

La compraventa del Texto Refundido de consumidores de 2007 tras la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores*

NIEVES FENOY PICÓN
Prof. Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

RESUMEN

Este trabajo analiza algunos aspectos del contenido de la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, relacionados con la regulación de la compraventa (arts. 2.5, 18, 20) y plantea cómo sería oportuno hacer la transposición al Derecho español en el TRLGDCU. En concreto analiza: a) la definición de la compraventa; el contrato mixto de venta y servicios; b) el cumplimiento e incumplimiento de la obligación de entrega del vendedor-comerciante en algunos de sus aspectos (formas de entrega, sujeto que puede recibir el bien, plazo de entrega, el derecho del comprador-consumidor a resolver la compraventa y modo de ejercitarlo, restitución que el vendedor-comerciante ha de hacer al consumidor-comprador y la relación de la resolución con los otros remedios por incumplimiento); c) el momento en que el riesgo de pérdida o deterioro de la cosa se transmite al consumidor-comprador, mediando transporte.

La transposición de la mayoría de los anteriores contenidos normativos de la Directiva podría hacerse en el Título V del Libro II del TRLGDCU, que actualmente regula la obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato, así como la garantía comercial y el servicio postventa. Si así se hiciere, dicho Título V contendría la regulación básica de la com-

* Este trabajo tiene origen en la conferencia que impartí bajo el título «Compraventa de consumo» en el Congreso Internacional *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección de los consumidores. Más allá de la Directiva 2011/83/UE de derechos de los consumidores y del instrumento opcional sobre compraventa de octubre de 2011 (Propuesta de Reglamento UE)*, celebrado los días 1 y 2 de marzo de 2012, en la Universidad de La Rioja y dirigido por el Dr. D. Sergio Cámara Lapuente, a quien agradezco su amable invitación. El trabajo se inserta en el Proyecto de investigación DER 2011-24293.

praventa de consumo. La rúbrica del Título habría de modificarse a la de Compraventa.

Aprovechando la reforma del TRLGDCU, creo que sería oportuno hacer en él algunas mejoras, en lo que se refiere a la obligación de entregar un producto conforme con el contrato. Todas estas reformas deberían ir acompañadas de la del Código civil en materia de compraventa.

A lo largo del trabajo se hacen las comparaciones que resultan oportunas con la correspondiente regulación del Código civil, del Draft Common Frame of Reference (DCFR) y de la Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea y, Normativa común de compraventa europea (CESL).

PALABRAS CLAVE

Directiva 2011/83/UE. Compraventa. Compraventa y prestación de servicios: contrato mixto. Obligación de entrega del vendedor-comerciante. Resolución de la compraventa por el incumplimiento de la obligación de entrega del bien. Distribución de riesgos entre vendedor-comerciante y comprador-consumidor, mediando transporte de la cosa. Reforma del TRLGDCU. DCFR. Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea, CESL.

ABSTRACT

This work analyses some aspects of the contents of Directive 2011/83/EU on Consumers Rights, in the context of the regulation of sales contracts (arts. 2.5, 18, 20) and suggests which way would be the most appropriate one to implement the transposition of such directive into the Spanish Law, videlicet the TRLGDCU. Specifically, the work analyses: a) the definition of sale transactions; mixed sales and services contracts; b) some aspects of the performance and the non performance of the obligation of delivery of the seller-merchant (methods of delivery, individuals who may receive the goods, delivery term, the right of the purchaser-consumer to terminate the sales contract and the way in which such rights may be exercised, restitution by the seller-merchant in favour of the consumer-purchaser and the relationship between the termination and any other available remedies for non performance); c) the time upon which the risk of loss or deterioration of the goods is transferred to the consumer-purchaser, in case that the goods have to be shipped.

The transposition of most of the above-mentioned regulations of the Directive could be implemented in Title V of Book II of the TRLGDCU, which currently regulates the obligation of the seller to deliver a product which is in conformity with the contract, as well as any commercial warranties and the after sales service. In such a case, Title V would contain the basic regulations on consumer sales transactions. The heading of the Title should be changed to Sales transactions.

Taking advantage of the reform of the TRLGDCU it would be advisable, in my opinion, to introduce some improvements, as far as the obligation to deliver a product in conformity with the contract is concerned. All these reforms should be accompanied by the reform of the Civil Code, in the context of sales transactions.

The appropriate comparisons have been made throughout this work to the relevant regulations contained in the Civil Code, the Draft Common Frame of Reference (DCFR) and the Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, and the Common European Sales Law (CESL).

KEYWORDS

Directive 2011/83/EU. Sales transactions. Sales and rendering of services: mixed contracts. Obligation of delivery by the seller-merchant. Termination of the sales contract for non performance of the obligation to deliver the goods. Allocation of risks between the seller-merchant and the consumer-purchaser when the goods are to be shipped. Reform of the TRLGDCU. DCFR. Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, CESL.

SUMARIO: I. Introducción. Objeto del trabajo. II. La definición de la compraventa. Las obligaciones del vendedor-comerciante y del comprador-consumidor. La Compraventa y la prestación de servicios. 1. La definición de la compraventa.–La definición de la compraventa en el DCFR.–La definición de la compraventa en la Propuesta de Reglamento. 2. La obligación del vendedor-comerciante de transmitir la propiedad de la cosa vendida y el sistema jurídico para su transmisión. 3. La obligación del vendedor-comerciante de entregar el bien: remisión. 4. La obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato. Su relación con el saneamiento por vicios ocultos y con la indemnización de daños y perjuicios: el artículo 117 TRLGDCU. 5. La obligación del comprador-consumidor de pagar el precio. 6. La compraventa y la prestación de servicios sobre el bien. El contrato mixto.–Algunas ideas sobre el contrato mixto en nuestro Derecho.–El contrato mixto en el DCFR.–El servicio relacionado y el prestador del servicio en la Propuesta de Reglamento. El contrato mixto en el CESL.–La incidencia del contrato mixto en la Propuesta de Reglamento a efectos de determinar el ámbito de aplicación material del CESL. 7. La nueva definición de compraventa en el TRLGDCU. La inclusión y exclusión de ciertos contratos. El concepto de bienes.– III. La obligación del vendedor de entregar el bien y la resolución de la relación contractual de compraventa por su incumplimiento. Los otros remedios del consumidor por el incumplimiento de esta obligación del vendedor. 1. La obligación de entrega del vendedor. 1.1 Las formas de entrega.–Las formas de entrega en el DCFR.–Las formas de entrega en el CESL. 1.2 Quién puede recibir el bien.–Quién puede recibir el bien en el DCFR.–Quién puede recibir el bien en el CESL. 1.3 El plazo de entrega del bien.–El plazo de entrega del bien en el DCFR.–El plazo de entrega del bien en el CESL. 1.4 La reforma del TRLGDCU. 2. La resolución de la relación de compraventa por el incumplimiento de la obligación del vendedor de la entrega del bien. Los otros remedios del consumidor. 2.1 Cuándo puede resolverse la relación de compraventa: la regla general de la previa fijación de un

plazo para el cumplimiento y la regla especial de la no necesaria previa fijación de dicho plazo. La reforma del TRLGDCU.—La posibilidad de resolver tras haberse fijado al deudor un previo plazo para el cumplimiento en el DCFR.—La posibilidad de resolver tras haberse fijado al deudor un previo plazo para el cumplimiento en el CESL.—La posibilidad de resolver directamente la relación contractual en el DCFR.—La posibilidad de resolver directamente la relación contractual en el CESL.

2.2 La forma de ejercicio de la resolución: la resolución mediante declaración de voluntad del acreedor.—La forma de ejercicio de la resolución en el DCFR.—La forma de ejercicio de la resolución en el CESL.—La forma de ejercicio de los remedios del consumidor por la entrega de un producto no conforme con el contrato (reparación, sustitución, resolución, reducción del precio).

2.3 El efecto restitutorio de la resolución: qué ha de restituir el vendedor-comerciante al comprador-consumidor y el plazo para llevarlo a cabo.—La no restitución del valor del uso del producto, en la resolución por la entrega de un producto no conforme con el contrato.—Sobre el alcance de la gratuidad del remedio de la sustitución del producto no conforme con el contrato, por otro conforme.

2.4 La relación de la resolución de la relación de compraventa por la no entrega del bien con los otros remedios por incumplimiento.

2.5 ¿Dónde han de incorporarse las normas del artículo 18, apartados 1, 2 y 3, de la Directiva 2011/83/UE? La nueva sistemática del Título V del Libro II del TRLGDCU y la progresiva completitud de la regulación de la compraventa del TRLGDCU. IV. El momento de la transmisión del riesgo de la pérdida o del deterioro del bien del vendedor-comerciante al comprador-consumidor.—La venta y el transporte del bien gestionado por el vendedor en el DCFR. El momento del traspaso del riesgo de pérdida o deterioro del bien del vendedor al comprador-consumidor en el DCFR.—La venta y el transporte del bien gestionado por el vendedor en el CESL. El momento del traspaso del riesgo de pérdida o deterioro del bien del vendedor al comprador-consumidor en el CESL. V. Conclusiones.—Bibliografía.

I. INTRODUCCIÓN. OBJETO DEL TRABAJO

[1] La transposición al Derecho español de la *Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores*¹ (Directiva 2011/83/UE en lo sucesivo) conlleva que haya de acometerse un importante conjunto de reformas legislativas en el *Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (TRLGDCU en lo sucesivo)². El plazo para su transposición termina el 13 de diciembre de 2013 y las medidas que se lleven a cabo para su transposición han de

¹ Por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo; DOUE 22.11.2011, L 304.

² BOE 30.11.2007, núm. 287; corrección de errores BOE 13.02.2008, núm. 38.

aplicarse a partir del 13 de junio de 2014 (art. 28.1 de la Directiva 2011/83/UE³).

[2] Del amplio contenido de la Directiva 2011/83/UE⁴ he seleccionado, en este trabajo, el estudio de las siguientes cuestiones:

a) La *definición del contrato de compraventa*; trato también del *contrato mixto* de compraventa y prestación de servicios (art. 2.5 de la Directiva 2011/83/UE).

b) La *obligación del vendedor-comerciante de entregar en plazo la cosa* al comprador-consumidor y las consecuencias de su *incumplimiento*; en particular, en lo que se refiere al remedio de la *resolución* de la relación contractual (art. 18 de la Directiva 2011/83/UE).

c) El momento *hasta el cual el vendedor-comerciante asume el riesgo* de la pérdida o del deterioro fortuito de la cosa vendida y *a partir del cual* lo asume el comprador-consumidor, cuando, además de la venta, hay *transporte* de la cosa (art. 20 de la Directiva 2011/83/UE).

[3] En mi opinión, esas cuestiones que la Directiva 2011/83/UE ordena han de incorporarse al Título V, *Garantías y servicios posventa*, del Libro II, *Contratos y garantías*, del TRLGDCU (arts. 114 a 127). Si así se hiciere, el Derecho español dispondría de una regulación para la compraventa en la que el vendedor es un empresario, el comprador un consumidor y el bien un producto⁵ *notablemente más completa* de la ahora existente en los artículos 114 y ss. TRLGDCU⁶.

³ Artículo 28 de la Directiva 2011/83/UE: «Transposición/ 1. Los Estados miembros adoptarán y publicarán, a más tardar el 13 de diciembre de 2013, las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo establecido en la presente Directiva. (...) / Aplicarán dichas medidas a partir del 13 de junio de 2014./ (...) 2. Las disposiciones de la presente Directiva se aplicarán a los contratos celebrados después del 13 de junio de 2014».

⁴ Ofrece una panorámica del contenido de la Directiva 2011/83/UE, TWIGG-FLESNER (2012) pp. 87-102.

⁵ *Infra* nota 94 y siguientes, y en el texto, se indican distintas definiciones como las de comerciante, vendedor, consumidor, bienes, además de realizarse otras consideraciones.

⁶ a) Los artículos 114 a 123, 125 TRLGDCU tuvieron origen en la transposición de la *Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo* (DOCE L 171, 7.7.1999; Directiva 1999/44/CE en lo sucesivo). Inicialmente, la transposición de la Directiva 1999/44/CE se hizo por *Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo* (BOE 11 de julio de 2003, núm. 165; Ley 23/2003 en lo sucesivo). La Ley 23/2003 es una de las leyes derogada y refundida en el TRLGDCU (*vid.* DD única y artículo único TRLGDCU).

b) La Directiva 2011/83/UE no deroga la Directiva 1999/44/CE (art. 31 de la Directiva 2011/83/UE) sino que le añade un artículo –el art. 8 *bis*– referido a ciertas informaciones que los Estados miembros han de proporcionar (art. 33 de la Directiva 2011/83/UE).

c) En cambio, la *Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre derechos de los consumidores* de 2008 [Propuesta de Directiva de 2008 en lo sucesivo; COM(2008) 614 final] y antecedente de la Directiva 2011/83/UE, derogaba la Directiva 1999/44/UE. Según el artículo 47 de la Propuesta de Directiva de 2008: «Cláusula derogatoria/ *Quedan derogadas las Directivas 85/577/CE, 93/13/CEE, 97/7/CE y 1999/44/CE*, modificadas por las Directivas que figuran en el anexo IV./ Las referencias a las Directivas

La leyenda del Título V del Libro II del TRLGDCU habría de modificarse, pues dicho Título no regularía solo los aspectos de las garantías y del servicio postventa como hace ahora. El Título V podría rubricarse *Compraventa* y recogería una regulación moderna de este contrato, al cual voy a referirme de ahora en adelante como la *compraventa del TRLGDCU*.⁷

derogadas se entenderán hechas a la presente Directiva y se leerán con arreglo a la tabla de correspondencias que figura en el anexo V» [vid. además Considerando (64) de la Propuesta de Directiva de 2008].

Los artículos 21 a 29 de la Propuesta de Directiva de 2008 (Capítulo IV, *Otros derechos de los consumidores específicos de los contratos de venta*) disponían una específica regulación sobre algunos aspectos de la compraventa: ámbito de aplicación, entrega, momento de la transmisión al consumidor del riesgo de pérdida o de deterioro del bien, conformidad con el contrato y derechos por la no conformidad, garantía comercial. Si bien algunos de esos artículos de la Propuesta de Directiva de 2008 tienen su equivalente en la Directiva 2011/83/UE, no lo tienen en cambio los dedicados a la conformidad con el contrato, pues, como hemos indicado, la Directiva 2011/83/UE no deroga la Directiva 1999/44/CE.

Sobre la Propuesta de Directiva de 2008, vid. por ejemplo LETE ACHIRICA (2009) pp. 493-511; EBERS, *InDret* 2/2010, 47 pp., quien en su análisis tiene presente el carácter de armonización plena de dicha Propuesta.

d) Aunque sean dos las Directivas 2011/83/UE y 1999/44/CE, al regular ambas aspectos distintos de la compraventa, las considero *como una única norma comunitaria de Derecho sustantivo en la que se ordenan algunas de las importantes cuestiones que el contrato de compraventa genera. De este modo son tratadas en el trabajo.*

⁷ Distinta opinión sostiene CORDERO LOBATO. La autora expone las diferentes posibilidades sobre cómo puede transponerse la Directiva 2011/83/UE a nuestro Derecho: «Promulgar una Ley de Derechos de los Consumidores que no tenga por objeto modificar otras disposiciones (el TRLCU, por ejemplo), sino reproducir para el Derecho español, como norma independiente, lo establecido en la Directiva./ La segunda opción consistiría en incorporar la Directiva al TRLCU, modificándolo en aquello que sea incompatible con las nueva regulación e introduciendo las nuevas disposiciones que sean necesarias./ Más que componer la parcial y parcheada regulación de consumidores contenida en el TRLCU, la tercera opción sería afrontar la elaboración de un cuerpo ordenado de disposiciones estatales sobre consumo, al que llamaremos Código de Consumo./ Por último, tanto si se opta por la opción segunda, como por la primera, sería posible plantearse la eventual modificación de ciertas normas del régimen general de obligaciones y contratos contenidas en el Código Civil» (pp. 45-46). CORDERO LOBATO comenta cada una de esas opciones. En relación con la reforma del TRLGDCU, la autora apunta la dificultad de coordinar el distinto ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83/UE –cuyo artículo 3 indica los contratos a los que se aplica y a los que no se aplica– y el ámbito de aplicación «mucho más general (cfr. arts. 1 a 7)» del TRLGDCU y «sólo estaría limitado [el TRLGDCU] a ciertas clases de contratos a la hora de reglamentar los contratos a distancia y los celebrados fuera de establecimiento (arts. 93 y 108 TRLCU). El problema no sería, ciertamente, que hubiera que ajustar los artículos 93 y 108 TRLCU a la Directiva. Por el contrario, el verdadero problema es que el artículo 3 de la Directiva no podría sustituir el ámbito actual del TRLCU sin que el Estado español incumpliese otras directivas comunitarias, pues, por ejemplo, la Directiva 93/13/CEE, sobre cláusulas abusivas (...) regula toda clase de contratos con consumidores sin que sean aplicables las exclusiones contempladas en el artículo 3 de la Directiva 2011/83/UE. Lo mismo sucede con la Directiva sobre venta y garantías, que sólo excluye de su ámbito ciertos bienes de consumo [cfr. el art. 1.2 b) de la Directiva 1999/44/CE (...)]» (p. 46). Teniendo presente la interpretación conjunta de los artículos 3 y 4 de la Directiva 2011/83/UE, CORDERO destaca que el legislador nacional no puede disponer «una regulación divergente para los contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva, pues sólo son éstos los aspectos objeto de armonización. Pero la Directiva no impide que los Estados miembros regulen de la misma forma o de otra diferente (más o menos protectora de los consumidores) aquellos contratos no comprendidos en el ámbito de aplicación de la Directiva 2011/83» (p. 6). Más adelante señala: «En cuanto al resto de disposiciones aplicables a cualesquiera contratos incluidos en el ámbito de aplicación de la Directiva (arts. 5, 15, 17 a 22

La presente y necesaria reforma legislativa de la compraventa del TRLGDCU por la transposición de la Directiva 2011/83/UE puede ser aprovechada para mejorar algunos aspectos de la regulación legal de *la falta de conformidad del TRLGDCU*. De esas otras posibles mejoras legislativas, voy dando cuenta al hilo de la exposición y estudio de las tres indicadas cuestiones de la Directiva 2011/83/UE.

[4] En el trabajo, además del oportuno Derecho comunitario, de la normativa del Código civil y de la del TRLGDCU, expongo –por su interés en sí y porque suelen facilitar la interpretación de la Directiva 2011/83/UE– la regulación del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR en lo sucesivo) y la regulación de la *Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo relativo a una normativa común de compraventa europea* (Propuesta de Reglamento en lo sucesivo) así como la regulación de su Anexo I titulado *Normativa común de compraventa europea* (CESL en lo sucesivo)⁸.

[5] En estas palabras introductorias, conviene, por último, recordar que la Directiva 2011/83/UE es una directiva de *armonización plena*, «salvo disposición en contrario de la presente Directiva» [art. 4 de la Directiva 2011/83/UE⁹; *vid.* en especial Considerandos (2)¹⁰ y (7)¹¹ de la Directiva 2011/83/UE].

y 27), el Legislador estatal tendrá que decidir si solo dispone la aplicación de estas reglas a los contratos incluidos en el art. 3 de la Directiva o si, por el contrario, dispone su aplicación general a cualesquiera contratos de consumo sujetos al TRLCU de conformidad con lo dispuesto en sus artículos 1 a 7. No vemos razones para no disponer la aplicación generalizada de este nuevo régimen a cualesquiera contratos celebrados con consumidores. La transposición de estas reglas podría realizarse introduciéndolas entre las disposiciones generales aplicables a los contratos con consumidores y usuarios, en el Libro II del TRLCU, destinado a regular los contratos y garantías (arts. 59 a 67 TRLCU)» [pp. 46-47; CORDERO LOBATO, *Revista CESCO de Derecho de Consumo* (2012) núm. 1].

Sobre el ámbito de aplicación subjetivo y objetivo y contratos excluidos de la aplicación de la Directiva 2011/83/UE, M. J. MARÍN LOPEZ, *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1 (2012) pp. 11-12.

⁸ COM(2011) 635 final, 11.10.2011.

⁹ Artículo 4 de la Directiva 2011/83/UE: «Nivel de armonización/ Los Estados miembros no mantendrán o introducirán, en su legislación nacional, disposiciones contrarias a las fijadas en la presente Directiva, en particular disposiciones más o menos estrictas para garantizar un diferente nivel de protección de los consumidores, salvo disposición en contrario de la presente Directiva». Cfr. con el artículo 4 de la Propuesta de Directiva de 2008.

¹⁰ Considerando (2) de la Directiva 2011/83/UE: «Dichas Directivas [Directiva 85/577/CEE y Directiva 97/7/CE] han sido reexaminadas a la luz de la experiencia adquirida, a fin de simplificar y actualizar las normas aplicables y eliminar las incoherencias y las lagunas no deseadas. Este reexamen ha mostrado que conviene sustituir las dos Directivas citadas por la presente Directiva. Por tanto, la presente Directiva *debe fijar normas estándar para los aspectos comunes de los contratos a distancia y fuera del establecimiento y alejarse del principio de armonización mínima presente en las Directivas anteriores, permitiendo al mismo tiempo a los Estados miembros mantener o adoptar normas nacionales en relación con determinados aspectos*» (la cursiva es nuestra). Cfr. Considerando (2) de la Propuesta de Directiva de 2008.

