.*, 29. SOLER PRESAS, A (1995). «El deber de mitigar el daño»..., *op. cit.*, 964.

<sup>58</sup> MORALES MORENO, A. M. (2010). *Incumplimiento del contrato y lucro cesante...*, *op. cit.*, 185. «el carácter flexible de la regla de la mitigación del daño (buena fe, criterio razonable) impide fijar de antemano el momento de la adopción de las medidas paliativas (operación de reemplazo) y establecer, de modo cerrado, las que han de ser adoptadas. La determinación depende de las circunstancias de cada caso. Y ha de tenerse presente cuál es la actitud adoptada por el deudor ante su propio incumplimiento».

<sup>59</sup> PÉREZ VELÁZQUEZ, J. P. (2015). «La carga de evitar o mitigar el daño»..., *op. cit.*, 26-27.

<sup>60</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1991). «Comentario del artículo 1107 del Código civil», en PAZ-ARES RODRÍGUEZ, C., et al., Comentario del Código civil, t. II, Ministerio de Justicia, Madrid, 56.

<sup>61</sup> SOLER PRESAS, A. (1995). «El deber de mitigar el daño»..., *op. cit.*, 964.

<sup>62</sup> DE ÁNGEL YÁGÜEZ, R. (1991). «Comentario del artículo 1107 del Código civil»..., *op. cit.*, 60.

<sup>63</sup> PICATOSTE BOBILLO, V. (2012). «El significado de la gratuitad en el sistema de remedios por falta de conformidad de los bienes con el contrato», *Boletín del Ministerio de Justicia*, núm. 2146, 12.

<sup>64</sup> STJUE, Sala Primera, de 16 de junio de 2011, C-65/2009.

<sup>65</sup> PERTÍNEZ VÍLCHEZ, F. (2011). «Daños causados por otros bienes y servicios», en REBOLLO PUIG, M. y IZQUIERDO CARRASCO, M. (Dirs.), *La defensa de los consumidores y usuarios*, Iustel, Madrid, 1930-1932. *Vid.* STS de 13 de junio de 2005 y STS de 18 de marzo de 1999.

<sup>66</sup> PICATOSTE BOBILLO, V. (2012). «El significado de la gratuitad en el sistema de remedios»..., *op. cit.*, 12.

<sup>67</sup> SAP Barcelona núm. 469/2012, Sección 13.<sup>a</sup>, de 4 de septiembre.

<sup>68</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2010). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial. IV- Las particulares relaciones obligatorias*, Civitas, Cizur Menor, 138.

<sup>69</sup> MICKLITZ, H. W., y REICH, N. (2014). «Chapter 4: Sale of Consumer Goods»..., *op. cit.*, 163.

<sup>70</sup> Para una exposición de otras fórmulas para el cálculo de la reducción del precio, *vid.* FAJARDO FERNÁNDEZ, J. (2001). *La compraventa con precio determinable*, Ejidus, Madrid, 555. CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARTINEZ ESPÍN, P. (2000). «Transposición de la Directiva comunitaria sobre venta y garantías

de bienes de consumo», en *Estudios sobre consumo*, núm. 52, 126-127. FERRANTE, A. (2011). «Nuevas tendencias en la cuantificación de la reducción del precio» en *Indret*, núm. 4, 8. La doctrina llama al método de cálculo seguido por el actual artículo 122 TRLGDCU, que se inspira en el artículo 3.5 Directiva 1999/44/CE como «modelo Viena», porque ambos se inspiran en la fórmula prevista en el artículo 50 CISG: «*Si las mercaderías no fueren conformes al contrato, háyase pagado o no el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato*».

<sup>71</sup> Sobre el cálculo matemático del «modelo Viena», *vid.* Por todos, FERRANTE, A. (2011). «Nuevas tendencias en la cuantificación de la reducción del precio»..., *op. cit.*, 9, 43-45.

<sup>72</sup> FERRANTE, A. (2011). «Nuevas tendencias en la cuantificación de la reducción del precio»..., *op. cit.*, 44-45 y 56-57. «*Aunque la definición de la fórmula plasmada en el artículo 50 CISG sea correcta, su identificación matemática es incorrecta, ya que se corre el riesgo de confundir la disminución porcentual del valor del bien a raíz del defecto con una cuantificación monetaria del bien a raíz del defecto*».

<sup>73</sup> FERRANTE, A. (2011). «Nuevas tendencias en la cuantificación de la reducción del precio»..., *op. cit.*, 49-51.

<sup>74</sup> ZOLL, F. (2012). «Commentary of the article 120 CESL»..., *op. cit.*, 527.

<sup>75</sup> Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo [DOUEL núm. 171, de 7 de julio de 1999]. «*El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia*».