¹¹ Considerando (7) de la Directiva 2011/83/UE: «Una armonización plena de determinados aspectos reglamentarios fundamentales debe reforzar considerablemente la

Sobre las materias que la Directiva 2011/83/UE no regula y en lo que nos interesa, el Considerando (13) de la Directiva 2011/83/UE indica:

«La aplicación de las disposiciones de esta Directiva *a aspectos no incluidos* en su ámbito de aplicación ha de seguir siendo *competencia de los Estados miembros*, con arreglo al Derecho de la Unión. De este modo, un *Estado miembro* podrá mantener o introducir normas de Derecho interno que correspondan a las disposiciones de la presente Directiva o a algunas de las disposiciones de la misma *respecto* de contratos que queden *fuera* del ámbito de aplicación de la presente Directiva. (...). Además, los Estados miembros pueden también mantener o adoptar disposiciones nacionales sobre cuestiones que la presente Directiva *no* regule específicamente, tales como *normas adicionales sobre contratos de venta, también en relación con la entrega de bienes (...)*» (la cursiva es nuestra).

En el Considerando (14) se añade:

«[l]a presente Directiva *no debe afectar* a la legislación nacional en el ámbito de Derecho contractual respecto a aquellos aspectos del mismo que la Directiva no regula. Por consiguiente, la Directiva se debe entender *sin perjuicio de las disposiciones nacionales que regulan, entre otros, la celebración o la validez de un contrato, por ejemplo en caso de vicio del consentimiento*. Igualmente, la presente Directiva *tampoco debe afectar* a la legislación nacional en lo que respecta *a las vías de recurso generales en materia contractual, (...)*»¹² (la cursiva es nuestra).

El artículo 3.5 de la Directiva 2011/83/UE ordena lo adelantado en el Considerando (14)¹³.

seguridad jurídica, tanto para los consumidores como para los comerciantes. Los consumidores y los comerciantes deben poder contar con un *único marco normativo* basado en conceptos jurídicos claramente definidos que regularán determinados aspectos de los contratos celebrados entre empresas y consumidores en la Unión. *Como consecuencia de dicha armonización, deberán desaparecer los obstáculos derivados de la fragmentación de las normas y será posible la consecución del mercado interior en este ámbito. Estos obstáculos solo podrán eliminarse estableciendo normas uniformes a escala de la Unión*. Además, los consumidores deben disfrutar de un elevado nivel común de protección en toda la Unión» (la cursiva es nuestra). Cfr. Considerando (8) de la Propuesta de Directiva de 2008.

¹² Vid. además Considerandos (8), (9), (10) (11) y (12) de la Directiva 2011/83/UE.

¹³ Vid. además los Considerandos (15) y (16) de la Directiva 2011/83/UE.

¹³ Artículo 3.5 de la Directiva 2011/83/UE: «La presente Directiva *no afectará* a las disposiciones generales del Derecho contractual nacional, por ejemplo a las normas sobre validez, formalización o efectos de los contratos, *en la medida en que* esos aspectos generales del Derecho contractual *no estén regulados* en la presente Directiva».

II. LA DEFINICIÓN DE LA COMPRAVENTA. LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR-COMERCIANTE Y DEL COMPRADOR-CONSUMIDOR. LA COMPRAVENTA Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

1. LA DEFINICIÓN DE LA COMPRAVENTA

[6] El artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE define a la compraventa de este modo:

«Definiciones

A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:

(...)

5) contrato de venta: todo contrato en virtud del cual el comerciante transfiera o se comprometa a transferir a un consumidor la propiedad de ciertos bienes y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio, con inclusión de cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios;»¹⁴.

[7] En el Código civil, el artículo 1445 define a la compraventa como aquel contrato en el que «uno de los contratantes se obliga a entregar una cosa determinada y el otro a pagar por ella un precio cierto, en dinero o signo que lo represente».

Por su parte, el TRLGDCU no contiene una definición del contrato de compraventa y, en consecuencia, ha de acudir a la definición del Código civil (art. 59.2.I TRLGDCU¹⁵).

– La definición de la compraventa en el DCFR

A) En virtud del artículo IV.A.- 1:202 DCFR:

«Contract for sale

A contract for the “sale” of goods is a contract under which one party, the seller, undertakes to another party, the buyer, to transfer the ownership of the goods to the buyer, or to a third person, either immediately on conclusion of the contract or at some future time, and the buyer undertakes to pay the price».

A.1) En el *Comment A* del artículo se indica que la definición del contrato de compraventa es breve y sencilla y simplemente contiene las principales obligaciones de las partes; así, la obligación de transferir la propiedad para el vendedor y la obligación del

¹⁴ El artículo 2 de la Propuesta de Directiva de 2008 disponía: «(...)/ 3) “contrato de venta”: [es] todo contrato destinado a la venta de bienes del comerciante al consumidor, incluidos los contratos mixtos, que tienen como objeto bienes y servicios;/ (...)». La Directiva 1999/44/CE no define el contrato de compraventa, ni lo hizo la Ley 23/2003, ni lo hace el TRLGDCU.

¹⁵ Artículo 59.2.I TRLGDCU: «Los contratos con consumidores y usuarios se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, por las disposiciones legales que regulan los contratos civiles y mercantiles».

pago del precio para el comprador. Tal definición refleja la esencia del contrato de compraventa. La CISG (*Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, hecha en Viena el 11 de abril de 1980) y la Directiva 1999/44/CE no contienen una definición semejante. En cambio, muchos Derecho nacionales contienen una definición de compraventa y parece adecuado incluir una en el DCFR.¹⁶

El artículo IV.A.-2:101 (a) DCFR reitera la obligación del vendedor de transferir la propiedad de los bienes¹⁷.

B) La compraventa de consumo es definida del modo siguiente en el artículo IV.A.-1:204 DCFR:

«Consumer contract for sale

For the purpose of this Part of Book IV [del DCFR], a consumer contract for sale is a contract for sale in which the seller is a business and the buyer is a consumer».

– La definición de la compraventa en la Propuesta de Reglamento

A) El artículo 2 de la Propuesta de Reglamento, precepto en el que se contienen las definiciones a efectos de dicha Propuesta,¹⁸ indica la de la compraventa:

«Definiciones

A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

(...).

¹⁶ *Comment A* del artículo IV.A.-1:202 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1234. Según el *Comment C* del artículo IV.A.-1:202 DCFR: «By including both cases in which the seller is to transfer ownership immediately and those in which ownership is to be transferred at some future time, paragraph (2) ensures, first of all, that the present rules apply both to sale transactions where ownership passes immediately on conclusion of the contract, for instance at supermarkets, petrol stations or other self-services stores, and to sales transactions where this is not the case, for instance when the contract concerns the sale of goods that are not yet in existence or contains a retention of ownership clause» (*op. cit.*, p. 1235). En este mismo *Comment C* se aclara que las reglas de la compraventa no regulan la cuestión de cuándo la propiedad se transfiere del vendedor al comprador; de esto otro se ocupan las reglas del Libro VIII del DCFR sobre la adquisición y la pérdida de la propiedad de los bienes (*op. cit.*, p. 1235).

¹⁷ Artículo IV.A.-2:101 DCFR [Chapter 2 (Obligations of the seller), Section 1 (Overview)]: «Overview of obligations of the seller/ The seller must: (a) transfer the ownership of the goods;/ (b) deliver the goods;/ (c) transfer such documents representing or relating to the goods as may be required by the contract; and/ (d) ensure that the goods conform to the contract». En el *Comment B* del artículo IV.A.-2:101 DCFR se reitera que la cuestión de en qué momento se transfiere la propiedad, se regula en el Libro VIII del DCFR (*vid.* la nota que antecede a ésta).

¹⁸ WENDEHORST señala: «Their purpose [el de las definiciones del art. 2 de la Propuesta de Reglamento] is to facilitate the application of the instrument and to reduce the danger of divergent interpretations» [«Comentario del artículo 2 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 1, p. 16; la cursiva es negrita en el original]. El autor también afirma: «For many of the definitions listed there is an equivalent definition in *Dir No 2011/83/UE*. Unless there are indications that the drafters of the CESL (P) deliberately deviated from *Dir. No 2011/83/UE*, there is a certain presumption that the terms have the same meaning. This is important because, in *Dir. No 2011/83/EU*, some of the definitions are explained further in the recitals» (*op. cit.* núm 3, pp. 16-17; la cursiva es negrita en el original).

(k) “contrato de compraventa”: *todo contrato en virtud del cual el comerciante («el vendedor») transfiere o se compromete a transferir a otra persona («el comprador») la propiedad de los bienes, y el comprador paga o se compromete a pagar su precio; se incluyen los contratos de suministro de bienes que se deban fabricar o producir, pero se excluyen los contratos de compraventa judicial o los contratos que impliquen, de cualquier otra manera, el ejercicio de autoridad pública;»* (la cursiva es nuestra)¹⁹.

B) Para la compraventa de bienes de consumo, el artículo 2 de la Propuesta de Reglamento ordena:

«(...).

(l) “contrato de compraventa de bienes de consumo”: [es] un contrato de compraventa, en el que el vendedor es un comerciante y el comprador un consumidor»²⁰.

2. LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR-COMERCIANTE DE TRANSMITIR LA PROPIEDAD DE LA COSA VENDIDA Y EL SISTEMA JURÍDICO PARA SU TRANSMISIÓN

[8] Como acabamos de ver, en virtud del artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE, el vendedor-comerciante tiene la obligación de transmitir la propiedad del bien al comprador-consumidor, regla jurídica que contrasta con la literalidad de nuestro Derecho positivo, lo que veremos *infra* [9].

Sobre el sistema de transmisión de la propiedad, el Considerando (51) de la Directiva 2011/83/UE señala que es materia que corresponde al legislador nacional (lo es la de determinar «las *condiciones para la transmisión de la propiedad de los bienes y el momento en que dicha transmisión se produce; infra* [21]). En consecuencia, a la compraventa del TRLGDCU ha de seguir aplicándosele el sistema de transmisión del título más modo del artículo 609.II *in fine* CC (cfr. art. 1450 CC; art. 59.2.I TRLGDCU).

[9] En su regulación de la compraventa (arts. 1445 ss.), el Código civil no ordena de modo expreso que el vendedor tenga la obligación de transmitir la propiedad de la cosa (art. 1461 CC), lo cual contrasta con otros Códigos civiles europeos que así lo disponen (*v.gr.* § 433

¹⁹ Según WENDEHORST: «(...), the definition of “sales contract” is more of a *rule on scope*» [la cursiva es negrita en el original; «Comentario del artículo 2 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 24, p. 21; *vid.* también «Comentario del artículo 5 de la Propuesta de Reglamento», *op cit.*, núm. 3, p. 41; sobre el contrato de compraventa, núms. 3-15 pp. 41-43].

²⁰ Según WENDEHORST: «According to letter l, a “consumer sales contract” means a sales contract where the *seller is a trader and the buyer is a consumer*. In particular in Chapters 9-12 [del CESL], the term may also denote a contract for the supply of digital content where the supplier is a trader and the user is a consumer» [«Comentario del artículo 2 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 25, p. 22; la cursiva es negrita en el original].

BGB²¹, art. 1470 CC ital. 1942²²). Según el Código civil, el vendedor garantiza al comprador la posesión legal y pacífica de la cosa (art. 1474.1.º CC). Cuando un tercero priva total o parcialmente de la cosa al comprador por sentencia firme y derecho anterior a la compraventa (art. 1475.I CC), el vendedor tiene la obligación de sanear al comprador por esa evicción (arts. 1480, 1481 CC). El artículo 1502 CC contempla la facultad del comprador de suspender el pago del precio ante el posible riesgo de evicción.²³

No obstante lo anterior, en 1994, Fernández de Villavicencio defendió que, en nuestro Derecho, el vendedor tiene la obligación de transmitir la propiedad de la cosa al comprador. Justifica tal obligación con argumentos de carácter legal (arts. 1464, 1473, 1502, 1509, 1445, 1462, 1456, 1458 y 1474 CC)²⁴; en «una reflexión de orden práctico o, si se quiere, de orden sociológico: no se puede negar que en la conciencia social está el resultado traslativo de la venta»²⁵; en que «podría, en aplicación del art. 1258 Cc.,

²¹ § 433 BGB: «Deberes contractuales típicos en el contrato de compraventa/ (1) Por el contrato de compraventa, el vendedor de una cosa se obliga a la entrega de la cosa al comprador y a transmitirle la propiedad sobre la cosa. El vendedor debe entregar la cosa al comprador libre de vicios materiales y jurídicos./ (2) El comprador está obligado a pagar al vendedor el precio de compra y a recibir la cosa comprada» [traducción de Jordi NIEVA FENOLL, revisión de la traducción Kai FISCHER, *Código Civil alemán, Bürgerliches Gesetzbuch* (2008)].

²² Artículo 1470 CC ital. 1942: «Nozione.- La vendita è il contratto che ha per oggetto il trasferimento della proprietà di una cosa o il trasferimento di un altro diritto verso il corrispettivo di un prezzo».

²³ Vid. FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (1994) p. 123. La autora señala: «La razón del dilema actual [la de si el vendedor está obligado a transmitir la propiedad de la cosa] tiene su origen en las fuentes romanas; (...)./ Una vez desaparecidos los presupuestos romanos, la idea de que el vendedor no viene obligado a transmitir se mantuvo, sin embargo, en épocas posteriores y continúa hoy, inexplicablemente, en el ánimo de los autores, que tienden a interpretar en ese sentido la normativa vigente [la de la compraventa del Código civil]» (*op. cit.* pp. 124-125; en la nota 295, la autora ofrece una amplia información sobre autores españoles, los defensores de que el vendedor *no* tiene obligación de transmitir la propiedad, los otros partidarios de que *sí*; *vid.* también nota 124, y p. 127). Vid. ALBALADEJO (2011) pp. 523-526.

²⁴ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO: «(...), dentro del grupo de argumentos legales, consideramos –en abierta contradicción con aquellos [autores] que siguen sosteniendo que el Código Civil sólo impone al vendedor la obligación de transmitir la quieta y pacífica posesión al comprador– que si bien es cierto que nuestro Código no es tan explícito como lo son otros, en el esquema legal está sin lugar a dudas implícita la función traslativa de la venta./ De este modo, presuponen claramente el resultado traslativo de la venta./ (...)» (pp. 127-128; a continuación, en pp. 128-131, se refiere a los arts. 1464, 1473, 1502, 1509, 1445, 1462, 1456, 1458 y 1474 CC); «Hay todavía algún dato más: cuando excepcionalmente se quiere en la compraventa transmitir la posesión pero no la propiedad, es necesario un pacto expreso, el *pactum reservati dominii*, por el que las partes, no obstante la entrega de la cosa, suspenden el traspaso del dominio hasta (...)» (p. 131); advierte la autora que «[n]o suponen, a nuestro juicio, en modo alguno argumento en contra de la tesis que defendemos las normas relativas al saneamiento por evicción, (...)./ (...)./ Las consideraciones anteriores abren una importante herida a la figura del saneamiento [por evicción], pues muchos de los supuestos que tradicionalmente entran en su radio de acción escapan por la vía del incumplimiento. (...)» [pp. 132-133; (1994)].

²⁵ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (1994) p. 133.

considerarse la obligación de transmitir, si no de la naturaleza del contrato, sí [que es algo] usual o conforme a la buena fe»²⁶; en la voluntad de las partes «en el concreto contrato celebrado, [que] como resultado pretendido deberá entenderse el efectivo traspaso de la propiedad del comprador» (art. 1281 CC)²⁷. Finaliza su exposición como sigue: «Resumiendo, se observa que resulta absurdo aferrarse a un modelo de compraventa cuando ha desaparecido toda razón que pudiere justificarlo, se contradice abiertamente con la idea que comúnmente se tiene de este contrato, y no resulta tampoco una exigencia de nuestro Ordenamiento. Es, por lo tanto, inadmisibles hoy día una compraventa que se limite a exigir al vendedor la entrega del *habere licere* y no la efectiva traslación del dominio. Hay base suficiente en el esquema legal y en la realidad social –voluntad concreta de la totalidad de los compradores–, así como respaldo jurisprudencial, para considerar que el vendedor debe procurar la propiedad de la cosa vendida al comprador, sin que sea concebible que éste deba, ni tan siquiera que pueda, conformarse con la posesión, pues en tal caso habría que negar al contrato celebrado la naturaleza de compraventa»²⁸.

A fecha de hoy y en defensa de la tesis que sostiene que el vendedor tiene la obligación de transmitir la propiedad del bien al comprador, hay que recordar que el artículo 30 CISG dispone dicha obligación de modo expreso²⁹.

A) Si se entiende que el vendedor tiene la obligación de transmitir la propiedad de la cosa al comprador, cuando se vende una cosa ajena, aquél tendrá la obligación de su adquisición³⁰. Esto podrá o no conseguirlo, pues la posibilidad de su cumplimiento depende de que el tercero, verdadero propietario de la cosa, quiera o no enajenar y si quiere, que lo haga por un precio no exagerado.

El incumplimiento del vendedor de su obligación de transmitir la propiedad del bien –bajo el presupuesto de que el comprador no

²⁶ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (1994) p. 134.

²⁷ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (1994) p. 134; sobre la jurisprudencia, *vid. op. cit.* pp. 134-135 y notas, en particular, la nota 324 bis.

²⁸ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (1994) p. 136.

²⁹ Artículo 30 CISG: «El vendedor deberá entregar las mercaderías, transmitir su propiedad y entregar cualesquiera documentos relacionados con ellas en las condiciones establecidas en el contrato y en la presente Convención». Cfr. art. 4.b) CISG.

³⁰ Sobre esta obligación, *vid.* FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO (1994) pp. 157-171.

Por su parte, el artículo 1476 CC ital. 1942 dispone: «Obbligazioni principali del venditore.- Le obbligazioni principali del venditore sono: / 1) quella di consegnare la cosa al compratore. / 2) quella di fargli acquistare la proprietà della cosa o il diritto, se l'acquisto non è effetto immediato del contratto. / 3) quella di garantire il compratore dall'evizione e ai vizi della cosa»; y el artículo 1478 CC ital. 1942: «Vendita di cosa altrui: Se al momento del contratto la cosa venduta non era di proprietà del venditore, *questi è obbligato a procurarne l'acquisto al compratore. / (...)*» (las cursivas son nuestras).

lo haya adquirido mediante algún mecanismo jurídico (art. 85 CCO; arts. 464, 1941 ss. CC)—justifica que el comprador pueda resolver la relación de compraventa (art. 1124 CC)³¹.

De interés es la STS, 1.ª, 7.7.2008 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Salas Carceller; Cendoj, Roj STS 4618/2008) que, reproduciendo parte de la STS 11.11.1997, expone las distintas vías jurídicas de solución para la venta de cosa ajena. En palabras del Alto Tribunal:

«A propósito de la venta de cosa ajena, dice la sentencia de esta Sala de 11 de noviembre de 1997 que “siendo en nuestro Derecho el contrato de compraventa productor sólo de obligaciones, no transmitiéndose el dominio por él sino al cumplirse con la entrega de la cosa con el requisito de la ‘traditio’ (art. 609 CC), la venta de una cosa que no pertenece a quien actúa como vendedor le obligará a adquirirla para cumplir con aquel requisito, o ante una imposibilidad de cumplir el contrato por causa que le es imputable, a indemnizar los daños y perjuicios correspondientes (arts. 1101 y 1106 CC). Todo ello, naturalmente, si el comprador no se conforma, y exige válida y lícitamente la anulación del negocio por error (ha creído de buena fe que la cosa era del vendedor) o por dolo (el vendedor le ha hecho creer que es suya). También podrá pedir la resolución por incumplimiento del vendedor, pues no está obligado a aceptar como cumplimiento de la obligación una cosa sobre la que ni tiene la libre disposición ni capacidad para enajenarla (art. 1160 CC)”» (FD 4.º)³².

³¹ FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO considera que hay que diferenciar supuestos:

a) Si se vendió cosa ajena, *conociéndolo ambas partes y el vendedor se comprometió a adquirirla, si este no cumplió* la diligencia exigible en su adquisición, hay incumplimiento imputable al deudor, aplicándose la regulación de dicha categoría; si cumplió la normal diligencia exigible en el cumplimiento de su obligación de adquirir la cosa, la imposibilidad de adquirirla extingue esta obligación y extingue la obligación de dar; en este caso hay que estar a lo pactado o interpretar el contrato; si la compraventa fue a «riesgo y ventura» del comprador, el vendedor se libera, siendo posible «que incluya la pérdida del precio por el comprador y de cualquier pretensión de éste por daños»; si bien admite que «quizás lo más habitual (...) sea dar por resuelta la obligación del comprador de pagar el precio, que, al no ser posible la entrega, habrá quedado sin causa *ex art. 1274*, y, por lo tanto, también el contrato *ex art. 1124* en su interpretación objetivista por la jurisprudencia» [(1994) p. 374].

b) *Si la cosa se vendió como propia del vendedor, sin saber éste que era ajena*, «supuesta su relevancia como error, la imposibilidad de hacerse con la propiedad de la cosa le libera de su obligación de entrega; para una posible imputación de daños, habrá que atender a la excusabilidad o no del error padecido por el vendedor en combinación con el propio error del comprador. Si el vendedor, conociéndola, ocultó la ajenidad, no cabe hablar en este caso de liberación: es un claro supuesto de incumplimiento culpable, que llevará a la resolución del contrato unida a la indemnización por daños si se probasen» (*op. cit.*, p. 374).

c) *Si siendo la cosa ajena, el vendedor la entrega al comprador*; «(...) el pretendido cumplimiento del contrato por el vendedor *non dominus* es inadmisibles; sólo si con la entrega se transmite al mismo tiempo la propiedad, podrá decirse cumplido el contrato. De otro modo, procederá, al igual que si no hubiera habido entrega, su resolución por la vía del art. 1124 Cc.» (*op. cit.*, p. 376).

Sobre la posibilidad de anular el contrato por error (art. 1266 CC) o por dolo (art. 1269 CC), *vid. op. cit.*, pp. 190-207, 221-223; *vid.*, además las consideraciones de las pp. 367-373.

³² Continúa el FD 4.º: «Cuando la venta sea sobre cosa parcialmente ajena, como contempla la sentencia de 7 de noviembre de 2007, se tratará en realidad de un incumplimiento del contrato concebido como un todo unitario y se podrá dar lugar a la resolución

3. LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR-COMERCIANTE DE ENTREGAR EL BIEN: REMISIÓN

[10] El artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE nada dispone sobre esta otra obligación del vendedor-comerciante (*supra* [6]). El artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE es el que se ocupa de ella. *Infra* [19] y ss., analizo la presente obligación del vendedor-comerciante y las consecuencias de su incumplimiento. Por lo dicho, sólo recordaré ahora que, según el artículo 1445 CC, el vendedor tiene la obligación de entregar la cosa (además, art. 1461 CC). Esta obligación también la tiene el vendedor de la compraventa del TRLGDCU (art. 59.2.I TRLGDCU).

4. LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE ENTREGAR UN PRODUCTO CONFORME CON EL CONTRATO. SU RELACIÓN CON EL SANEAMIENTO POR VICIOS OCULTOS Y CON LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS: EL ARTÍCULO 117 TRLGDCU

[11] La Directiva 2011/83/UE no se ha ocupado de esta (la tercera) obligación del vendedor. En nuestro Derecho y para la compraventa del TRLGDCU, la obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato se regula en los artículos 114 y ss. TRLGDCU, fruto de la transposición de la Directiva 1999/44/CE³³.

[12] Como indiqué en la Introducción del trabajo, además de tratar algunas de las materias de la Directiva 2011/83/UE, iba tam-

por tal incumplimiento cuando se haya frustrado la finalidad del negocio –resolución total y no parcial como pretendió la recurrente ya desde la formulación de la demanda– e incluso podrá el comprador optar por solicitar una indemnización de los daños y perjuicios sufridos por tal incumplimiento según lo dispuesto en los artículos 1101 y siguientes del Código Civil. Lo que en ningún caso queda al alcance del comprador es optar por aprovechar los efectos del contrato en cuanto le beneficia e interesar, en primer lugar, la nulidad parcial y, subsidiariamente, la resolución parcial, con mantenimiento de la validez de una parte del contrato. En el caso, si existían 217 m² que se incluyeron en el objeto vendido y eran de propiedad del Ayuntamiento de Valencia y no de la parte vendedora –lo que no es aceptado por la Audiencia al afirmar que la actora (compradora) ha llegado a transmitir todo lo que fue objeto de venta en su día– cabía instar una resolución del contrato (no parcial) por incumplimiento o exigir la correspondiente indemnización por cumplimiento defectuoso, pero nada de ello ha sido lo pretendido por la parte demandante que ahora recurre en casación./ Por ello se ha de rechazar el motivo».

³³ *Supra* nota 6. Pero, los autores han ampliado la obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato a otros contratos distintos del de compraventa: *vid.* por ejemplo MARTÍN ARESTI (2010) pp. 45-48; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 115 TRLGDCU» (2009) pp. 1423-1427; ORDÁS ALONSO (2009) pp. 37-38; FENOY PICÓN (2006) [48] pp. 142-143.

bién a dar cuenta de algunas de las posibles mejoras legislativas referidas a la regulación de la obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato en la compraventa del TRLGDCU. Inicio, en este momento, la exposición de la primera de esas posibles mejoras legislativas la cual se relaciona con el artículo 117 TRLGDCU.

El artículo 117.I TRLGDCU precisa la relación del saneamiento por vicios ocultos con el régimen de la falta de conformidad: *son incompatibles*. En otro anterior trabajo argumenté y concluí que, cuando el artículo 117.I TRLGDCU ordena la incompatibilidad de los remedios («acciones») derivados de la entrega de una cosa no conforme con el contrato con los del saneamiento por vicios ocultos, lo que está disponiendo es que *no procede aplicar el saneamiento por vicios ocultos a la compraventa del TRLGDCU*. El régimen de la falta de conformidad *desplaza* al del saneamiento por vicios ocultos³⁴.

³⁴ Para mi opinión y argumentos: FENYOY PICÓN (2006) [5]-[12] pp. 32-42. Me pronuncié estando vigente la DA I de la Ley 23/2003, ahora artículo 117.I TRLGDCU. Con posterioridad, MARTÍN ARESTI ha señalado: «(...) el art. 117 TRLGDCU, en su párrafo primero, excluye la aplicación de los arts. 1484 y ss. del CC a las ventas comprendidas en el Título V del Libro Segundo del TRLGDCU (esto es, a las comprendidas en la Directiva 1999/44) (...). De este modo, y desde la incorporación de la citada norma comunitaria a nuestro ordenamiento interno, la aplicación de los arts. 1484 y ss. del CC se limita a la compraventa de inmuebles, a las compraventas de bienes muebles celebradas entre consumidores, y a aquellas ventas que estén excluidas del Título V del Libro Segundo del TRLGDCU por aplicación del art. 115.2 de dicha Ley» [(2010) pp. 25-26]. En el mismo sentido M. J. MARÍN LÓPEZ: «A mi juicio, a pesar de la confusa redacción de la norma [la del art. 117.I TRLGDCU], el régimen del saneamiento por vicios ocultos (arts. 1484 y ss. CC) no es aplicable a las ventas de bienes de consumo, porque a ésta se aplica el régimen propio establecido en los arts. 114 y ss. TRLGDCU» [«Comentario del artículo 117 TRLGDCU» (2009) p. 1475]. *Vid.* además TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 117 TRLGDCU» (2011) p. 1081.

En la línea de que el saneamiento por vicios ocultos es desplazado por la falta de conformidad, en la SAP, Secc. 1, Girona, 15.2.2006 (Pte. Sr. D. Fernando Lacaba Sánchez; JUR 2006/250033) se indica: «(...)/ La demanda de donde trae causa el recurso acumula dos acciones que son incompatibles entre sí, la acción de saneamiento por vicios ocultos de la cosa vendida, de conformidad con lo previsto en los artículos 1484 y siguientes del Código Civil, así como las que faculta la Ley 23/2003 de 10 de julio de garantía en la venta de bienes al consumo. Ambas acciones son incompatibles según dispone la disposición adicional primera de aquella Ley que dice: “El ejercicio de las acciones que contempla esta ley derivadas de la falta de conformidad será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos de la compraventa”, y ello porque dicha Ley, tal y como reza su exposición de motivos, crea un régimen específico aplicable a los contratos de compraventa civil de bienes de consumo celebrados entre los consumidores y los vendedores profesionales. El régimen de saneamiento de vicios ocultos del Código Civil permanece inalterado, siendo de aplicación a las compraventas civiles no comprendidas en el ámbito de la meritada Ley. En conclusión las acciones de reparación y sustitución del bien vendido, de rebaja de su precio y de resolución de la compraventa previstas en esta ley, sustituyen, en el ámbito de las compraventas de bienes de consumo, a las acciones redhibitoria y quanti minoris derivadas del saneamiento por vicios ocultos, y dejan a salvo las acciones indemnizatorias que asisten a los compradores» (FD 2.º).

La mayoría de los autores que sobre esta cuestión se han pronunciado, han entendido que el saneamiento por vicios ocultos *no* se aplica a las ventas del TRLGDCU³⁵. Otros, en cambio, han interpretado de modo distinto el artículo 117.I TRLGDCU.

Rodrigo Bercovitz ha defendido que la incompatibilidad del artículo 117.I TRLGDCU significa la no posibilidad del ejercicio simultáneo del saneamiento por vicios ocultos y de la falta de conformidad del producto con el contrato. Esta imposibilidad de ejercicio simultáneo no impide entender que el consumidor pueda optar por ejercitar uno u otra. En la interpretación de Rodrigo Bercovitz, la incompatibilidad del artículo 117.I TRLGDCU implica una relación de carácter alternativo entre el saneamiento por vicios ocultos y la falta de conformidad³⁶. Con posterioridad, Ordás Alonso comparte la expuesta opinión³⁷.

Susana Navas, por su parte, ha sostenido que, durante el plazo en el que procede aplicar el régimen derivado de la falta de conformidad del producto con el contrato (cfr. art. 123 TRLGDCU), no se puede aplicar el régimen del saneamiento por vicios ocultos. Transcurrido dicho plazo, podrá aplicarse el saneamiento. En esta otra interpretación, se entiende que la incompatibilidad del artículo 117.I TRLGDCU opera de modo distinto en los

³⁵ Información: FENOY PICÓN (2006) nota 19 en pp. 42-44; *vid.* también MARTÍN ARESTI (2010) nota 20 en p. 26; ORDÁS ALONSO (2009) pp. 111-112; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 117 TRLGDCU» (2009) pp. 1474-1475.

³⁶ Información sobre esta tesis: FENOY PICÓN (2006) [14] pp. 44-45; *vid.* [15] pp. 46-51.

³⁷ ORDÁS ALONSO señala: «Es cierto que la Exposición de Motivos de la Ley 23/2003 utilizaba la expresión “sustituyen”, pero la misma no pasó al texto legal, siendo así que las Exposiciones de Motivos carecen de valor normativo. Cierto es que las mismas pueden ser un importante elemento que sirva de ayuda a la hora de interpretar el concreto articulado de la Ley de la que forman parte, pero también lo es que, en este caso concreto, el art. 117 TRLGDCU (...) no “deroga”, ni “sustituye” las normas del Código Civil reguladoras de los vicios ocultos, dentro de su ámbito de aplicación, claro está, sino que únicamente las declara “incompatibles”./ Dicha expresión significa que, dentro del ámbito de aplicación de la ley especial, el consumidor, ante un producto que presenta una falta de conformidad con el objeto del contrato que encaje igualmente en la definición de vicios ocultos contenida en el art. 1484 CC, podrá optar por alguno de los remedios previstos en los arts. 118 y ss. TRLGDCU o por ejercitar las acciones *ex art.* 1486 (...). Eso sí, en este último supuesto, en el breve plazo de seis meses desde la entrega, (...). Considero, en este sentido, correcta la opinión sustentada por Bercovitz (...)./ Interpretación que, soy consciente, produce inseguridad jurídica pero, en su defensa, cabe igualmente alegar las consideraciones siguientes:/ Por un lado, y siempre que no hayan transcurrido seis meses desde la entrega, el consumidor podrá acudir directamente a las acciones estimatoria o redhibitoria si opta por la disciplina codicística, sin necesidad de optar previamente por la reparación o sustitución, lo que, en función del caso concreto, puede satisfacer sus intereses./ No se ha de olvidar tampoco el carácter de principio general del derecho, principio general informador del Ordenamiento Jurídico en terminología del TRLGDCU (art. 1), que en nuestro Derecho merece la protección de los consumidores, en cuya virtud en la duda sobre la interpretación que ha de darse a una norma deberá prevalecer aquella que en mayor medida favorezca los intereses del consumidor, lo que estimo que se consigue mejor con la tesis que defiendo» [(2009) pp. 120-121; *vid.* también pp. 137-138].

distintos tramos temporales que se diferencian. Puede considerarse que la autora defiende una compatibilidad sucesiva en el tiempo.³⁸

Las tres tesis expuestas –la mayoritaria, la de Rodrigo Berco-vitz y Ordás Alonso, y la de Susana Navas Navarro– conducen a soluciones prácticas muy dispares. Aunque, a mi modo de ver, el legislador del TRLGDCU se pronuncia con claridad sobre cuál es la relación que media entre el saneamiento por vicios ocultos y el régimen de la falta de conformidad, ante la existente divergencia de opiniones de los autores, *considero conveniente que el legislador se pronuncie de modo muy nítido sobre qué relación media entre aquéllos*. El legislador podría aprovechar la reforma que ha de hacer en el TRLGDCU por la transposición de la Directiva 2011/83/UE y realizar ese oportuno pronunciamiento legal.

[13] El artículo 117.II TRLGDCU prescribe que el consumidor tiene derecho a la indemnización de los daños y perjuicios sufridos por la entrega de un producto no conforme con el contrato, *según la legislación civil y mercantil*. El artículo 117.II TRLGDCU es norma de remisión y en mi opinión, teniendo presente que considero que el artículo 117.I CC desplaza la aplicación del saneamiento por vicios ocultos por la figura de la falta de conformidad, aquél nos remite, además de a otros preceptos, a los artículos 1101 y ss. CC. El artículo 117.II TRLGDCU *no* remite al artículo 1486.II CC³⁹.

³⁸ Información sobre esta tesis: FENOY PICÓN (2006) [16]-[19] pp. 51-55.

³⁹ Lo que indiqué para la entonces vigente la DA II de Ley 23/2003 (hoy art. 117.II TRLGDCU); también señalé que podrían resultar aplicables los entonces vigentes artículos 25 y ss. LGDCU y, la Ley 22/1994, de 6 de julio, de responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos [esta última hoy derogada e incorporada a los artículos 135 y ss. TRLGDCU, además del art. 129 TRLGDCU; *vid.* asimismo art. 128 TRLGDCU; FENOY PICÓN (2006) [4] pp. 29-31]. Según TORRELLES TORREA: «A pesar de la ausencia de regulación expresa al respecto, cabe el resarcimiento de daños y perjuicios de naturaleza contractual de los arts. 1101 y concordantes del CC (...) con un plazo de prescripción de la acción de quince años (art. 1964 CC) dado que nada especifica el art. 117.2 TR-LGDCU. Podemos apoyar esta postura en el hecho de que la falta de conformidad es una manifestación del incumplimiento contractual, a pesar de que el plazo de quince años es excesivamente largo y debería haberse previsto tal circunstancia en la norma. La indemnización también puede fundamentarse en los arts. 1902 ss. CC y los arts. 128 ss. y 138 ss. TRLGDCU./ Se excluye, sin embargo, la indemnización prevista en el art. 1486.2 CC para el saneamiento por vicios ocultos, entre otras causas, por la incompatibilidad con las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos prevista en el apartado primero del art. 117 TR-LGDCU (...)» [«Comentario del artículo 117 TRLGDCU» (2011) p. 1083; para la relación con los arts. 128 y 129 TRGDCU y la responsabilidad por productos defectuosos, *op. cit.* pp. 1084-1085; *vid.* hasta p. 1086]. PICATOSTE BOBILLO considera, en relación con el artículo 117.II TRLGDC, que «es imprescindible acudir al régimen establecido en los artículos 1101 y siguientes del CC» [(2011) p. 300]. Por su parte, MARTÍN ARESTI entiende que la remisión del artículo 117.II TRLGDCU se refiere a los artículos 1101 y ss. CC y no al artículo 1486.II CC; esta autora plantea si, a efectos del artículo 117.II TRLGDCU, podría considerarse aplica-

Las razones de la norma que el artículo 117.II TRLGDCU recoge residirían en que la Directiva 1999/44/CE *regula* los remedios (derechos) de la reparación del producto, de su sustitución, de la reducción del precio y de la resolución de la relación de compraventa por la entrega de un bien no conforme con el contrato (art. 3 de la Directiva 1999/44/CE⁴⁰) y, *no regula* el remedio de la indemnización de daños y perjuicios; y *en que*, según el artículo 8.1 de la Directiva 1999/44/CE, los derechos que dicha Directiva reconoce al consumidor *lo son, sin perjuicio* de otros de los que pueda disponer en virtud de otras normas nacionales de responsabilidad contractual o extracontractual⁴¹.

*En mi opinión, el artículo 117.II TRLGDCU podría suprimirse*⁴², pues lo que dispone ya lo ordena con carácter general el artículo 59.2.I TRLGDCU. Con la supresión, se lograría un mejor diseño en lo que se refiere a la distribución de las normas dentro del propio TRLGDCU.

ble la regulación de la indemnización de daños y perjuicio de los artículos 74 y ss. CISG; a su entender no es admisible una aplicación en bloque de dichas normas de la CISG, pues las mismas han sido diseñadas para ser aplicadas a la compraventa celebrada entre profesionales y, en la compraventa del TRLGDCU el comprador es un consumidor; ahora bien, «[e]ste rechazo al recurso en bloque a este régimen de responsabilidad [el de la CISG] no impide que algunas de las normas y de los principios inspiradores de aquel sistema puedan ser tenidos en cuenta en las ventas de consumo» [p. 178, pp. 176-178, (2010)]. Según M. J. MARÍN LÓPEZ: «Con independencia del tipo de daño, el consumidor que adquiere un bien no conforme siempre podrá exigir la indemnización de daños conforme a las reglas generales de los arts. 1101 y ss. y 1902 y ss. del Código civil (art. 128.II TRLGDCU). Pero si se trata de daños comprendidos en el art. 129.I TRLGDCU (daños personales, incluida la muerte, y daños materiales, siempre que éstos afecten a bienes –distintos del producto no conforme– objetivamente destinados al uso o consumo privado y en tal concepto hayan sido utilizados principalmente por el perjudicado), podrá, si lo desea, exigir su resarcimiento conforme a las reglas del TRLGDCU, con los límites que el propio TRLGDCU establece. Por otra parte, no parece apropiado el recurso a la indemnización prevista en el art. 1486.II CC para el saneamiento por vicio ocultos» [«Comentario del artículo 117 TRLGDCU» (2009) p. 1480, pero *vid.* hasta p. 1482]. ORDÁS ALONSO considera: «estimo preferible la tesis que afirma que la remisión efectuada por el [art. 117] TRLGDCU, (...), lo es a las normas generales de incumplimiento, excluyendo el sistema de indemnización propio del saneamiento por vicios ocultos y ello sobre la base de que la noción de conformidad es mucho más amplia que la de vicio oculto y aglutina diferentes supuestos de incumplimiento por presentar anomalías el bien objeto de entrega, (...)» [(2009) p. 59].

⁴⁰ Transcrito *infra* nota 172.

⁴¹ Artículo 8 de la Directiva 1999/44/CE: «Derecho interno y protección mínima/ 1. Los derechos conferidos por la presente Directiva se ejercerán sin perjuicio de otros derechos que pueda invocar el consumidor en virtud de otras normas nacionales relativas a la responsabilidad contractual o extracontractual./ 2. (...)».

⁴² En el mismo sentido M. J. MARÍN LÓPEZ: «(...) La norma [del art. 117.II TRLGDCU] se limita a declarar la compatibilidad con los remedios regulados en el art. 118 TRLGDCU, y a hacer una genérica remisión a la normativa reguladora aplicable. (...) / Así entendida, la norma es *superflua*. Nada cambiaría si no existiera» [«Comentario del artículo 117 TRLGDCU» (2009) p. 1478, la cursiva es nuestra].

5. LA OBLIGACIÓN DEL COMPRADOR-CONSUMIDOR DE PAGAR EL PRECIO

[14] El artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE dispone que aquél pague o se comprometa a pagar el precio (*supra* [6]). El artículo 2.5 de la Directiva no indica expresamente, que el precio haya de ser en dinero o signo que lo represente. La Propuesta de Directiva de 2008 (*vid.* su art. 2) tampoco lo hacía. En cambio, el artículo 1445 CC sí lo dispone y esto último se aplica a la compraventa del TRLGDCU (art. 59.2.I TRLGDCU).

A) En el Anexo de Definiciones del DCFR (cfr. art. I.-1:108 DCFR, Definitions in Annex) se define el término «price» del modo que sigue:

«The “price” is what is due by the debtor under a *monetary obligation*, in exchange for something supplied or provided, expressed in a currency which the law recognizes as such» (la cursiva es nuestra).

B) Según el artículo 2 de la Propuesta de Reglamento:

«Definiciones

A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

(...).

(i) «precio»: el *dinero* pagadero a cambio de bienes vendidos, contenidos digitales suministrados o servicios relacionados prestados;/ (...)» (la cursiva es nuestra).