<sup>76</sup> Directiva 2019/771/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento (CE) 2107/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE [DOUEL núm. 136, de 22 de mayo de 2019]. «*El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato cuando la falta de conformidad sea leve. La carga de la prueba de que la falta de conformidad es leve corresponderá al vendedor*».

<sup>77</sup> Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias [BOE núm. 287, de 30 de noviembre de 2007]. «*La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, 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. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia*».

<sup>78</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre los Contratos de Compraventa Internacional de Mercaderías. «*El incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que la parte que haya incumplido no hubiera previsto tal resultado y que una persona razonable de la misma condición no lo hubiera previsto en igual situación*».

<sup>79</sup> FENOY PICÓN, N. (2009). «La entidad del incumplimiento resolutorio del contrato: Análisis comparativo del artículo 1124 del Código civil y del artículo 121 del texto refundido de consumidores», en *ADC*, t. LXII, 215. SIVESAND, H. (2005). *The Buyer's Remedies for Non-Conforming Goods. Should there be Free Choice or are Restrictions Necessary?*, Sellier European Law Publishers, Munich, 153. Varios son los motivos que inducen a la autora a afirmar que las entidades de los incumplimientos resolutorios que compara, el artículo 3.6 Directiva 1999/44/CE y el artículo 25 CISG, son distintos. Fundamentalmente, el incumplimiento resolutorio del artículo 25 CISG exige que la falta de conformidad no sea fácilmente subsanable. Sin embargo, el artículo 3.6 Directiva 1999/44/CE no puede interpretarse de la misma forma porque la resolución es un remedio de

segundo grado y, por tanto, en principio la falta de conformidad deberá ser reparada o bien sustituirse el bien defectuoso. Asimismo, si existe libertad de elección del remedio la autora defiende que el incumplimiento resolutorio sea esencial o grave, mientras que si existe una jerarquía de remedios la entidad del incumplimiento para acudir al remedio resolutorio debería ser menor, habida cuenta de que el defecto puede subsanarse por el vendedor. CRISTOFARO, G. (2000). *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore l'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Padova, 210-212. «In ogni caso, sembra doversi escludere che la nozione di difetto di conformità non «minore» coincida con quella di fundamental breach of contract di cui all'articolo 25 della Convenzione di Vienna: i rigorosi presupposti cui, in virtù della previsione dell'articolo 49, 1.º co., lett a) delle Convenzione di Vienna, è subordinata la possibilità, per il commerciante che abbia ricevuto merce «non conforme al contratto», di risolvere il contratto stesso, appaiono infatti incompatibili con la ratio consumeristica della disciplina comunitaria. Il consumatore cui venga consegnato un bene non conforme al contratto deve pertanto considerarsi legittimato a chiedere la risoluzione anche quando non sussistano gli estremi di una «violazione essenziale» del contratto, purché il difetto non sia di natura o entità tale da risultare sostanzialmente irrelevante, tenuto conto delle caratteristiche del bene di consumo nonché degli scopi per i quali il consumatore lo ha acquistato».

<sup>80</sup> TROIANO, S. (2008). «The CISG's Impact on EU Legislation» en *The CISG and its Impact on National Legal Systems*, Munich, 366-369. «The divergence between CISG and Consumer Sales Directive is, however, more apparent than real. [...] A more attentive interpretation of the notion of fundamental breach of contract under Article 25 CISG should permit to reach very similar results. [...] As to the second issue, i.e. that the Directive seems to allow termination also where the non-performance is not fundamental, it must on the contrary be reminded that Article 3 (6) Directive disallows termination where the lack of conformity is minor. Furthermore, the Directive allows termination only if repair and replacement are disproportionate. This requirement is almost equivalent, in its concrete outcome, to the requirement of the breach of contract being fundamental: the more serious is the breach, more likely it is that the repair and replacement are disproportionate in comparison with termination».

<sup>81</sup> COM (93) 509 final, 15.11.1993, 89-90. «Moreover, in the case of minor defects, the professional could impose the second alternative (reduction in price) unless the consumer can prove that the defect is one of major significance for him. On the other hand the consumer would only be obliged to tolerate one attempt at repair or replacement of the product».

<sup>82</sup> Otros documentos relativos a la Directiva 1999/44/CE siguen destacando la menor entidad del incumplimiento resolutorio en la contratación con consumidores para salvaguardar el justo equilibrio entre las prestaciones de las partes contratantes. *Vid.* Posición Común aprobada por el Consejo el 24 de septiembre de 1998 con vistas a la adopción de la Directiva 98/.../CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo DOCE C 333, 30.10.98. «A juicio del Consejo, el criterio de proporcionalidad, que se explica con más detalle en el décimo considerando, resulta más apropiado, en vista de las legislaciones nacionales vigentes, que el de reclamación «económicamente adecuada». En aras de esa proporcionalidad, se ha excluido la posibilidad de resolver el contrato cuando la falta de conformidad es de escasa importancia».