6. LA COMPRAVENTA Y LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS SOBRE EL BIEN. EL CONTRATO MIXTO

[15] Según el artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE (*supra* [6]), la compraventa consiste en la transmisión de la propiedad de la cosa (presente o futura) a cambio de un precio, *e incluye cualquier contrato cuyo objeto incluya a la vez bienes y servicios*⁴³. Los siguientes son *algunos* de los posibles casos en los que hay venta y prestación de servicio.

a) El vendedor, además de vender el bien, se obliga a *instalarlo* en el lugar indicado por el consumidor. Ahora bien, si el incumplimiento de esta obligación de hacer –la de la instalación por parte

⁴³ Según el artículo 2 de la Directiva 2011/83/UE: «(...)/ 6) “contrato de servicios”: [es] todo contrato, *con excepción de un contrato de venta*, en virtud del cual el comerciante provee o se compromete a proveer un servicio al consumidor y el consumidor pague o se comprometa a pagar su precio;» (la cursiva es nuestra). Sobre la noción de contrato de servicio en la Directiva 2011/83/UE, *vid.* VAQUER ALOY (2012) pp. 423-427; para su regulación, pp. 430-436. Según el artículo 2 de la Propuesta de Directiva de 2008: «(...)/ 5) “contrato de servicios”: todo contrato, con excepción de un contrato de venta, por el que el comerciante presta un servicio al consumidor;».

del vendedor— *conlleva* que el bien no sea conforme con el contrato, la Directiva 1999/44/CE lo regula expresamente: su artículo 2.5 lo califica como supuesto de falta de conformidad⁴⁴ (para el Derecho nacional, el art. 116.2 TRLGDCU⁴⁵; *vid.* arts. IV.A.-2:304 DCFR y 101 CESL de los que doy cuenta más adelante).

b) El vendedor del bien, cuyo modo de funcionar no conoce el consumidor, estipula con el consumidor que le facilitará el oportuno conocimiento (le instruirá) durante cierto tiempo o, durante el preciso para que el consumidor logre alcanzar un determinado nivel de conocimientos y manejo del bien.

c) Se vende un bien y se pacta que el vendedor se encargará de su posterior mantenimiento durante un tiempo (si el bien se estropea, aquél lo reparará, lo que puede conllevar que haya de incorporar o sustituir alguna o algunas piezas en el bien).

En los anteriores casos surge la cuestión de determinar, *cuál es el régimen jurídico aplicable a las prestaciones implicadas* (dar/hacer). Sobre ello, los Considerandos de la Directiva 2011/83/UE no ofrecen una explicación que pudiera orientarnos. En cambio, en la Propuesta de Directiva de 2008 encontramos algunas indicaciones de interés. El artículo 2.3) de la Propuesta de Directiva de 2008 consideraba compraventa todo aquel contrato destinado a la venta de bienes «*incluidos los contratos mixtos, que tienen como objeto bienes y servicios*»⁴⁶. Según el artículo 21.1 de la Propuesta de Directiva de 2008 —precepto ubicado en el Capítulo IV *Otros derechos de los consumidores específicos de los contratos de compraventa*— los artículos 21 a 29 de la Propuesta de Directiva de 2008⁴⁷ se aplicaban a los contratos de compraventa, si bien *en los contratos mixtos que incluyeran bienes y servicios*, aquellos artículos «*sólo se aplicarían a los bienes*», salvo el supuesto en el que la falta de conformidad del bien tuviera por causa su incorrecta instalación, si dicha instalación formase parte del contrato de venta y los bienes los hubiere instalado el comerciante o, ello se hubiere hecho bajo su responsabilidad⁴⁸.

⁴⁴ Artículo 2.5 de la Directiva 1999/44/CE: «La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del bien de consumo se presumirá equiparable a la falta de conformidad del bien cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa del bien y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad. (...)».

⁴⁵ Artículo 116.2 TRLGDCU: «La falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación del producto se equipará a la falta de conformidad del producto cuando la instalación esté incluida en el contrato de compraventa o suministro regulados en el art. 115.1 y haya sido realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad, (...)».

⁴⁶ Artículo transcrito *supra* nota 14.

⁴⁷ *Supra* nota 6, letra c).

⁴⁸ Artículo 21 de la Propuesta de Directiva de 2008: «Ámbito de aplicación/ 1. El presente capítulo [arts. 21 a 29] se aplicará a los contratos de venta. No obstante, lo dispuesto en el artículo 24, apartado 5, en los contratos mixtos que abarquen bienes y servicios, el presente capítulo sólo se aplicará a los bienes./ 2. El presente capítulo se aplicará

En otro plano, en el de la compraventa internacional de mercaderías, es oportuno recordar que el artículo 3.2 CISG *excluye* la aplicación de la CISG «a los contratos en los que *la parte principal de las obligaciones* de la parte que proporcione las mercaderías consista en suministrar mano de obra o prestar otros servicios»⁴⁹.

[16] Trasladándonos al TRLGDCU y para el supuesto *de venta y prestación de servicios*, se ha planteado si procede aplicar, al bien vendido, el régimen jurídico de la falta de conformidad de los artículos 114 y ss. TRLGDCU⁵⁰.

Al margen del supuesto del artículo 116.2 TRLGDCU (instalación del producto por el vendedor), M. J. Marín López entiende que si «el empresario asume una obligación de contenido mixto: entre-

también al suministro de bienes que hayan de fabricarse o producirse./ 3. El presente capítulo no se aplicará a las piezas de recambio sustituidas por el comerciante para subsanar la falta de conformidad de los bienes mediante una reparación en virtud del artículo 26». Artículo 24.5 de la Propuesta de Directiva 2008: «Conformidad con el contrato/ (...) / 5. Toda falta de conformidad que resulte de una incorrecta instalación de los bienes se considerará falta de conformidad de los bienes si su instalación forma parte del contrato de venta y los bienes fueron instalados por el comerciante o bajo su responsabilidad. Esta disposición también se aplicará cuando se trate de bienes cuya instalación esté previsto que sea realizada por el consumidor, sea éste quien los instale y la instalación incorrecta se deba a un error en las instrucciones de instalación». El artículo 26 de la Propuesta de Directiva de 2008 trataba de la *Subsanación de la falta de conformidad*.

⁴⁹ CAFFARENA LAPPORTA: «Piénsese en los casos en que el vendedor asume la prestación de un servicio postventa, un deber de asistencia técnica, la instalación del material entregado, la formación de un grupo de técnicos del adquirente, etc.» [«Comentario del artículo 3 CISG» (1998) p. 70; *vid.* hasta p. 71]. HONNOLD pone el siguiente ejemplo al que se le aplicaría la CISG: «Ejemplo 3C. En un contrato internacional suministrador acuerda la entrega e instalación de maquinaria manufacturadora en la factoría del comprador y también enviar técnicos para controlar el funcionamiento de la maquinaria por el periodo de un año. El valor de la maquinaria es de 1.000.000 de dólares y el valor de la prestación de los técnicos es de 200.000 dólares» (núm. 60 p. 115); no sería aplicable la CISG «si el contrato exigiese unos servicios por un valor que excediera del 1.000.000 de dólares» (núm. 60 p. 115); el autor indica que el artículo 3.2 CISG «se aplica sólo cuando las partes incluyen tanto mercaderías como servicios en un único contrato. Debemos aceptar que existen relaciones significativas entre los dos aspectos del contrato; si éste no fuera el caso, el acuerdo debe ser tratado como dos contratos diferentes y la Convención se aplicaría solamente al contrato referente a las mercaderías. Dada la relación entre el suministro de mercaderías y los servicios, sería importante para aplicar un conjunto único de reglas a la totalidad del contrato. Cuando surja una controversia, los problemas más complicados, no regulados en el contrato, estarían probablemente en relación con los derechos y acciones en caso de incumplimiento –particularmente la cuestión de si el incumplimiento justifica la resolución de la totalidad del contrato–. Un tratamiento único de este tipo de problemas es esencial. Muchas de las disposiciones de la Convención conciernen al aspecto físico de las mercaderías –transporte, daños, destrucción, deterioro–. La prestación de servicios no genera estos problemas, pero la irrelevancia de estas disposiciones de la Convención no deberían presentar dificultades. Y un tratamiento general de la Convención en lo relativo a la interpretación y al cumplimiento del contrato sería necesario para la transacción entera. (...)» [núm. 60 pp. 115-116; las citas de «Comentario del artículo 3 CISG» (1987 de la trad. esp.); la cursiva de este último párrafo es nuestra].

⁵⁰ Limitándose sus consideraciones a los servicios, *vid.* TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 115 TRLGDCU» (2011) pp. 1069-1070.

gar un bien y prestar un servicio»⁵¹ y el bien resulta no conforme, el empresario responde bajo el régimen jurídico de los artículos 114 y ss.⁵² El citado autor afirma que ello es así, incluso si los *servicios* que el empresario vaya a prestar son de *mayor importancia* (sea económica, o por la trascendencia que las partes le hayan dado) que el *bien* que vaya a entregar⁵³. Esto tiene «una única excepción: que la prestación de hacer desempeñe un rol absolutamente preponderante en comparación con la prestación de dar (entrega), pues el objeto del contrato es, fundamentalmente, la prestación de un servicio»⁵⁴.

Sobre *el contrato de reparación* de un bien (prestación de hacer), en cuya ejecución se utiliza(n) una o algunas piezas, resultando ésta o éstas no conformes, algunos de nuestros autores se han pronunciado sobre si procede, o no, la aplicación de los artículos 114 y ss. TRLGDCU.

Girando su exposición en torno a los talleres de reparación de vehículos, M. J. Marín López expone distintos casos y señala, entre otras cosas, que si el instalador se procura por su cuenta el bien que va a instalar, responderá de las faltas de conformidad que tenga dicho bien. Pero «[I]a situación puede ser diferente cuando durante la prestación de unos servicios de reparación el profesional procede a cambiar una pieza del bien (por ejemplo, una biela o el filtro del aire del vehículo), por considerarlos desgastados o averiados. ¿Responde de la falta de conformidad que presenta la pieza que él introduce? Creo que la respuesta debe ser positiva, con la excepción citada en el párrafo anterior»⁵⁵ (que es la excepción indicada al final del segundo párrafo que antecede a éste).

Por su parte, Martín Aresti entiende que si la pericia del profesional es el elemento fundamental del contrato, siendo elemento secundario para el consumidor que, quien repare, aporte los materiales, los artículos 114 y ss. TRLGDCU no se aplican. «Esta situación puede corresponderse, en principio, con los contratos de mantenimiento de vehículos, o de reparación de electrodomésticos, en

⁵¹ M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 115 TRLGDCU» (2009) p. 1425. En la nota 49 de p. 1425 indica estos ejemplos: «(...), academia de informática que, además de impartir clases de informática, entrega a sus alumnos un ordenador en propiedad; academia de inglés que se obliga a prestar el servicio de enseñanza y a entregar determinado material (libros de texto, casetes, CDs, etc.); empresa de seguridad que vende el kit de alarma y presta servicios de mantenimiento y seguridad».

⁵² M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 115 TRLGDCU» (2009) p. 1425.

⁵³ M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 115 TRLGDCU» (2009) p. 1425.

⁵⁴ M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 115 TRLGDCU» (2009) p. 1425; a continuación indica: «Ésta es una cuestión que habrá de resolverse caso a caso». Con anterioridad y para la Directiva 1999/44/CE, *vid.* M. J. MARÍN LÓPEZ (2004) tomo I, pp. 66-67.

⁵⁵ M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 115 TRLGDCU» (2009) p. 1426, pero *vid.* desde p. 1425.

los que el consumidor, además de la responsabilidad propia del prestador del servicio de reparación, cuenta con la garantía que legalmente debe otorgarse en relación con el estado de las piezas y repuestos utilizados»⁵⁶. En cambio, si la mano de obra tiene «una trascendencia puramente instrumental y de importancia secundaria respecto de la finalidad perseguida por el consumidor (...), los arts. 114 a 124 TRLGDCU resultarán de aplicación a las piezas, componentes, o repuestos empleados»⁵⁷.

Expuesta la problemática que surge cuando hay venta y prestación de servicios sobre el bien y las soluciones apuntadas por algunos de nuestros autores, voy a referirme a continuación al tratamiento del contrato mixto en nuestro Derecho, en el DCFR y en el CESL.

– Algunas ideas sobre el contrato mixto en nuestro Derecho

A) Según Juan Bautista Jordano (1951):

«[I]os contratos mixtos son aquellos que se cumplen fusionando o conjugando en un solo negocio prestaciones de dos o más negocios reconocidos por la ley, prestaciones en parte propias de uno o más negocios nominados y en parte nuevas, o bien prestaciones no pertenecientes a ningún tipo legal y diversas entre sí. Cuando todas o algunas de las prestaciones características de dos o más contratos se encuentran en relación de recíproca *coordinación*, tendremos un negocio mixto.

Hace falta, por tanto, que las prestaciones o elementos negociales combinados tengan ya, y conserven después de la fusión, la virtud informadora del *tipo* legal o social a que pertenecen, pues si a la prestación principal de un determinado negocio se añade otra prestación, más *subordinada* a la primera, no se estará frente a un verdadero negocio mixto, sino ante un negocio puro correspondiente a la prestación preponderante. En ese caso, la mezcla no tiene ninguna autonomía; se tratará, entonces, de un *simple* negocio nominado o innominado, según los casos»⁵⁸.

⁵⁶ MARTÍN ARESTI (2010) p. 49; en la nota 62 de la p. 49, la autora indica «[s]eguimos, en este punto, la respuesta a la consulta *CG/03/05*» (vid. nota 47 en p. 42).

⁵⁷ MARTÍN ARESTI (2010) p. 49; vid. hasta p. 50.

⁵⁸ JORDANO, *ADC* (1951) pp. 328-329. En p. 330 afirma: «En cualquiera de los casos, las prestaciones o elementos correspondientes a varios moldes contractuales se conjugan o agremian entre sí en orden a la realización de una función práctica *unitaria*. El contrato mixto es, pues, un solo contrato y no se identifica con la unión o pluralidad de contratos, (...)» (vid. además el núm. 5 en p. 330). Y en p. 335: «Como dijimos, de los contratos mixtos debe distinguirse la unión o pluralidad de contratos. En ésta, los contratos conservan su autonomía: se acumulan o yuxtaponen, no se funden o mezclan. Dentro de la amplia categoría de la unión de contratos cabe separar dos grandes grupos: / A) La unión meramente formal, externa o aparente, que resulta del hecho fortuito de haberse concluido los contratos en la misma ocasión, constanding, por ejemplo, en el mismo documento. Este tipo de unión está desprovisto de valor dogmático, pues en nada afecta a la individualidad y régimen de los respectivos contratos: cada uno de ellos debe seguir exclusivamente su disciplina peculiar. / B) La conexión o ligamen de contratos (negocios coligados), que también supone la unión de contratos distintos, pero queridos globalmente por las partes como

B) Sobre el régimen jurídico aplicable al contrato mixto, Jordano señala:

«A este propósito, en la doctrina se debaten (...) las tres conocidas teorías de la absorción (...), de la aplicación analógica (...) y de la combinación (...), no faltando tampoco quienes postulen un cómodo eclecticismo.

Según la primera, lo decisivo para individualizar las normas aplicables al contrato mixto es el elemento preponderante: su disciplina vendría dada por las normas que regulan el elemento que imprime carácter a todo el contrato. Para la segunda teoría, los contratos mixtos se deben equiparar a los contratos innominados puros, sujetándolos, por ende, a la disciplina propia de los mismos: aplicación directa de las disposiciones generales sobre los contratos, aplicación analógica de las disposiciones especiales relativas al contrato nominado que más se asemeje al contrato a disciplinar y, como recurso último, la analogía *iuris*. Para la tercera teoría, la disciplina jurídica del contrato mixto es la resultante de la combinación de las normas establecidas para cada uno de los negocios concurrentes y fusionados entre sí. Por último, la posición ecléctica se reduce a aplicar las diferentes teorías, según los casos.

A nuestro modo de ver es preferible adoptar la teoría de la combinación. (...)» (la cursiva es nuestra)⁵⁹.

– El contrato mixto en el DCFR

A) El artículo II.-1:107 DCFR se ocupa con carácter general del *contrato mixto*.

Según su apartado (1), el contrato mixto es aquél cuyas partes encajan en dos o en más de las categorías contractuales específicamente reguladas por el DCFR o, aquel contrato en el que una de sus partes encaja en algunas de las categorías contractuales reguladas por el DCFR y la otra parte en la categoría de contratos regulados solamente por las reglas aplicables a los contratos en general. Definido el contrato mixto, el apartado (2) del citado precepto dispone la regla general de que, salvo que sea contrario a la naturaleza

un todo, bien en relación de mutua dependencia (contratos recíprocos), de subordinación (contratos subordinados) o de alternancia (contratos alternativos), que presenta mayor relieve teórico y práctico, pero en cuyo estudio no nos detenemos por ser un tema ajeno a la *quaestio iuris* planteada al Supremo en esta ocasión».

⁵⁹ JORDANO, ADC (1951) pp. 330-331. Y en p. 332 el autor indica: «Concluyendo pues, el contrato mixto, como negocio constituido por la combinación de diversos elementos o formas negociales típicas y atípicas ya conocidas, tiene una unívoca disciplina peculiar que consiste en la combinación de las normas legales o extralegales pertinentes a los varios moldes que, fundidos, componen el contrato. Claro es que el juez o el intérprete deben, ante todo, acudir a la autorregulación de los intereses libremente escogida por las partes (arg. art. 1255 Cc), y sólo en su defecto o falta podrán recurrir al método de la combinación. Únicamente nos resta advertir que con él no queremos significar una combinación meramente mecánica, sino, más bien, la combinación hecha con criterio orgánico, “mirando a la unidad del fin económico”, para repetir palabras del Supremo, porque –conviene tenerlo muy en cuenta– el contrato mixto es *síntesis* y no *suma* de diversos elementos negociales» (la cursiva es del autor).

y al propósito del contrato, las reglas aplicables *a cada una* de las relevantes categorías contractuales implicadas *se aplican, con las adecuadas adaptaciones, a la correspondiente* parte del contrato y a los derechos y obligaciones que de la misma surjan.⁶⁰

En los *Comments* del artículo II.-1:107 DCFR se señala, junto con otras consideraciones, que el problema del contrato mixto no siempre puede evitarse diciéndose que hay dos o más contratos. Puede haber efectivamente dos o más contratos y el caso no será uno de contrato mixto.⁶¹ Se indica que frecuentemente será un problema de oportunidad determinar si hay uno o dos contratos, lo cual sugiere que, como resultado práctico, sea preferible no diferenciar en función de que las partes hayan concluido uno o dos contratos. Esta es una de las razones de adoptar la regla del artículo II.-1:107 DCFR. La otra razón es que toda solución alternativa parece inaceptable, pues, aplicar *solo* un conjunto de reglas especiales, dejaría que la otra parte del contrato no se regulase por las reglas que le han sido especialmente creadas. Y aplicar sólo las reglas generales de los Libros I, II y III del DCFR recibiría la misma objeción anterior, ahora para ambas partes del contrato. Además, la creación de unas posibles reglas para todo tipo de contrato mixto sería algo impracticable. Por ello, *el artículo II.-1:107 DCFR opta por la solución que supone aplicar el relevante conjunto de reglas, a la relevante parte del contrato mixto.*⁶²

En el mismo *Comments* del artículo II.-1:107 DCFR también se lee, que el apartado (2) del artículo se refiere a casos en los que dos materias, que podrían regularse en distintos contratos, sin embargo las partes han elegido tratarlas en uno. A continuación se indican varios casos, de los que solo doy cuenta de aquellos que pueden interesarnos a propósito de la definición que de la compraventa realiza la Directiva 2011/83/UE. Por ejemplo, el contrato que obliga a una de las partes a vender una máquina y a proporcionar un curso de formación sobre cómo usarla: las reglas de la compraventa se aplican a la parte de venta, las del contrato de servicios a la parte sobre formación para su uso.⁶³ Otro importante tipo de contrato mixto que frecuentemente encaja en el artícu-

⁶⁰ Artículo II.-1:107 DCFR: «Mixed contracts/ (1) For the purposes of this Article a mixed contract is a contract which contains:/ (a) parts falling within two or more of categories of contracts regulated specifically in these rules; or/ (b) a part falling within one such category and another part falling within the category of contracts governed only by the rules applicable to contracts generally./ (2) Where a contract is a mixed contract then, unless this is contrary to the nature and purpose of the contract, the rules applicable to each relevant category apply, with any appropriate adaptations, to the corresponding part of the contract and the rights and obligations arising from it./ (...)».

En los *Comments* del artículo II.-1:107 DCFR se explica el supuesto del artículo II.-1:107 DCFR: «Paragraph (1) (b) is not meant to deal with a contract which is partly governed by special rules and partly by the general rules. A pure contract for the sale of goods would then be governed by the rules on mixed contracts. This is not what is intended and not what is said. The provision is, as its wording indicates, intended to deal with contracts which contain a part falling with one category and *another* part falling only within the general rules – e.g. a contract for (a) the sale of a horse and (b) the granting of permission to keep it on a certain plot of land» [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 155].

⁶¹ VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 155.

⁶² VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 155.

⁶³ VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 156.

lo II.-1:107 (2) DCFR es el de venta y «processing»⁶⁴; el taller acuerda vender e instalar el neumático o el tubo de escape; un empresario pacta la reparación de una máquina y la venta al cliente (de acuerdo con una lista de precios) de cualquier elemento necesario para la reparación⁶⁵. La ventaja de la regla general del DCFR para los contratos mixtos es que, con ella, se alcanza la misma solución tanto si las partes celebran un contrato, como si celebran dos⁶⁶.

Además de la expuesta regla general, el artículo II.-1:107 DCFR dispone otra regla especial para los contratos mixtos. Según su apartado (3), la regla general del apartado (2) no se aplica, *si hay una norma* que dispone que el contrato mixto ha de ser considerado *principalmente* («primarily») en una categoría contractual [letra (a)]; *tampoco se aplica la regla general*, si, no encajando el caso en la anterior regla especial, una parte del contrato mixto es *de hecho tan predominante* que sería irrazonable no considerar que el contrato encaja *principalmente* en una categoría contractual [letra (b)]. Para estos dos casos del apartado (3), el artículo II.-1:107 (4) DCFR ordena que las reglas de la categoría contractual principal –la de la categoría primaria– se apliquen al contrato y a los derechos y obligaciones que de él nacen. No obstante, *las reglas aplicables*, a cualquiera de los elementos del contrato que encajen en *la otra categoría contractual*, se aplican, con las adecuadas adaptaciones, *en la medida en que sea preciso* para regular dichos otros elementos, *y con tal de que esas reglas no entren en conflicto* con las reglas aplicables a la categoría contractual principal.⁶⁷

En relación con el artículo II.-1:107 (3) (a) DCFR –cuando *por ley* («rule») se indica que un contrato mixto debe considerarse principalmente en una categoría contractual– en los *Comments* se menciona un ejemplo de particular interés para nosotros por ubicarse en el Libro IV.A del DCFR, Libro en el que se regula la

⁶⁴ Artículo IV.C.-4:101: «Scope/ (1) This Chapter applies to contracts under which one party, the processor, undertakes to perform a service on an existing movable or incorporeal thing or to an immovable structure for another party, the client. It does not, however, apply to construction work on an existing building or other immovable structure./ (2) This Chapter applies in particular to contracts under which the processor undertakes to repair, maintain or clean an existing movable or incorporeal thing or immovable structure». Vid. en el Anexo del DFCR la definición de Processing, contract for.

⁶⁵ VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 156.

⁶⁶ VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 156. «The words “unless this is contrary to the nature and purpose of the contract” [vid. *supra* nota 60] are inserted to cover cases where although the contract contains elements of specific types of contracts it is clearly designed to be governed only by the general rules or only, perhaps, by a special set of standard terms» (*op. cit.*, p. 156).

⁶⁷ Artículo II.-1:107 DCFR: «Mixed contracts/ (...) / (3) Paragraph (2) does not apply where: / (a) a rule provides that a mixed contract is to be regarded as falling primarily within one category; or / (b) in a case not covered by the preceding sub-paragraph, one part of a mixed contract is in fact so predominant that it would be unreasonable not to regard the contract as falling primarily within one category./ (4) In cases covered by paragraph (3) the rules applicable to the category into which the contract primarily falls (the primary category) apply to the contract and the rights and obligations arising from it. However, rules applicable to any elements of the contract falling within another category apply with any appropriate adaptations so far as is necessary to regulate those elements and provided that they do not conflict with the rules applicable to the primary category./ (...)». Vid. VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 157, *Comments* del artículo II.-1:107 DCFR.

compraventa y, ejemplo en el que hay elementos de prestación de servicios. En el *Comments* se informa de que en el Libro IV.A del DCFR hay una norma *para el contrato por el cual se fabricarán bienes para transferir su propiedad a quien los ordenó, a cambio de un precio, norma que dispone su consideración principalmente como contrato de compraventa*. Esta indicación se justifica en que la finalidad de la construcción del bien es la de su venta. La construcción es el medio para llegar al fin. El principal interés de la parte que ordena la construcción del bien es obtener un bien conforme con el contrato.⁶⁸

El aludido artículo (o regla) –cuyo número no se menciona en los *Comments* del artículo II.-1:107 DCFR– es el artículo IV.A.-1:102 DCFR (*Goods to be manufactured or produced*)⁶⁹. En el *Comment B* de este último precepto, se nos recuerdan las reglas general y especial de los contratos mixtos del artículo II.-1:107 DCFR. En la regla especial del artículo II.-1:107 (3) (a) DCFR es en dónde encaja el supuesto de hecho del artículo IV.A.-1:102 DCFR⁷⁰.

⁶⁸ VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 156.

⁶⁹ Artículo IV.A.-1:102 DCFR: «Goods to be manufactured or produced/A contract under which one party undertakes, for a price, to manufacture or produce goods for the other party and to transfer their ownership to the other party is to be considered as primarily a contract for the sale of the goods».

⁷⁰ En el *Comment B* del artículo IV.A.-1:102 DCFR se hace referencia, como ejemplo que encaja en la regla *general* del artículo II.-1:107 (2) DCFR, al contrato en el que se prevé la venta de una maquinaria y la prestación del servicio de postventa de su mantenimiento durante unos años. En este contrato, la parte que se corresponde con la venta se regula por las reglas de la compraventa de la Parte A del Libro IV del DCFR y, la parte correspondiente al servicio de mantenimiento se regula por las reglas que regulan los contratos de servicios del Libro IV del DCFR. Tras esto, en el *Comment B* del artículo IV.A.-1:102 DCFR se trata la regla *especial* de los contratos mixtos en la que, como hemos indicado en el texto, encaja el artículo IV.A.-1:102 DCFR. Tras ello se indica: «What this means in the present context [esto es, sobre que la calificación del contrato del artículo IV.A.-1:102 DCFR sea principalmente la de un contrato de compraventa] is that in a case where the service element in a contract for the manufacture and sale of goods is pronounced –for example, where a prototype or unique item is being constructed under the active direction of the party ordering it– the rules of Part IV.C on Services could be applied with any appropriate adaptations to the services part of the contract. This is necessary, or at least highly desirable, because in some such contracts the service part may last for years and involve any difficulties. This is every reason to apply the normal services rules to the solution of such difficulties in the absence of provision in the contract itself. In any case of conflict, however, the sales rules would prevail. Conflict is likely only at the end of the process when the rules on conformity might differ slightly. It is reasonable to allow the sales rules to prevail at this stage because ultimately what the party wants is to get conforming goods just as in any other case of sale». *Vid.* VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, pp. 1221-1222, *Comment B* del artículo IV.A.-1:102 DCFR. *Vid.* también *Comment D* del artículo IV.C.-3:104 (Conformity) DCFR, *op. cit.*, p. 1720, y *Comment D* del artículo IV.C.-6:101 (Scope) DCFR, *op. cit.*, pp. 1850-1851; asimismo *Comment A* del artículo IV.C.-6:101 (Scope), *op. cit.*, pp. 1848-1849.

Por otro lado, el artículo II.-1:107 DCFR dispone una última regla: «Mixed contracts/ (...) (5) Nothing in this Article prevents the application of any mandatory rules». En aplicación de esta norma, en el *Comment B* del artículo IV.A.-1:102 DCFR se advierte que todas las normas imperativas de protección de los consumidores de esta Parte (lo que puede entenderse referido a la compraventa), se aplicarán no obstante la naturaleza del contrato mixto. Esto es algo fundamental porque, en otro caso, sería muy fácil escapar de la aplicación de esas normas protectoras, calificando el contrato como de venta con algún elemento más [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1222].

B) En contraste con lo que se acaba de exponer, en el DCFR hay un caso de venta y prestación de servicios *considerado directamente como compraventa*.

Para la compraventa de consumo, el artículo IV.A.-2:304 (a) DCFR dispone que cualquier falta de conformidad resultado de una incorrecta instalación del bien se considera que es falta de conformidad si el bien lo instaló el vendedor o ello fue bajo su responsabilidad⁷¹. Este artículo del DCFR recoge el artículo 2.5 de la Directiva 1999/44/CE⁷².

En el *Comment B* del artículo IV.A.-2:304 DCFR se indica que las partes pueden acordar que el vendedor instalará los bienes. Estas ventas contienen un elemento de prestación de servicios (la realización de la instalación prometida). *En lugar de dividir el contrato en una parte de venta y la otra en una de prestación de servicios*, el artículo IV.A.-2:304 DCFR califica la falta de conformidad, resultado de una incorrecta instalación, como falta de conformidad *de los bienes*.⁷³

– El servicio relacionado y el prestador del servicio en la Propuesta de Reglamento. El contrato mixto en el CESL

A) Anteriormente se transcribió la definición que de la compraventa dispone el artículo 2 (k) de la Propuesta de Reglamento. Tratando del contrato mixto de venta y prestación de servicios, es oportuno conocer ahora estas otras definiciones. En virtud del artículo 2 de la Propuesta de Reglamento⁷⁴:

«Definiciones

A efectos del presente Reglamento, se entenderá por:

(...).

(m) “servicios relacionados”: cualesquiera servicios relacionados *con bienes o contenidos digitales, como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento, prestados por el vendedor de los bienes o el proveedor de los contenidos digitales en virtud del contrato de compraventa, el contrato de suministro de contenidos digitales o un contrato de servicios relacionados separado celebrado en el mismo momento que el contra-*

⁷¹ Artículo IV.A.- 2:304 DCFR: «Incorrect installation under a consumer contract for sale/ Where goods supplied under a consumer contract for sale are incorrectly installed, any lack of conformity resulting from the incorrect installation is regarded as a lack of conformity of the goods if: (a) the goods were installed by the seller or under the seller's responsibility; or/ (b) the goods were intended to be installed by the consumer and the incorrect installation was due a shortcoming in the installations instructions».

⁷² *Vid. supra* nota 44.

⁷³ VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1298. En dicho *Comment B* continúa indicándose: «If the goods do not conform to the contract after the installation, it does no matter whether they were initially unfit or whether something went wrong during the installation» (*op. cit.*, p. 1298). Pero *vid. Comments D y F* del artículo N.C.-4: 101, Scope, *op. cit.*, pp. 1755-1756.

⁷⁴ Según WENDEHORST: «The rule in letter m is not a definition of ‘related service’, but a *rule on scope*» [la cursiva es negrita en el original; «Comentario del artículo 2 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 26, p. 22; *vid.* «Comentario del artículo 5 de la Propuesta de Reglamento», *op. cit.*, núm. 2, p. 41].

to de compraventa de los bienes o el contrato de suministro de los contenidos digitales; con exclusión de:

- i) los servicios de transporte,
- ii) los servicios de formación,
- iii) los servicios de apoyo a las telecomunicaciones; y
- iv) los servicios financieros;

(n) “prestador de servicios”: un vendedor de bienes o proveedor de contenidos digitales que se compromete a prestar a un cliente servicios relacionados con esos bienes o esos contenidos digitales;» (la cursiva es nuestra).⁷⁵

A.1) La definición de servicio relacionado de la Propuesta de Reglamento incluye *dos hipótesis*: en una, el servicio relacionado forma parte del contrato de compraventa (hay un único contrato); en la otra hipótesis, el servicio relacionado se inserta en un contrato distinto del de compraventa (hay dos contratos). En ambas hipótesis es preciso que el vendedor sea quien se obliga a prestar el servicio. En la definición de servicio relacionado de la Propuesta de Reglamento se indican unos servicios a modo de ejemplo («como la instalación, el mantenimiento, la reparación o cualquier otro tratamiento»).

Wendehorst afirma que, en términos generales, el servicio debe hacer algo con el bien o, al menos debe facilitar o mejorar su uso al comprador. El citado autor también señala que los ejemplos del artículo 2 (m) de la Propuesta de Reglamento muestran que el contrato de servicios puede ser uno de larga duración, con duración de algunos meses e incluso años.⁷⁶

De la definición de servicios relacionados de la Propuesta de Reglamento se excluyen los servicios de transporte, de formación⁷⁷, de apoyo a las telecomunicaciones y, financieros.

⁷⁵ WENDEHORST critica la distinción del CESL entre venta de bienes y suministro de contenido digital: «Another problem is that there is insufficient justification for *differentiating between sale of goods and supply of digital content* and not subsuming the latter under the concept of “sale”. As the distinction is made throughout most of the rules in the CESL (P), but no so for the purpose of Part IV (cf art 91 CELS [P]) it increases the complexity of the instrument. Furthermore, the language is not consistent, as “consumer sales contract” sometimes seems to include contracts for the supply of digital content (eg in art 101 CELS [P]), and sometimes not (eg in art 94[1][a] CÉS L [P]). Probably, one reason why the “supply” of digital content was not simply treated as “sale” of digital content is that it does not imply transfer of ownership. But the notion of “sale” does not necessarily include transfer of ownership in general legal language, as is illustrated by the sale of shares etc. It is therefore perfectly possible to speak of the “sale” of digital content, and it would illustrate much better what the CESL (P) is really about, in particular that it is not about services provided by digital means» [«Comentario del artículo 5 CESL» (2012) núm. 38, p. 48, la cursiva es negra en el original].

⁷⁶ WENDEHORST, «Comentario del artículo 5 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 26, p. 46.

⁷⁷ WENDEHORST: «Provision of *training services* certainly means more than provision of an instruction manual. Generally speaking, the provision of written material, or of digital content explaining the use of goods or other digital content, should not be subsumed under “training services”. Rather, there must be a *personal element*, in particular that the seller or an employee personally and individually provides the buyer with instructions which are designed to enable him to (better) use the goods or digital content. Still, even

En los Considerandos (19) y (20) de la Propuesta de Reglamento se destaca, entre otras cosas, que la prestación de los servicios la realiza el vendedor y que se trata de servicios directa y estrechamente relacionados con el bien⁷⁸.

B) Conocidas las definiciones de compraventa, servicios relacionados y prestador de servicios de la Propuesta de Reglamento, voy a referirme a la regulación que del contrato mixto se lleva a cabo en el artículo 9.1 CESL⁷⁹. Este dispone:

«Contratos mixtos

1. Cuando un contrato establezca tanto la venta de bienes o el suministro de contenidos digitales como la prestación de servicios relacionados, se aplicarán las normas de la parte IV [«Obligaciones y remedios de las partes en un contrato de compraventa o en un contrato de suministro de contenidos digitales» (arts. 87 ss.)] a las obligaciones y a los remedios de las partes en su condición de comprador y vendedor de bienes o contenidos digitales, y las normas de la parte V [«Obligaciones y remedios de las partes en los contratos de servicios relacionados» (arts. 147 ss.)] a las obligaciones y los remedios de las partes en su condición de prestador de servicios y cliente./ (...)» (la cursiva es nuestra).

B.1) Schulte-Nölke señala que el artículo 9.1 CESL tiene su antecedente en el artículo II.-1:107 DCFR –el primero es similar al apartado (2) del segundo– si bien el artículo II.-1:107 DCFR es más complejo, pues el DCFR regula tipos contractuales cuya naturaleza es mucho más variada (amplia, extensa) que los tipos contractuales que regula el CESL⁸⁰. El citado autor señala que el artículo 9.1 CESL sólo se aplica si hay un único contrato mixto de venta y pres-

with this restriction, the exception poses some problems. It is unclear whether the drafters really wanted to exclude that the seller of a new heating system, after its installation at the customer's home, invests half an hour to explain the heating system to the customer and to give instructions on how to use it. Also, services hotlines provided by many sellers of, for example, furniture to be assembled by the buyer himself, might fall under "training"» [«Comentario del artículo 5 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 29 p. 47].

⁷⁸ Propuesta de Reglamento, Considerandos: «(19) Con vistas a maximizar el valor añadido de la normativa común de compraventa europea, conviene que su ámbito de aplicación material incluya asimismo determinados servicios prestados por el vendedor que están directa y estrechamente relacionados con los bienes o contenidos digitales específicos suministrados sobre la base de dicha normativa y que, en la práctica, suelen combinarse en el mismo contrato o en un contrato vinculado celebrado al mismo tiempo, como, por ejemplo, servicios de reparación, mantenimiento o instalación de los bienes o los contenidos digitales./ (20) La normativa común de compraventa europea no debe regular ningún contrato conexo en virtud del cual el comprador adquiere bienes de un tercero o este le presta un servicio. Ello no sería apropiado porque este tercero no es parte del acuerdo concluido entre las partes contratantes para utilizar las disposiciones de dicha normativa. Los contratos conexos celebrados con terceros deben regirse por la legislación nacional respectiva aplicable en virtud del Reglamento (CE) n.º 593/2008 y del Reglamento (CE) n.º 864/2007 o cualquier otra norma pertinente en materia de conflicto de leyes».

⁷⁹ Vid. SCHULTE-NÖLKE, «Comentario del artículo 9 CESL» (2012) núm. 5, p. 112.

⁸⁰ SCHULTE-NÖLKE, «Comentario del artículo 9 CESL» (2012) núm. 2, p. 111.

tación de servicios ⁸¹. En el artículo 9.1 CESL falta una regla para el caso en el que una parte del contrato mixto sea tan predominante que sería irrazonable no mirar el contrato totalmente dentro de una categoría contractual ⁸².

C) Por último, voy a referirme al artículo 101 CESL, el cual ordena:

«Instalación incorrecta en una compraventa de bienes de consumo

1. Cuando en un contrato de compraventa de bienes de consumo los bienes o los contenidos digitales hayan sido *instalados incorrectamente*, cualquier falta de conformidad derivada de dicha instalación incorrecta *será considerada como falta de conformidad de los bienes* o los contenidos digitales si:

(a) los bienes o los contenidos digitales fueron instalados *por el vendedor o bajo su responsabilidad*; o

(...)» (cfr. art. 99.2 CESL ⁸³; *vid.* art. 105, 3 y 5, CESL; la cursiva es nuestra).

C.1) Zoll indica que la *situación típica* a la que se aplica el artículo 101 CESL, junto con las normas de los servicios relacionados (del Capítulo 15 CESL), es la del *contrato mixto* de venta e instalación. Señalado eso, Zoll entiende que el artículo 101 CESL también se aplica si las partes pactan el contrato de instalación *después* de haber celebrado el de compraventa ⁸⁴. E incluso si el contrato para instalar los bienes no se celebra bajo el CESL, la incorrecta instalación de los bienes que no cumplan con las exigencias del CESL se valorará como que los bienes no son conformes con el contrato en el sentido del CESL ⁸⁵.

En cambio –continúa indicándonos Zoll– el artículo 101 CESL *no se aplica* a la reinstalación; esto es, a bienes instalados y utilizados por el comprador y en los que la reinstalación no tiene por causa el mal funcionamiento de los bienes en el momento relevante después de la conclusión del contrato de venta, sino que se instalan de nuevo ⁸⁶.

⁸¹ SCHULTE-NÖLKE, «Comentario del artículo 9 CESL» (2012) núm. 4 p. 111.

⁸² SCHULTE-NÖLKE, «Comentario del artículo 9 CESL» (2012) núm. 6 p. 112. El autor indica además que el artículo 9 (1) CESL es impreciso, pues también se aplica respecto a aquellos elementos de prestación de servicios que encajan en la Parte IV del CESL y no, en la Parte V del CESL. Esto sucede, en concreto, en el caso de *los servicios de transporte e instalación*, los cuales *sólo se regulan en la Parte IV del CESL*; para estos servicios, algunos artículos de la Parte V también deberían aplicárseles, como por ejemplo el artículo 154 CESL que recoge una regla sobre el acceso al establecimiento del comprador en horario razonable (*op. cit.* núm. 6, p. 112).

⁸³ Artículo 99 CESL: «Conformidad con el contrato/ (...) 2. Para estar en conformidad con el contrato, los bienes o los contenidos digitales deberán asimismo satisfacer los requisitos de los artículos 100, 101 y 102, salvo en la medida que las partes hayan acordado otra cosa».

⁸⁴ ZOLL, «Comentario del artículo 101 CESL» (2012) núm. 4, p. 477.

⁸⁵ ZOLL, «Comentario del artículo 101 CESL» (2012) núm. 5, p. 478; *vid.* núm. 6 p. 478.

⁸⁶ ZOLL, «Comentario del artículo 101 CESL» (2012) núm. 6, p. 478.

– La incidencia del contrato mixto en la Propuesta de Reglamento a efectos de determinar el ámbito de aplicación material del CESL

A) Aprovecho esta exposición sobre el contrato mixto y voy a hacer una breve referencia a los artículos 5 y 6 de la Propuesta de Reglamento, preceptos en los que se determinan los contratos a los que se aplica el CESL, así como cuando no se aplica el CESL⁸⁷.

Según el artículo 5 de la Propuesta de Reglamento:

«Contratos para los que se puede recurrir a la normativa común de compraventa europea

Se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea para regular:

- a) los contratos de compraventa;
- b) los contratos de suministro de contenidos digitales, independientemente de que se suministren o no en un soporte material, que puedan ser almacenados, tratados y reutilizados por el usuario, o a los que este pueda tener acceso, tanto si los contenidos digitales se suministran a cambio del pago de un precio como si no;
- c) los contratos de servicios relacionados, tanto si se había acordado un precio separado para esos servicios como si no»⁸⁸.

Por su parte, el artículo 6 de la Propuesta de Reglamento ordena:

«Exclusión de los contratos mixtos y de los contratos vinculados a un crédito al consumo

1. *No se podrá recurrir a la normativa común de compraventa europea [CESL] para regular los contratos mixtos que incluyan cualquier elemento que no sea la venta de bienes, el suministro de contenido digitales y la prestación de servicios relacionados a tenor del artículo 5.*

2. (...)» (la cursiva es nuestra).