<sup>83</sup> The Principles of European Contract Law. Article 8:103 (ex artículo 3.103) - Fundamental Non-Performance

«A non-performance of an obligation is fundamental to the contract if:

(a) strict compliance with the obligation is of the essence of the contract; or

(b) the non-performance substantially deprives the aggrieved party of what it was entitled to expect under the contract, unless the other party did not foresee and could not reasonably have foreseen that result; or (c) the non-performance is intentional and gives the aggrieved party reason to believe that it cannot rely on the other party's future performance».

<sup>84</sup> LANDO, O., y BEALE, H. (2000). *Principles of European Contract Law*, Kluwer Law International, 364.

<sup>85</sup> LANDO, O., y BEALE, H. (2000). *Principles of European Contract Law...*, op. cit., 113. FENOY PICÓN, N (2009). «La entidad del incumplimiento resolutorio del contrato»..., op. cit., 253.

<sup>86</sup> DÍEZ-PICAZO, L. (2005). *Los incumplimientos resolutorios*, Civitas, Cizur Menor, 91. Para DÍEZ-PICAZO el último supuesto del artículo 8:103 (c) podría ser equiparable a la doctrina del Tribunal Supremo sobre el incumplimiento rebelde.

<sup>87</sup> ZOLL, F. (2012). «Commentary of the article 87 CESL»..., op. cit., 406. Sobre las consecuencias económicas de la resolución contractual, vid. GÓMEZ PÓMAR, F. y GILI SARDAÑA, M. (2014). «La complejidad económica del remedio resolutorio por incumplimiento contractual. Su transcendencia en el Derecho español de contratos, en la normativa común de compraventa europea (CESL) y en otras propuestas normativas», en *Anuario de Derecho civil*, t. LXVII, 1199-1252.

<sup>88</sup> SAP Castellón núm. 588/2005, Sección 3.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre; SAP Valencia núm. 371/2004, Sección 7.<sup>a</sup>, de 29 de junio; SAP Barcelona núm. 650/2007, Sección 1.<sup>a</sup>, de 18 de diciembre.

<sup>89</sup> SAP A Coruña núm. 418/2008, Sección 6.<sup>a</sup>, de 28 de noviembre. SAP Valencia núm. 403/2005, Sección 7.<sup>a</sup>, de 30 de junio.

<sup>90</sup> ZOLL, F. (2012). «Commentary of the article 118 CESL», in SCHULZE, R. (ed.), *Common European Sales Law (CESL)*, Nomos, Baden-Baden, 524.

<sup>91</sup> ARNAU RAVENTÓS, L. (2020). «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones», en *Cuadernos de Derecho transnacional*, núm. 1, 797.

<sup>92</sup> ARNAU RAVENTÓS, L. (2020). «Remedios por falta de conformidad»..., op. cit., 802. La doctrina ha criticado el enfoque del artículo 16.2 DCCB, considerando que el remedio de la resolución contractual en contratos con una pluralidad de bienes debería valorarse respecto del bien o bienes no conformes, en lugar de contemplarse respecto de todo el contrato en su conjunto: «*la cuestión que se suscita es si lo más apropiado no hubiese sido exigir que la causa resolutoria se apreciara, no tanto en relación con el contrato en su conjunto, sino en relación solo con el bien o los bienes no conformes. De este modo, por ejemplo, si en relación solo con ese o esos bienes la falta de conformidad es grave, cabría resolver parcialmente de forma directa, sin necesidad de intentar antes otros remedios de subsanación (art. 13.4, c Dir. 2019/771).* Lo relevante de esta lectura sería que procedería esta resolución inmediata aunque aquella gravedad, contemplaba a la luz de todo el contrato, no fuera tal, quedara diluida o se desintensificara».

<sup>93</sup> ARNAU RAVENTÓS, L. (2020). «Remedios por falta de conformidad»..., op. cit., 803. En relación con la gravedad de la falta de conformidad como el límite que se antepone al consumidor para poder resolver el contrato «*interesa añadir que, realmente, si se considera el único requisito de orden material ineludible para poder resolver el contrato (así, que la falta de conformidad no sea leve [art. 13.5 Dir. 2019/7713]), se hace difícil imaginar ejemplos en los que, pudiendo resolver parcialmente, no sea posible en cambio resolver el contrato en su conjunto. Para que esto último no fuera posible, sería necesario que la falta de conformidad, considerada solo en relación con el bien no conforme, no se estimara leve, pero que, en cambio, valorada en el conjunto del negocio, sí denotara levedad*

(Trabajo recibido el 10-10-2019 y aceptado para su publicación el 9-3-2020)