A.1) Wendehorst señala que la razón de la exclusión que el artículo 6.1 de la Propuesta de Reglamento dispone, reside en que las reglas del CESL se han diseñado para adecuarse a los contratos que contempla el artículo 5 de la Propuesta de Reglamento y dichas reglas pueden no ser apropiadas para otros contratos o elementos

⁸⁷ Sobre el ámbito de aplicación de la Propuesta de Reglamento, *vid.*, por ejemplo, GÓMEZ POMAR/GILI SALDAÑA, *InDret* 1/2012, pp. 10-13; SAN MIGUEL PRADERA/PÉREZ GARCÍA, *ADC* (2012) pp. 1254-1257; ILLESCAS ORTIZ/PERALES VISCASILLAS, *Derecho de los Negocios* (2012) núm. 265-266, pp. 9-19; ESTEBAN DE LA ROSA/OLARIU, *InDret* 1/2013, pp. 14-26. En otro plano, sobre la oportunidad de un Derecho contractual *opcional*, *vid.* REDING, *InDret* 2/2011, pp. 3-6.

⁸⁸ Según WENDEHORST: «Art. 5 has to be read in conjunction with some of the definitions in art. 2, in particular the definition of “sales contract” in art. 2(k), of “digital content” in art. 2(j) and of “related service” in art. 2(m). These definitions, in turn, include positive criteria and exceptions» [«Comentario del artículo 5 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 2 p. 41; el autor explica cada uno de esos contratos en los núms. 3-36, pp. 41-48].

de un contrato⁸⁹. El autor destaca que, incluso un elemento menor («menor») del contrato, distinto de los contratos que indica el artículo 5 de la Propuesta de Reglamento conlleva la no disponibilidad del CESL. El claro tenor del artículo 6 de la Propuesta de Reglamento *no* deja espacio para interpretar el CESL en el sentido de que este esté *disponible, si sólo la parte preponderante de las obligaciones de las partes encajan en el artículo 5 de la Propuesta de Reglamento*.⁹⁰

7. LA NUEVA DEFINICIÓN DE COMPRAVENTA EN EL TRLGDCU. LA INCLUSIÓN Y EXCLUSIÓN DE CIERTOS CONTRATOS. EL CONCEPTO DE BIENES

[17] Teniendo presente todo lo hasta ahora expuesto en torno al artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE, a mi juicio, ha de incorporarse al TRLGDCU una definición de la compraventa *a los efectos del TRLGDCU*. En la definición ha de indicarse que el vendedor-comerciante *se obliga a transmitir la propiedad del producto al comprador-consumidor, a entregárselo y a que el producto sea conforme con el contrato, ello a cambio de un precio en dinero o signo que lo represente (obligación del comprador-consumidor)*.

Debe asimismo indicarse en la definición, que también hay compraventa cuando *el contrato celebrado incluya* que el vendedor-comerciante se obliga a realizar *una prestación de hacer relacionada con el producto vendido*. Para estos casos de contratos mixtos, sería oportuno que el legislador hiciera algún apunte sobre el régimen jurídico aplicable a la prestación de dar, propia de la compraventa y, sobre el régimen jurídico aplicable a la otra presta-

⁸⁹ WENDEHORST, «Comentario del artículo 6 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 2, p. 50.

⁹⁰ WENDEHORST, «Comentario del artículo 6 de la Propuesta de Reglamento» (2012) núm. 5, p. 51. El autor señala además que el artículo 6.1 de la Propuesta de Reglamento no impide que las partes puedan celebrar un contrato separado regido por el derecho nacional aplicable para el elemento contractual ajeno al artículo 5 de la Propuesta de Reglamento. Por ello, bajo el prisma del artículo 6.1 de la Propuesta de Reglamento, es esencial determinar si el elemento extraño se ha acordado dentro del mismo contrato o en un contrato diferente. (*Op. cit.* núm. 6, p. 51). Por otro lado, WENDEHORST critica el artículo 6.1 de la Propuesta de Reglamento, pues, al no estar disponible el CESL cuando el contrato contiene un elemento extraño a los del artículo 5 de la Propuesta de Reglamento, incluso siendo dicho elemento menor, contratar bajo el CESL genera a las partes incertidumbre y no resulta atractivo, pues éstas no pueden estar seguras de que un tribunal nacional detecte más tarde un elemento extraño y rehúse por ello la aplicación del CESL. En su opinión, hubiera sido preferible no haber excluido estos contratos mixtos del CESL y tratarlos como contratos vinculados; en el peor caso, el elemento extraño se gobernaría por el derecho nacional aplicable. (*Op. cit.* núm. 12, p. 52).

ción, a la prestación de hacer (a salvo lo dispuesto en el art. 116.2 TRLGDCU)⁹¹.

¿En dónde situar esta definición de la compraventa? Considero que sería oportuno situarla en el artículo 114 TRLGDCU. Si así se hiciera, la norma que ahora dispone aquél –la de que el vendedor tiene la obligación de entregar un producto conforme con el contrato, siendo la entrega el momento relevante para su apreciación– habría de desplazarse a otro precepto. A mi juicio, sería adecuado reubicar aquél en los artículos que desarrollan específicamente la obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato.

Y, ¿sería oportuno insertar en el TRLGDCU otro artículo en el que se enumerasen las obligaciones del vendedor?

El buen diseño de la regulación de un contrato parece apuntar a ello. El Código civil así lo hace (cfr. arts. 1461, 1474) y también lo hacen el DCFR (art. IV.A.-2:101, transcrito *supra* nota 17) y el CESL (art. 91)⁹². Ahora bien, en la definición que de la compraventa propongo para el TRLGDCU se recogen ya todas las obligaciones que el vendedor tiene y, volver a enumerarlas en otro artículo podría resultar innecesariamente repetitivo.

[18] Si la indicada definición de compraventa se ubica en el artículo 114 TRLGDCU, la misma se aplicará a la obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato –obligación que se regula ahora en los artículos 114 y ss. TRLGDCU– y, también se aplicará a la obligación del vendedor de entregar en plazo el producto al consumidor, obligación esta otra que el artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE regula y que a mi juicio, como adelanté (*supra* [3]) y como más adelante explicaré, ha de incorporarse al Título V del Libro II del TRLGDCU. Esto implica que haya de tenerse presente, al hacer la reforma, si las obligaciones de entregar en plazo el producto y de entregar un producto conforme con el contrato tienen el mismo ámbito de aplicación objetivo y contractual o, si entre ellas media una parcial no coincidencia de

⁹¹ En otro ámbito, en concreto para el derecho de desistimiento, en el Considerando (50) *in fine* de la Directiva 2011/83/UE se lee: «En el caso de contratos que tengan por objeto bienes y servicios, las normas previstas en la presente Directiva sobre la devolución de bienes deben aplicarse a los elementos relativos a los bienes y el régimen de compensación se aplicará a los elementos relativos a los servicios».

⁹² Artículo 91 CESL: «Principales obligaciones del vendedor/ El vendedor de bienes o el suministrador de contenidos digitales (en esta parte denominado “el vendedor”) deberá:/ a) entregar los bienes o suministrar los contenidos digitales;/ b) transmitir la propiedad de los bienes, incluido el soporte material utilizado para suministrar los contenidos digitales;/ c) garantizar que los bienes o los contenidos digitales son conformes con el contrato;/ d) garantizar que el comprador tenga derecho a utilizar los contenidos digitales con arreglo al contrato; y/ e) entregar cualquier documento representativo o relacionado con los bienes o los contenidos digitales, que exija el contrato».

campo aplicativo. Si sucede esto último, ello tendrá que advertirse de algún modo en relación con cada una de esas obligaciones del vendedor. Las consideraciones que siguen van en la línea de lo que acabo de advertir.

A) La regulación de la *falta de conformidad* del TRLGDCU, además de aplicarse a la compraventa, *se aplica* a «los contratos de suministro de productos que hayan de producirse o fabricarse» (contrato de obra; art. 115.1 TRLGDCU; derogado art. 2.II de la Ley 23/2003). Esa norma del TRLGDCU coordina con el artículo 1.4 de la Directiva 1999/44/CE: «[I]os contratos de suministro de bienes de consumo que hayan de fabricarse o producirse *también se consideran contratos de compraventa a efectos de la presente Directiva*». Como hemos visto, el DCFR contiene un específico artículo en el Libro dedicado a la regulación de la compraventa en el que se dispone que se considera *principalmente* contrato de venta de bienes, aquel contrato en el que una parte promete, a cambio de un precio, fabricar o producir bienes para la otra parte y transferir su propiedad (art. IV.A.- 1:102: *Goods to be manufactured or produced*; contrato mixto)⁹³. Hemos también visto, que en la definición de la compraventa del artículo 2 (k) de la Propuesta de Reglamento «se incluyen los contratos de suministro de bienes que se deban fabricar o producir» y cuya propiedad se transmite.

Frente a lo anterior, la definición de la compraventa del artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE (*supra* [6]) no incluye expresamente al contrato en el que, a cambio de un precio, una parte se obliga a fabricar o producir bienes y a transmitir su propiedad a la otra. Sin embargo, estos contratos pueden incluirse en esa definición de la Directiva 2011/83/UE. A diferencia de las definiciones de compraventa del DCFR y del CESL, que emplean los términos de *vendedor* y *comprador*, en la definición del art. 2.5 de la Directiva 2011/83/UE los términos utilizados son los de *comerciante* y *consumidor*, siendo *comerciante*, «toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe, incluso a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, *con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresa, oficio o profesión en relación con contratos regulados por la presente Directiva*» [art. 2.2) de la Directiva 2011/83/UE]⁹⁴ y *consumidor*, «toda perso-

⁹³ Además, en el DCFR, la regulación de la compraventa se aplica, *con las oportunas adaptaciones*, al contrato de permuta de bienes, en el que ambas partes prometen transmitir la propiedad de su respectivo bien a la otra [arts. IV.A.-1:101 (2) (e), Contracts covered; IV.A.-1:203: Contract for barter).

⁹⁴ *Vid.* Considerando (16) *in fine* de la Directiva 2011/83/UE. El artículo 1.2.c) de la Directiva 1999/44/CE dispone: «(...)/ “vendedor”: [es] cualquier persona física o jurídica que, mediante un contrato, vende bienes de consumo en el marco de su actividad profesional;». Según el derogado artículo 1.II de la Ley 23/2003: «(...)/ (...) son vendedores las personas físicas o jurídicas que, en el marco de su actividad profesional, venden bienes de consumo. (...)». El TRLGDCU, en cambio, no define al vendedor. En la Exposición de Motivos del TRLGDCU (III) se señala: «Se incorporan, asimismo, las definiciones de empresario, productor, producto y proveedor, al objeto de unificar la terminología utilizada en el texto. Las definiciones de empresario, productor y producto son las contenidas en las normas que se refunden. El concepto proveedor es el de cualquier empresario

na física que, en contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresa, oficio o profesión» [art. 2.1) de la Directiva 2011/83/UE]⁹⁵. *Quien se dedica a fabricar o producir bienes y transmite o se compromete a transmitir su propiedad a cambio de un precio, puede encajarse en la definición del artículo 2.5 de la Directiva 2011/83/UE*⁹⁶.

B) Según el artículo 115.2 TRGDCU (derogado art. 2.I de la Ley 23/2003), la regulación de la falta de conformidad del TRLGDCU *no* se aplica «a los productos adquiridos mediante venta judicial, al agua o al gas, cuando no estén envasados para la venta en volumen delimitado o en cantidades determinadas, y a la electricidad». Esta norma transpone *parte* del artículo 1.2.b) de la Directiva 1999/44/CE, en el que se define al «bien de consumo» como «cualquier bien mueble corpóreo» –la exigencia de que el bien sea corpóreo no se encuentra en los arts. 114 y ss. TRLGDCU–, salvo los «vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento», «el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en el volumen delimitado o en cantidades determinadas» y «la electricidad». Según el artículo 2.3) de la Directiva 2011/83/UE, son «bienes: todo bien mueble tangible, excepto los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento. El agua, el gas y la electricidad se considerarán “bienes” en el sentido de la presente Directiva cuando estén envasados para la venta en un volumen determinado o en cantidades determinadas;».⁹⁷ Como hemos visto, el

que suministra o distribuye productos en el mercado, distinguiéndose del vendedor, que, *aunque no se define*, por remisión a la legislación civil es quien interviene en un contrato de compraventa, en el caso de esta ley, actuando en el marco de su actividad empresarial» (la cursiva es nuestra). En relación con este texto de la Exposición de Motivos del TRLGDCU, CÁMARA LAPUENTE indica: «No ha de entenderse, por tanto que el término “vendedor” quede confinado a los arts. 114 y ss., sobre garantías en la venta de bienes de consumo, sino que también ha de considerársele un proveedor del art. 7 TR-LGDCU» [«Comentario del artículo 7 TRLGDCU» (2011) p. 198].

⁹⁵ Por otro lado, según el considerando (13) de la Directiva 2011/83/UE: «(...)». Por ejemplo, los Estados miembros podrán decidir extender la aplicación de lo dispuesto en la presente Directiva a las personas jurídicas o físicas que no sean “consumidores” en el sentido de la presente Directiva, como organizaciones no gubernamentales, empresas de reciente creación o pequeñas y medianas empresas. (...)»; *vid.* además Considerando (17) de la Directiva 2011/83/UE. El artículo 2.1) de la Propuesta de Directiva de 2008 recogía la misma definición de consumidor que la de la Directiva 2011/83/UE. Según el artículo 1.2.a) de la Directiva 1999/44/CE: «(...) “consumidor”: [es] toda persona física que, en los contratos a que se refiere la presente Directiva, actúa con fines que no entran en el marco de su actividad profesional; (...)».

⁹⁶ Además, en el Considerando (52), en el que se explica el contenido del artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE, artículo aplicable al contrato de venta (art. 17.1 de la Directiva 2011/83/UE) se indica: «La norma relativa a la demora en la entrega también debe tener en cuenta *los bienes que hayan de fabricarse* (...)» (la cursiva es nuestra).

⁹⁷ El artículo 2 de la Propuesta de Directiva de 2008 disponía: «Definiciones/ A efectos de la presente Directiva, se entenderá por:/(...)/ 4) “bienes”: todo artículo mueble corpóreo, excepto los siguientes:/ a) los bienes vendidos por la autoridad judicial tras un embargo u otro procedimiento,/ b) el agua y el gas cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas,/ c) la electricidad;/ (...)».

Como se ha indicado en el texto, la Directiva 2011/83/UE se refiere al bien mueble *tangible* y la Directiva 1999/44/CE al bien mueble *corpóreo*. En su incorporación de la Directiva 1999/44/CE, el artículo 1.II de la Ley 23/2003 dispuso: «(...)». Se consideran aquí

artículo 2.5) de la Directiva de la Directiva 2011/83/UE define la venta como todo contrato en el que el comerciante transfiere o se compromete a transferir al consumidor la propiedad «*de ciertos bienes*».

bienes de consumo los bienes muebles *corporales* destinados al consumo privado./ (...)». Para el TRLGDCU, hay que tener en cuenta, por un lado, que su artículo 6 dispone una definición de producto («*Concepto de producto*.- Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 136, a los efectos de esta norma, es producto todo bien mueble conforme a lo previsto en el artículo 335 del Código Civil); y por otro, que no se ha refundido, en dicho TRLGDCU, el artículo 1.II de la Ley 23/2003: esto es, en la regulación específica de la falta de conformidad del TRLGDCU (arts. 114 y ss.) no se requiere expresamente que el producto sea corporal. Sobre el artículo 6 TRLGDCU, CÁMARA LAPUENTE indica: «(...), cabe preguntarse por la función y virtualidad del art. 6 TR-LGDCU en vigor. La principal función es acuñar un término que excluye los bienes inmuebles y los servicios. Debe subrayarse que el art. 6 no supone la delimitación del ámbito objetivo del TR-LGDCU (...), que no viene propiamente establecido en precepto alguno, a diferencia de lo que ocurre con el ámbito subjetivo (arts. 2, 3 y 4 TR). Además de la función señalada, el nuevo concepto puede tener otras virtualidades: así, aparte de haber supuesto el cambio de “bienes de consumo” a “productos de consumo” en los arts. 114-125 TR-LGDCU (...); la supresión del término “corporales” (art. 2 LGVBC *versus* arts. 6, 114 y 115 TR-LGDCU) da pie a la inclusión de los bienes (muebles) incorporales, incluidos los bienes inmateriales, lo cual, en el futuro merecerá reflexión si la PDCC-2008 [se refiere a la Propuesta de Directiva de 2008], con su carácter de máximos, se mantiene (sólo admite que los bienes muebles objeto de garantía legal sean “tangibles”, como ya hacía la Directiva 1999/44, que era Directiva de mínimos). (...)» [«Comentario del artículo 6 TRLGDCU» (2011) p. 186]. Y a efectos de la reflexión que el autor apunta, ha de indicarse que, finalmente, Directiva 2011/83/UE es de armonización plena, salvo disposición en contrario de la propia Directiva (art. 4; *supra* [5]) y, que en la definición de bienes del artículo 2.3) de la Directiva 2011/83/UE se precisa que son «bien[es] mueble[s] tangible[s]». Sobre el *Derecho ahora vigente*, CÁMARA LAPUENTE indica: «Tras la promulgación del art. 6 TR-LGDCU, con la remisión al art. 335 CC y la supresión del rasgo de corporalidad en los arts. 114 y 115 TR (antiguos arts. 1 y 2 LGVBC) no parece tan claro que esa característica esté implícita en el concepto general de producto (...). De esta forma, por coherencia con la interpretación al uso de la doctrina y la jurisprudencia respecto del art. 335 CC, debe entenderse que el art. 6 TR-LGDCU comprende todos los bienes muebles, corporales e incorporales; y *en relación con los arts. 114 y ss. TR-LGDCU* (...) *se podría pensar en una de estas interpretaciones: o bien sólo se incluyen los bienes muebles corporales, por una interpretación conforme con la Directiva [1999/44/CE], o bien, de acuerdo con el nuevo concepto general de producto, que dichos preceptos no modifican en este punto, se ha ampliado con el Texto Refundido el ámbito de los arts. 114 y ss. también a los bienes muebles incorporales o bienes inmateriales –lo que acaso sea más acertado, habida cuenta del carácter de mínimos de la Directiva [1999/44/CE] y la extensión sin problemas a otros bienes realizada por otros países, como a los inmuebles en Portugal; sin perjuicio sobre las dudas de ese proceder desde el punto de vista de la delegación legislativa–.*» [la cursiva es nuestra; *op. cit.* p. 189; *vid.* también p. 193 en dónde el autor compara los arts. 6 y 114, 115 TRLGDCU; en p. 191 plantea la cuestión de si el hecho de que el art. 6 TRLGDCU *no* contenga la expresión de «productos de consumo» que contenía la Ley 23/2003 y que aparece en la rúbrica del Libro II, Título V, Capítulo 1, del TRLGDCU, «¿significa que también están comprendidos los bienes muebles de producción adquiridos por un empresario a otro empresario? Aunque habría argumentos para sostener una respuesta afirmativa, parece más fundado contestar negativamente, (...). Por tanto, para despejar cualquier duda, quizás fuera recomendable titular el art. 6 como “concepto de producto de consumo” (o añadir a “todo bien mueble” el atributo “de consumo”) o no añadir nada, dándolo por sobreentendido por efecto de los arts. 2 y 3, pero suprimiendo la coletilla “de consumo” de la rúbrica que antecede a los arts. 114 y ss.» (la cursiva es del autor); sobre la coordinación entre la definición de producto del art. 6 TRLGDCU y los inmuebles por incorporación, *op. cit.* pp. 190-191, de lo que damos cuenta *infra* en nota 196].

Por otro lado, hay diferencias entre la Directiva 2011/83/UE y la Directiva 1999/44/CE en lo que se refiere a la electricidad.

Por otro lado, hemos de tener presente al artículo 17 de la Directiva 2011/83/UE, el cual ordena el ámbito de aplicación de los artículos 18 a 22 de la Directiva 2011/83/UE (Capítulo V, *Otros derechos de los consumidores*) y cuyo apartado 1 dispone: «Los artículos 18 [obligación de entrega del vendedor-comerciante] y 20 [momento de la transmisión del riesgo de pérdida o deterioro del bien al comprador-consumidor] *se aplicarán a los contratos de venta*. Dichos artículos *no se aplicarán* a los contratos para el suministro de agua, gas o electricidad –cuando no estén envasados para la venta en un volumen delimitado o en cantidades determinadas–, de calefacción mediante sistemas urbanos o el suministro de contenido digital que no se proporcione en un soporte material»⁹⁸.

III. LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE ENTREGAR EL BIEN Y LA RESOLUCIÓN DE LA RELACIÓN CONTRACTUAL DE COMPRAVENTA POR SU INCUMPLIMIENTO. LOS OTROS REMEDIOS DEL CONSUMIDOR POR EL INCUMPLIMIENTO DE ESTA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR

[19] El extenso artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE se ocupa de todas esas materias y con su transposición, el modelo de la compraventa del TRLGDCU *irá progresivamente completándose*.

1. LA OBLIGACIÓN DE ENTREGA DEL VENDEDOR

[20] El artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE dispone:

«Entrega

1. *Salvo acuerdo en contrario de las partes sobre el plazo de entrega, el comerciante entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor sin ninguna*

⁹⁸ Vid. Considerando (19) de la Directiva 2011/83/UE. El artículo 17.1 de la Directiva 2011/83/UE excepciona lo dispuesto en el artículo 3.1 de la Directiva 2011/83/UE, el cual dispone: «La presente Directiva se aplicará, en las condiciones y en la medida fijadas en sus disposiciones, a los contratos celebrados entre un comerciante y un consumidor. Se aplicará igualmente a los contratos de suministro de agua, gas, electricidad y calefacción mediante sistema urbanos, incluso por parte de proveedores públicos, en la medida en que esas mercancías se suministren sobre una base contractual». Vid. el artículo 3.3 de la Directiva, que dispone una lista de contratos a los que no se aplica la Directiva 2011/83/UE. Según el artículo 17.2 de la Directiva 2011/83/UE: «Ámbito de aplicación/(...)/ 2. Los artículos 19 [Tasas por la utilización de medios de pago], 21 [Comunicaciones telefónicas], 22 [Pagos adicionales] se aplicarán a los contratos de venta o de servicios y a los contratos para el suministro de agua, gas, electricidad, calefacción mediante sistemas urbanos y contenido digital».

demora indebida y en un plazo máximo de 30 días a partir de la celebración del contrato»⁹⁹.

[21] En el Considerando (51) de la Directiva 2011/83/UE se señala que lo relacionado con la entrega de los bienes es una de las principales dificultades que tienen los compradores-consumidores con los vendedores-comerciantes y es una fuente de litigios. De ahí la necesidad de armonizar *cuándo* tiene que producirse la entrega. En cambio, el *lugar* de la entrega, sus (*concretas*) *modalidades* y el *sistema de transmisión de la propiedad* son materias que corresponden al legislador nacional y que la Directiva 2011/83/UE no armoniza. En dicho Considerando (51) también se nos indica que la Directiva 2011/83/UE contempla la posibilidad de que un *tercero* adquiera en nombre del consumidor la posesión o el control de los bienes y, se nos señalan unas ideas sobre *cuándo puede considerarse que el consumidor tiene tal control*. Las palabras del Considerando (51) de la Directiva 2011/83/UE a las que nos referíamos son las siguientes:

«Las principales dificultades que encuentran los consumidores y una de las principales fuentes de litigios con los comerciantes guardan relación con la entrega de bienes, en particular con la pérdida o deterioro de los bienes durante el transporte y las entregas tardías o incompletas. Por tanto, es preciso *aclarar y armonizar* las normas nacionales *sobre cuándo* debe producirse la entrega. El *lugar* y las *modalidades* de entrega así como las normas relativas a la *determinación de las condiciones para la transmisión de la propiedad de los bienes y el momento en que dicha transmisión se produce deben seguir sometidos a la legislación nacional* y, por consiguiente, no deben verse afectados por la presente Directiva. Las normas en materia de entrega establecidas en la presente Directiva deben contemplar la posibilidad de que *el consumidor permita que un tercero adquiera en su nombre* la posesión material o el control de los bienes. Debe considerarse que el consumidor *tiene el control de los bienes cuando él o un tercero indicado por el consumidor tiene acceso a ellos para utilizarlos como propietario, o posee la capacidad de revenderlos* (por ejemplo, cuando ha recibido las llaves o está en posesión de los documentos de propiedad)»¹⁰⁰.

⁹⁹ El artículo 22.1 de la Propuesta Directiva de 2008 disponía: «Entrega/ 1. Salvo acuerdo en contrario de las partes, el comerciante entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material al consumidor o a un tercero por él indicado, distinto del transportista, en un plazo máximo de treinta días a partir de la fecha de celebración del contrato./ 2. (...)».

¹⁰⁰ Considerando (37) de la Propuesta de Directiva de 2008: «(...) Las principales dificultades que encuentran los consumidores y las principales fuentes de litigios con los comerciantes guardan relación con la entrega de bienes, en particular con la pérdida o deterioro de los bienes durante el transporte y las entregas tardías o incompletas. Por tanto, es preciso aclarar y armonizar las normas nacionales sobre entrega y transmisión del riesgo».

A continuación voy a referirme a las formas de entrega, a quién puede recibir el bien y al momento en el que el vendedor-comerciante tiene la obligación de entregar la cosa al comprador-consumidor.

1.1 Las formas de entrega

[22] En virtud del artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE, la entrega del bien tiene lugar mediante la transmisión *de su posesión material* o mediante la transmisión *de su control al consumidor*. La primera forma de entrega –la de la transmisión de la posesión material del bien– no plantea problema sobre qué quiere jurídicamente indicarse. Sobre la segunda –la de la entrega a través de la transmisión del control del bien– se habrá leído, en el antes transcrito Considerando (51) de la Directiva 2011/83/UE [*supra* (21)], que el comprador-consumidor tiene tal control, si tiene acceso al bien como propietario o posee la capacidad para revenderlo (recibió las llaves, está en posesión de los documentos de propiedad).

[23] En lo que se refiere al Código civil, dentro de las formas de entrega que éste dispone para la compraventa, se encuentra la de la entrega material del bien (art. 1462.I CC) y, otras formas que permiten al comprador adquirir su control (le permiten acceder al bien o le capacitan para revenderlo; arts. 1462.II, 1463 CC). Estas normas se aplican a la compraventa del TRLGDCU (art. 59.2.I TRLGDCU).

– Las formas de entrega en el DCFR

A) El artículo IV.A.- 2:201 DCFR dispone:

«Delivery

(1) *The seller fulfils the obligation to deliver by making the goods, or where it is agreed that the seller need only deliver documents representing the goods, the documents, available to the buyer.*

(2) *If the contract involves carriage of the goods by a carrier or series of carriers, the seller fulfils the obligation to deliver by handing over the goods to the first carrier for transmission to the buyer and by transferring to the buyer any document necessary to enable the buyer to take over the goods from the carrier holding the goods.*

(3) (...)» (la cursiva es nuestra).

A.1) En el *Comment C* del artículo IV.A.-2:201 DCFR se indica, que la definición funcional de entrega del apartado (1) («*making available*») permite diferentes formas a través de las cuales puede cumplirse con la obligación de entrega, si bien es el con-

trato el que finalmente responderá a la cuestión de cómo el vendedor tiene que entregar.

En dicho *Comment C* se destaca, que es prácticamente imposible referirse a todas las posibilidades que pueden incluirse en la regla del DCFR sobre la entrega, pero puede ayudar la exposición de algunos ejemplos. Así, el vendedor puede entregar los bienes transfiriendo su control físico al comprador. Salvo que se acuerde otra cosa, el comprador ha de recoger los bienes en el lugar del establecimiento (negocio) o residencia del vendedor, siendo obligación del vendedor ponerlos allí a su disposición. El vendedor también puede entregar las llaves de los bienes (v.gr. las del coche o las del almacén en donde los bienes se encuentren). Esto también cubre otros medios a través de los cuales el comprador obtiene el control de los bienes; por ejemplo, el vendedor facilita al comprador el código de acceso a los bienes. Las partes pueden acordar que el vendedor transportará los bienes para el comprador, en cuyo caso el vendedor pondrá los bienes a disposición, entregándolos al comprador en el lugar del establecimiento (negocio) o en el de residencia del comprador.¹⁰¹

En el mismo *Comment C* se indica, que es posible que el vendedor entregue los bienes sin transferir al comprador su inmediato control físico. Encaja aquí el caso en el que el vendedor pone los bienes a su disposición en lugar distinto del lugar del establecimiento (negocio) del vendedor.¹⁰² Y de conformidad con el artículo IV.A.-2:201 (1) DCFR, el vendedor puede cumplir su obligación de entrega transmitiendo los documentos representativos de los bienes.¹⁰³

A.2) Si además de la compraventa, los bienes *han de transportarse*, el artículo IV.A.-2:201 (2) DCFR dispone que el vendedor cumple su obligación de entrega, entregando los bienes al transportista y transfiriendo al comprador cualquier documento que le permita recoger los bienes del transportista. Si hubiera varios transportes, el vendedor cumple su obligación entregando los bienes al primer transportista para que sean transmitidos al comprador y entregándole los documentos relevantes (los que permiten al

¹⁰¹ *Comment C* del artículo IV.A.-2:201 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, pp. 1259-1260.

¹⁰² *Comment C* del artículo IV.A.-2:201 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1260. Se indica el siguiente ejemplo (*Illustration 2*): A, un detallista, vende a B bienes, acordando que estos estarán disponibles para B en cierta fecha y directamente en el lugar de su producción, una fábrica situada cerca del lugar del negocio de B. A cumple su obligación de entrega, tan pronto como los bienes están disponibles para el comprador en el lugar acordado (*op. cit.*, p. 1260).

¹⁰³ *Comment C* del artículo IV.A.-2:201 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1260. En dicho *Comment C* se añade que, puesto que estos documentos encierran los bienes, su transmisión es suficiente para la entrega de los bienes. El comprador que no ha recibido todavía los bienes, obtiene los medios necesarios para exigir dichos bienes de la persona que está en posesión de ellos. Esta forma de entrega desempeña un importante papel cuando los bienes son objeto de transporte. El vendedor también puede adoptar otros medios que permitan al comprador obtener los bienes de un tercero, por ejemplo, instruyendo a dicha persona para que entregue los bienes (v.gr. por e-mail, fax, teléfono) (*op. cit.*, p. 1260).

comprador recoger los bienes del transportista que los tenga). El artículo IV.A.-2:201 (2) DCFR *sólo* se aplica si quien transporta los bienes es un transportista *independiente*; *no abarca* los casos en los que quienes asumen el transporte son los empleados del vendedor o del comprador.¹⁰⁴

A.3) En el *Comment F* del artículo IV.A.-2:201 DCFR se indica que sus normas tienen carácter supletorio y no contienen especiales elementos protectores del consumidor. Se llama la atención de que, en la *compraventa de consumo, el riesgo de pérdida o deterioro del bien, cuando media su transporte, solo pasa al consumidor cuando a este se le entreguen los bienes* (art. IV.A.-5:103 DCFR del que más adelante damos cuenta).¹⁰⁵

– Las formas de entrega en el CESL

A) El artículo 94 CESL dispone:

«Modo de entrega

1. *Salvo que se haya convenido otra cosa*, el vendedor cumplirá su obligación de entrega:

(a) *en caso de un contrato de compraventa de bienes de consumo* o de suministro de contenidos digitales que sean un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento comercial, *o en el que el vendedor se haya comprometido a disponer el transporte para el comprador, mediante la transmisión al consumidor de la posesión material o el control de los bienes o los contenidos digitales;*

(b) *en otros casos en que el contrato incluya el transporte de los bienes por un transportista*, poniéndolos a disposición del primer transportista para su transmisión al comprador y entregando a este último *cualquier documento necesario* que le permita recoger los bienes en poder del transportista; o

(c) en casos que no entren dentro del ámbito de las letras a) o b), poniendo a disposición del comprador los bienes o los contenidos digitales, o los documentos representativos de los mismos en el caso de que se haya acordado que el vendedor solo tenga que entregar dichos documentos.

2. (...)» (la cursiva es nuestra).

A.1) Según Zoll, la expresión «posesión material» del artículo 94.1 CESL debe interpretarse referida sólo a bienes y, el equivalente a la posesión material en relación con el contenido digital es la categoría del control del contenido digital¹⁰⁶. La «posesión material» del CESL significa –señala Zoll– *posibilidad fáctica de ejercitar el control directo de los bienes*. El artículo 94.1 CESL no es norma de derecho imperativo. Las partes pue-

¹⁰⁴ *Comment D* del artículo IV.A.-2:201 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, pp. 1260-1261.

¹⁰⁵ *Comment F* del artículo IV.A.-2:201 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1261.

¹⁰⁶ ZOLL, «Comentario del artículo 94 CESL» (2012) núm. 6, p. 447.

den pactar que también sea suficiente la adquisición de una posesión indirecta, por ejemplo, pueden pactar la entrega mediante *constitutio possessorium*.¹⁰⁷

A.2) Según Zoll, *en contratos B2B*, el artículo 94.1(b) CESL incluye aquellos casos en los que el vendedor promete gestionar el transporte, y, aquellos casos en los que los bienes se transportan al comprador pero la gestión del transporte no es obligación del vendedor. En cambio, *si se trata de un contrato B2C*, el último caso antes mencionado se incluye en el artículo 94.1 (b) CESL, mientras que el primer caso antes mencionado lo cubre el artículo 94.1 (a) CESL. Dicho esto, Zoll recuerda que el artículo 94 CESL no es norma de derecho imperativo, incluso para los contratos B2C.¹⁰⁸

1.2 Quién puede recibir el bien

[24] El artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE menciona al comprador-consumidor como el sujeto que puede recibir el bien. El citado artículo no menciona la posibilidad de que un tercero sea quien pueda recibir el bien en nombre del comprador-consumidor. Sin embargo, como se ha visto en el antes reproducido Considerando (51) de la Directiva 2011/83/UE (*supra* [21]), debe contemplarse la posibilidad de que el comprador-consumidor permita al tercero adquirir (recibir), en su nombre, la posesión material o el control del bien.

[25] En cuanto al Código civil, este, en su regulación de la compraventa, nada dispone sobre la posibilidad de que un tercero sea quien reciba el bien. Pero la admisión de esto –que el tercero pueda recibir el bien– no plantea problema, pues los contratantes pueden disponerlo así (art. 1255 CC; en otro plano, arts. 1162, 1163 CC). Esto se aplica a la compraventa del TRLGDCU.

– Quién puede recibir el bien en el DCFR

A) El artículo IV.A.-2:201 DCFR dispone:

«Delivery

(...).

(3) *In this Article, any reference to the buyer includes a third person to whom delivery is to be made in accordance with the contract»* (la cursiva es nuestra).

A.1) En el *Comment E* del artículo se indica, que el precepto comienza asumiendo que el vendedor ha de entregar los bienes al comprador, pero las partes pueden acordar otra cosa, lo que cla-

¹⁰⁷ ZOLL, «Comentario del artículo 94 CESL» (2012) núm 7, p. 447.

¹⁰⁸ ZOLL, «Comentario del artículo 94 CESL» (2012) núm. 10, p. 448.

ramente señala el apartado (3) del precepto. Es posible que los bienes no se destinen al comprador (por ejemplo, éste ha comprado materias primas para una sucursal) o, los bienes no se entregan directamente al comprador (por ejemplo, estos se guardan temporalmente en un almacén). Las reglas del artículo IV.A.-2:201 DCFR se aplican al tercero como si fuese el comprador. Por consiguiente, el vendedor cumple su obligación de entrega de los bienes, poniéndolos a disposición de la persona indicada en el contrato.¹⁰⁹

– Quién puede recibir el bien en el CESL

A) El artículo 94 CESL ordena:

«Modo de entrega

1. (...).

2. En las letras a) y c) del apartado 1, cualquier referencia al consumidor o al comprador incluye a un tercero, distinto del transportista, indicado por el consumidor o el comprador de conformidad con el contrato» (la cursiva es nuestra).

A.1) Señala Zoll que si el consumidor o el comprador, de conformidad con el contrato, ha señalado a un tercero distinto del transportista para la entrega, la entrega a dicho tercero se considera como adquisición material por parte del comprador. Añade el autor, que dado que el artículo 94 CESL no es norma de derecho imperativo, la exclusión del transportista que el artículo 94 CESL dispone puede considerarse como regla de interpretación de la declaración del comprador en la que señale al transportista como la persona a quien deba transferírsele la posesión material: tal transferencia de la posesión no será tratada como entrega. No obstante, las partes pueden pactar otra cosa.¹¹⁰

1.3 El plazo de entrega del bien

[26] En relación con ello, el artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE marca unos criterios que operan *en defecto de*.

En primer lugar ha de atenderse a lo acordado por los contratantes, quienes podrán establecer una fecha fija o un periodo de tiempo para el cumplimiento. Si no hay acuerdo específico, el artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE indica que la entrega ha de hacerse *sin ninguna demora indebida*. Cuándo hay o no demora indebida, se determinará por las concretas circunstancias del caso. Pero además y por último, *en todo caso el plazo máximo para la entrega del bien son treinta días, contados estos desde la celebración del contrato*. Combinando estas últimas dos reglas supletorias

¹⁰⁹ Comment E del artículo IV.A.-2:201 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1261.

¹¹⁰ ZOLL, «Comentario del artículo 94 CESL» (2012) núm. 7, p. 447.

de la autonomía de la voluntad, habrá casos en los que el vendedor-comerciante habrá de entregar el bien en un plazo menor del de treinta días. [Cfr. Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE]¹¹¹.

La directa interpretación del artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE permite destacar lo siguiente: que los contratantes pueden disponer, para la entrega del bien, de un plazo mayor del de treinta días. Estamos ante una norma dispositiva dentro del sector de la contratación con consumidores.

[27] Con relación a nuestro Derecho, el vendedor y el comprador pueden expresamente pactar cuál es el plazo de cumplimiento de la obligación de entrega del vendedor y, a ello habrá de estarse (autonomía de la voluntad; art. 1255 CC). Si aquéllos nada pactaron o, el Juez no puede inferir un plazo de cumplimiento a partir del contrato (plazo tácito), la obligación del vendedor es una obligación pura y de conformidad con el artículo 1113 CC es «exigible desde luego»¹¹² (cfr. arts. 62, 337 CCO). Esta regla civil del artículo 1113 CC se entiende en el sentido de que, en función del caso, el

¹¹¹ Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE: «En los contratos de venta, la entrega de los bienes puede realizarse de distintas formas, inmediatamente o en una fecha posterior. Si las partes no han acordado una fecha concreta de entrega, el comerciante debe realizar la entrega de los bienes lo antes posible y, en cualquier caso, en un plazo no superior a 30 días contados a partir de la fecha de celebración del contrato».

El artículo 22.1 de la Propuesta de Directiva de 2008, a diferencia del artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE, no disponía la regla de que la entrega ha de hacerse sin ninguna demora indebida (*vid. supra* nota 99).

¹¹² INFANTE RUIZ: «La regla de exigibilidad inmediata es subsidiaria de segundo grado, a falta del pacto de las partes y, también, a falta de la fijación de un plazo por el Tribunal, de acuerdo con la naturaleza y circunstancia del contrato, en caso de estimar que ésta fue la intención común de los contratantes no manifestada expresamente en el contrato./ Según lo visto, las reglas para la determinación del plazo sintéticamente son éstas: a) la autonomía de la voluntad, teniendo prioridad el plazo que fijen las partes de común acuerdo (plazo convencional); b) en virtud de la regla subsidiaria de primer grado para las obligaciones de carácter duradero que no tengan señalado plazo, éste lo fijará el juez atendiendo a la naturaleza y circunstancias de la obligación (plazo implícito y de señalamiento judicial); c) en virtud de la regla subsidiaria de segundo grado para las obligaciones que no tengan señalado plazo, no tratándose de obligaciones de carácter duradero, rige el *principio statim debetur*./ En consecuencia, las reglas subsidiarias que prevé el Código para la fijación del plazo son dos. La primera es la del “plazo necesario” (o “implícito”) y tiene prioridad en relación con las obligaciones de carácter duradero, (...). La segunda es una regla subsidiaria y de cierre del sistema, aplicable a las obligaciones que no tienen señalado plazo y que no son de carácter duradero. La regla del “plazo necesario” admite la fijación por parte del juez de cualquier momento temporal, según la naturaleza y circunstancias de la obligación, en virtud de una operación de interpretación e integración del contrato. Así el juez podrá establecer una “fecha fija” en la que el deudor deba cumplir (...), o un “espacio temporal” dentro del cual deberá cumplir (...). La misma regla habrá de admitirse frente a obligaciones que no tienen carácter duradero, y de cuya interpretación se infiera que las partes quisieron establecer un aplazamiento del cumplimiento, aunque no lo señalaran expresamente. En este último supuesto, en realidad, no se trata de otra cosa que otorgar preferencia a la aplicación de la regla del término necesario frente a la regla del *statim debetur*, pero para que esto sea posible la interpretación de la voluntad contractual debe llevar a esta conclusión» [(2008) pp. 74-75; *vid. además* p. 78; también desde p. 71; *vid. las dos notas siguientes*].

deudor podrá precisar de un cierto tiempo para poder cumplir, algo que ya Manresa destacó en 1901¹¹³. La buena fe objetiva (arts. 7.1 y 1258 CC) modulará el cumplimiento de la obligación pura del vendedor de la entrega del bien¹¹⁴. A diferencia del artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE, el Código civil no dispone de un plazo máximo para el cumplimiento de la obligación. El artículo 1466 CC dispone el *cumplimiento simultáneo* de la obligación de entrega del vendedor y de la obligación del pago del precio del comprador, salvo pacto en contrario¹¹⁵.

¹¹³ MANRESA Y NAVARRO: «(...): la exigibilidad inmediata. Esta cualidad, no obstante ser característica de la obligación pura, no puede, sin embargo, entenderse con criterio tan extremo que conduzca á interpretaciones absurdas y á exigencias de imposible cumplimiento instantáneo. Ya antes del Código se había suavizado tal rigorismo, tomando como fundamento la necesidad de dar al deudor algún tiempo para cumplir, buscando apoyo en lo dispuesto para el mutuo, tendiendo a generalizar su plazo de diez días á otras obligaciones, y dejando por lo general la determinación del que fuera necesario á la apreciación de los tribunales, para lo cual se acudía también á la legislación de Partidas, que en la ley 2.^a, título 1.^o, Part. 5.^a, se ocupaba de esta materia. La necesidad de mitigar ese rigorismo aparece tan fundada, que aun en la contratación mercantil, donde la celeridad en el cumplimiento es aun más necesaria, es regla general contenida en el art. 62 de nuestro Código de Comercio, que, á falta de término establecido por convenio ó disposición especial, serán exigibles las obligaciones á los diez días si sólo produjeran acción ordinaria, y al día inmediato si llevaran aparejada ejecución» ([1901] tomo VIII pp. 115-116). Más adelante, MANRESA marca la diferencia entre la obligación pura y la obligación a plazo del artículo 1128.I CC: «El supuesto del primer párrafo de este artículo [1128], aunque parecido, según ya indicamos, á la limitación, que suele tener en su eficacia la inmediata exigibilidad de las obligaciones puras, es, sin embargo, distinto: allí no hubo en la obligación propósito de conceder plazo, pues en tal caso no sería pura; aquí, por el contrario, tal propósito existe. Por eso en el primer caso no se limita la exigibilidad por el acreedor, sino que se facilita el cumplimiento por el deudor; y en cambio, en el segundo, como hay un verdadero plazo, aquella exigibilidad aparece limitada» (*op. cit.* p. 154).

Señala la misma idea de que el «desde luego» de las obligaciones puras no ha de interpretarse con rigor, por ejemplo, ÁLVAREZ VIGARAY [«Comentario del artículo 1113 CC» (1993) p. 76; *vid.* también INFANTE RUIZ (2008) p. 72, y la siguiente nota].

¹¹⁴ VITERI ZUBIA señala: «El art. 1113 CC acoge la regla romana *quod sine die debetur; statim debetur* [lo que se debe sin plazo, se debe al instante (D. 45, 1, 41, 1)] (...) / (...) / Como regla general, toda obligación debe ser considerada como pura, mientras no se acredite lo contrario; es decir, que si no se prueba que su cumplimiento se ha aplazado efectivamente a la llegada de un día cierto (término) o que ha quedado supeditado a la verificación de un suceso (condición suspensiva), será exigible *desde luego*, a tenor de lo dispuesto en el art. 1113 CC. Tal y como ha señalado la jurisprudencia, ni el término ni la condición se presumen (...), lo cual no impide, empero, la posibilidad de establecer de forma tácita un término (...) o una condición (...)» [(2013) nota 2 en p. 23]; también indica: «Esta exigibilidad inmediata [el desde luego del art. 1113 CC], que tanto quiere decir como que el deudor, sin más, está obligado a cumplir la obligación, y que el acreedor puede ejercitar su derecho de crédito, se encuentra doblemente rebajada. / En primer lugar, por la necesidad, tal y como ha admitido la doctrina, de conceder al deudor el tiempo necesario (*tempus modicum*) que la buena fe exija para facilitar el cumplimiento de la obligación. Algunos autores relacionan esta posibilidad con el artículo 1128 CC, en cuanto a la fijación por el juez de un plazo deducido de la naturaleza y circunstancias, pero sin que ello implique transformar la obligación pura en obligación a plazo, ni ignorar la regla de la exigibilidad inmediata (...). Para otros, empero, conducen al mismo resultado, aun en defecto de actuación judicial, las exigencias de la buena fe y los usos del tráfico (...)» (*op. cit.* nota 3 en pp. 23-24; *vid.* además las pp. 50-52).

¹¹⁵ Artículo 1466 CC: «El vendedor no estará obligado a entregar la cosa vendida, si el comprador no le ha pagado el precio o no se ha señalado en el contrato un plazo para el

En la compraventa del TRLGDCU, el vendedor y el comprador pueden expresamente pactar cuál es el plazo de cumplimiento de la obligación de entrega del producto. Si aquéllos nada pactaron o, nada puede inferirse del contrato, la obligación de entrega del vendedor es una obligación pura y, por tanto, el consumidor puede «desde luego» exigir su cumplimiento de conformidad con lo que module la buena fe objetiva (arts. 1113 CC, 59.2.I TRLGDCU). Ahora bien, el artículo 65 TRLGDCU dispone que «[l]os contratos con los consumidores y usuarios *se integrarán, en beneficio del consumidor* [en nuestro caso, el acreedor], conforme al principio de la buena fe objetiva (...)»¹¹⁶. A mi juicio, esto implica que en los contratos con consumidores la apreciación práctica del tiempo preciso para que el vendedor cumpla *desde luego* su obligación, ha de aplicarse con rigor y, ante la duda de una posibilidad de franjas temporales razonables de cumplimiento, la solución ha de encaminarse hacia el plazo más corto. A la compraventa del TRLGDCU también se le aplica el artículo 1466 CC.

– El plazo de entrega del bien en el DCFR

A) El artículo IV.A.-2:202 DCFR se ocupa del lugar y del momento en el que el vendedor ha de entregar los bienes:

«Place and time for delivery

(1) The place and *time for delivery* are determined by III.-2:101 (Place of performance) and III.-2:102 (*Time of performance*) as modified by this Article.

(2) If the performance of the obligation to deliver *requires the transfer of documents representing the goods*, the seller must transfer them *at such a time and place and in such a form as is required by the contract*.

(3) If in a *consumer contract for sale* the contract involves *carriage of goods by a carrier or a series of carriers and the con-*

pago». GARCÍA CANTERO: «Para Espín (...) en las obligaciones bilaterales el tiempo de cumplimiento, cuando no existe término en favor de ninguna de las partes, es el de las obligaciones puras, es decir, el de la exigibilidad instantánea, pero atemperado a la reciprocidad, esto es, a la simultaneidad; en suma, la instantánea y simultánea exigibilidad» [«Comentario del artículo 1466 CC» (1993) p. 917].

¹¹⁶ Sobre el artículo 65 TRLGDCU, contrastándolo con la buena fe del artículo 1258 CC, CÁMARA LAPUENTE indica: «(...), a diferencia de lo previsto en el art. 1258 CC, que establece una regla neutra sobre las obligaciones derivadas del contrato para *ambas* partes, más allá de lo pactado, el art. 65 TR-LGDCU, al amparo del principio constitucional de protección del consumidor del art. 51 CE, restringe la integración contractual conforme a la buena fe objetiva sólo al supuesto en que aquélla sea beneficiosa para el consumidor (...), cerrando así el paso a una integración contractual *in peius* beneficiosa para el empresario. Los abusos que podría ocasionar esta decisión de política legislativa que matiza la regla general del art. 1258 CC en el ámbito de los contratos de consumo podrían atajarse por la vía de los límites al ejercicio del derecho subjetivo igualmente derivados de la buena fe objetiva (actos propios, abuso de derecho); (...)» [«Comentario del artículo 65 TRLGDCU» (2011) p. 579; la cursiva es del autor].

sumer is given a time for delivery, the goods must be received from de last carrier o made available for collection from that carrier by that time» (la cursiva es nuestra).

Por su parte, el artículo III.-2:102 DCFR, al que se refiere el transcrito artículo IV.A.-2:202 DCFR, dispone:

«Time of performance

(1) *If the time at which, or a period of time within which, an obligation is to be performed cannot otherwise be determined from the terms regulating the obligation it must be performed within a reasonable time after it arises.*

(2) *If a period of time within which the obligation is to be performed can be determined from the terms regulating the obligation, the obligation may be performed at any time within that period chosen by the debtor unless the circumstances of the case indicate that the creditor is to choose the time./ (...)*»¹¹⁷ (la cursiva es nuestra).

A.1) En el *Comment B* del artículo IV.A.-2:202 DCFR se indica que, de conformidad con el artículo III.-2:102 DCFR, el vendedor ha de entregar el bien en el tiempo o en el plazo *fijado* en la compraventa o, en los *determinables* a partir de ella. *En ausencia de acuerdo*, el vendedor ha de entregar *en un plazo razonable* tras la conclusión de la compraventa.¹¹⁸

Por su parte, en el *Comment D* del artículo III.-2:102 DCFR se indica que, qué sea tiempo razonable, es cuestión de hecho que depende de factores tales como la naturaleza de los bienes o de los servicios a suministrar. Para las obligaciones pecuniarias, no es razonable esperar su cumplimiento antes de que se haya determinado su cuantía y en algunos casos realizado una factura.¹¹⁹

– El plazo de entrega del bien en el CESL

A) El artículo 95 CESL dispone:

«Plazo de entrega

1. Cuando el plazo de la entrega *no* pueda determinarse *de otro modo*, los bienes o los contenidos digitales deberán entregarse *sin demora indebida tras* la celebración del contrato.

2. En los contratos entre *un comerciante y un consumidor*, *salvo que las partes acuerden otra cosa*, el comerciante deberá entregar los bienes o los contenidos digitales en *un plazo máximo*

¹¹⁷ Continúa el artículo: «(3) Unless the parties have agreed otherwise, a business must perform the obligation incurred under a contract concluded at a distance for the supply of goods, other assets or services to a consumer no later than 30 days after the contract was concluded./ (4) (...)» [este apartado (4) se transcribe *infra*].

¹¹⁸ *Comment B* del artículo IV.A.-2:202 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1264.

¹¹⁹ *Comment D* del artículo III.-2:102 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 727.

de treinta días desde la celebración del contrato» (la cursiva es nuestra).

A.1) *Sobre el artículo 95.1 CESL*, Zoll señala que *la primera forma* de determinar el tiempo en el que el bien ha de entregarse es la de *lo acordado en el contrato*. Sin embargo, el tiempo de cumplimiento puede también determinarse de conformidad con *la naturaleza del cumplimiento y con las legítimas expectativas del acreedor*. Así sucede en muchos productos estacionales que precisan ser entregados *antes* de que comience cierto periodo de tiempo (v.gr. en Navidad, en Semana Santa, etc.).¹²⁰

Si el tiempo de entrega del bien *no* puede determinarse *de otro modo* para los contratos B2B, el vendedor ha de entregarlo *sin demora indebida desde la celebración del contrato*. Entiende Zoll, que la expresión *sin demora indebida* indica que la entrega ha de ocurrir *según lo que razonablemente pueda esperar la otra parte, del curso normal del negocio*. Por otro lado, aunque el artículo 95.2 CESL ordene el plazo de treinta días para la entrega *para los contratos B2C*, este plazo también puede aplicarse a los contratos B2B (en ambas direcciones; carácter razonable). El plazo de treinta días puede considerarse razonable y su desviación exigirá siempre una justificación adicional (tipo de transacción, distancia entre las partes, lugar de entrega, forma de entrega, etc.). Zoll recuerda que *en los contratos B2C* (art. 95.2 CESL), el plazo de treinta días es también el plazo más largo para cumplir con la entrega.¹²¹

A.2) *Sobre el artículo 95.2 CESL*, Zoll destaca en primer lugar que, incluso tratándose de un contrato B2C, los contratantes pueden pactar un plazo de entrega *distinto del que dicho artículo dispone*.¹²²

Zoll compara la literalidad de los artículos 95.1 y 95.2 CESL y destaca, que en el apartado 2 del artículo 95 CESL *no se hace expresa referencia a que no pueda determinarse el plazo de entrega de otro modo*. Plantea si ello significa que la naturaleza de la transacción no permite determinar el plazo «de otro modo». Señala que, probablemente de modo intencionado, los redactores del CESL abandonaron esa fórmula por exigencias de transparencia y certidumbre en los contratos B2C. Pero, a su entender, en algunos casos en los que el objetivo del contrato para el consumidor es por sí mismo evidente (entrega de un árbol de Navidad), el mismo constituirá una fuerte indicación de cuál es el tiempo de entrega, *incluso en estos casos de contratos B2C*. Incluso tratándose de consumidores, en tales casos el tiempo de cumplimiento *puede «determinarse de otro modo»*.¹²³

Si las partes no han acordado el plazo de cumplimiento de la obligación de entrega, el vendedor tiene que hacerlo en el plazo

¹²⁰ ZOLL, «Comentario del artículo 95 CESL» (2012) núm. 7, p. 451.

¹²¹ ZOLL, «Comentario del artículo 95 CESL» (2012) núm. 8, p. 452.

¹²² ZOLL, «Comentario del artículo 95 CESL» (2012) núm. 9, p. 452.

¹²³ ZOLL, «Comentario del artículo 95 CESL» (2012) núm. 10, p. 452.

máximo de treinta días desde la celebración del contrato¹²⁴. Destaca Zoll que el artículo 95.2 CESL no emplea la expresión *sin demora indebida* del artículo 95.1 CESL. Entiende Zoll que la fijación de los treinta días sirve al objetivo de que haya certeza legal y que la renuncia al empleo de la cláusula general del «sin demora indebida» parece haber sido una decisión calculada de los redactores del CESL. En su opinión, y teniendo esto presente, *en ciertos tipos de transacción* ha de aplicarse el criterio del «sin demora indebida», siendo este plazo más corto que el de los treinta días. Indica que es difícil imaginar, por ejemplo, que en el suministro de contenido digital a través de medios electrónicos o en el acceso a ellos, ello tenga lugar en un plazo de treinta días cuando el tiempo necesario para su entrega no ha de exceder más allá de unas horas. Por tanto –en opinión de Zoll– en la fórmula del artículo 95.2 CESL ha de leerse la noción del «sin demora indebida», con el periodo máximo de los treinta días.¹²⁵

1.4 La reforma del TRLGDCU

[28] A mi juicio, debe incorporarse a la compraventa del TRLGDCU una norma que recoja lo que el artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE dispone.

2. LA RESOLUCIÓN DE LA RELACIÓN DE COMPRAVENTA POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DEL VENDEDOR DE LA ENTREGA DEL BIEN. LOS OTROS REMEDIOS DEL CONSUMIDOR

[29] En virtud del artículo 18.2 de la Directiva 2011/83/UE:

«Entrega

(...)

2. Si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor lo emplazará a proceder a dicha entrega en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. Si el comerciante no hace entrega de los bienes en dicho plazo adicional, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato.

El primer párrafo no será aplicable a los contratos de venta cuando el comerciante haya rechazado entregar los bienes o el plazo de entrega sea esencial a la vista de todas las circunstancias que concurran en su celebración o cuando el consumidor informe

¹²⁴ ZOLL: «The period of 30 days is to be calculated in compliance with art 11(3). In this case, the ‘special event’ (in the sense of the quoted provision on the computation of time) is the conclusion of contract. The day of the event does not fall within the period in question» [«Comentario del artículo 95 CESL» (2012) núm. 11, p. 452].

¹²⁵ ZOLL, «Comentario del artículo 95 CESL» (2012) núm. 12, pp. 452-453.

al comerciante, antes de la celebración del contrato, de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada o en una fecha determinada. En tales casos, si el comerciante no cumple su obligación de entrega de los bienes en el plazo acordado con el consumidor, o en el plazo fijado en el apartado 1, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato de inmediato»¹²⁶.

2.1 **Cuándo puede resolverse la relación de compraventa: la regla general de la previa fijación de un plazo para el cumplimiento y la regla especial de la no necesaria previa fijación de dicho plazo. La reforma del TRLGDCU**

[30] En el artículo 18.2.I de la Directiva 2011/83/UE –en el que se ordena la que voy a llamar regla general sobre cuándo puede el comprador-consumidor resolver– se recoge un conocido modelo del remedio de la resolución contractual, fácil de aplicar y que genera gran seguridad al acreedor sobre *cuándo* dispone de la posibilidad de resolver la relación contractual. Consiste en lo siguiente. Habiendo incumplido el vendedor-comerciante su obligación de entrega del bien cuando la misma es exigible, el comprador-consumidor le ofrece una nueva oportunidad para cumplir, fijándole para ello un nuevo plazo de cumplimiento adecuado a las circunstancias. Lo que al comprador-consumidor le interesa en *este concreto momento* es que el vendedor-comerciante *cumpla* su obligación de entrega; además, *en este momento*, el comprador-consumidor *no* dispone del remedio de la resolución de la relación de compraventa. *Si* el vendedor-comerciante *vuelve a incumplir* pues no entrega el bien (segundo incumplimiento), el comprador-consumidor podrá resolver.¹²⁷ Como

¹²⁶ En la Propuesta de Directiva de 2008 no hay artículo equivalente al artículo 18.2 de la Directiva 2011/83/UE.

¹²⁷ Sobre este modelo, desde la perspectiva del Derecho comparado, SAN MIGUEL PRADERA indica: «Este requisito de la concesión de un plazo al deudor (...), a pesar de ser común a muchos ordenamientos, no opera en todos ellos de igual forma. En concreto, Schlechtriem pone de manifiesto que existen dos tipos de regulaciones que han sido adoptadas por los diferentes sistemas legales. Un primer grupo de sistemas legales toma como punto de partida el carácter esencial del incumplimiento, que en sí mismo es suficiente para justificar la resolución inmediata del contrato. A continuación, admiten que la resolución tenga lugar como consecuencia de incumplimientos que no son esenciales (el cumplimiento posterior es todavía posible y útil), siempre que previamente se haya concedido un plazo al deudor otorgándole una última oportunidad de cumplir y salvar el contrato./ Frente a esto, otros sistemas legales toman el punto de partida contrario: establecen con carácter general la necesidad de que se conceda un plazo adicional al deudor antes de poder acudir al remedio resolutorio, si bien dicho requisito queda dispensado cuando resulta evidente que la concesión de plazo carece de sentido porque el incumplimiento es esencial (v.gr., el deudor ha declarado que no puede cumplir, el cumplimiento es imposible)./ En cualquier caso, de entrada, resulta evidente que ambos sistemas llegan a los mismo resultados y que la concesión de plazo juega el mismo papel: permitir al deudor que cumpla cuando el cumplimiento posterior es posible y útil» [(2004) [569] pp. 453-454; a continuación la autora expone distintas regulaciones que encajan en uno u otro sistema legal: [570]-[603]

hemos apuntado, en este modelo de resolución, ante el inicial incumplimiento del vendedor-comerciante, el comprador-consumidor *no dispone directamente del remedio de la resolución*.

En el Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE, en el que no se destaca la seguridad que al acreedor ofrece este sistema de resolución, como acabo de hacer, se lee: «(...). La norma relativa a la *demora en la entrega también debe tener en cuenta los bienes que hayan de fabricarse o adquirirse especialmente para el consumidor y que el comerciante no pueda reutilizar sin incurrir en una pérdida considerable. Por consiguiente, la presente Directiva debe establecer una norma que conceda al comerciante un plazo adicional razonable en determinadas circunstancias. Cuando el comerciante no ha hecho entrega de los bienes en el plazo convenido con el consumidor, este último antes de poder resolver el contrato, debe emplazar al comerciante a que le haga la entrega en un plazo adicional razonable y tener derecho a resolver el contrato si el comerciante no ha hecho entrega de los bienes tampoco en dicho plazo adicional*» (la cursiva es nuestra).

– La posibilidad de resolver tras haberse fijado al deudor un previo plazo para el cumplimiento en el DCFR

A) El artículo III.-3:503 DCFR dispone:

«Termination after notice fixing additional time for performance

(1) A creditor may terminate in a case of delay in performance of a contractual obligation which is not itself fundamental if the creditor gives a notice fixing an additional period of time of reasonable length for performance and the debtor does not perform within that period.

(2) If the period fixed is unreasonably short, the creditor may terminate only after a reasonable period from the time of the notice» (la cursiva es nuestra).

A.1) En el *Comment A* del artículo III.-3:503 DCFR se indica que la regla que se recoge es *una regla práctica* que se encuentra *ahora* en el Derecho de muchos Estados miembros, aunque ello no sea siempre del mismo modo o con los mismos efectos¹²⁸.

En el *Comment B* del artículo III.-3:503 DCFR se destaca que no todo retraso en el cumplimiento de la obligación tiene la condición de incumplimiento esencial y en consecuencia, el acreedor *no dispone inmediatamente de la resolución por el mero hecho de que la fecha de cumplimiento haya transcurrido*¹²⁹. En los casos en los que

pp. 454-476; *vid. además* [604] pp. 476-477]. La regulación de la Directiva 2011/83/UE se inserta en el segundo grupo de sistemas legales que la citada autora indica.

¹²⁸ VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 862.

¹²⁹ Del incumplimiento esencial se ocupa el artículo III.-3:502 DCFR, del que más adelante damos cuenta.

el retraso en el cumplimiento *no* sea esencial, el acreedor puede fijar al deudor un plazo de extensión razonable para cumplir en él. Si el deudor incumple en este otro plazo, el acreedor podrá resolver.¹³⁰

Los requisitos de aplicación del artículo III.-3:503 DCFR son que se fije un plazo para el cumplimiento y que dicho plazo sea razonable. *Sobre el primer requisito*, en el *Comment C* del artículo III.-3:503 DCFR se indica que no es suficiente con indicar que se cumpla «tan pronto como sea posible». Se debe requerir el cumplimiento diciendo «en un semana», «no más tarde del 1 de julio». El requerimiento de cumplimiento tampoco debe formularse en términos ambiguos. No basta con indicar «esperamos que el cumplimiento pueda realizarse antes del 1 de julio». Por otro lado, el plazo que se fije *debe ser razonable*. Si el acreedor señala un plazo menor del razonable, no es preciso que aquél lleve a cabo una segunda comunicación; el acreedor podrá resolver *después de que* haya transcurrido el tiempo razonable desde la fecha de la comunicación.¹³¹

La determinación del plazo razonable ha de dejarse, en último lugar, al Tribunal. Para su determinación varios factores son importantes como el plazo de cumplimiento establecido inicialmente en la obligación, la necesidad del acreedor de que el cumplimiento sea rápido con tal de que ello sea aparente para el deudor, la naturaleza de los bienes, de los servicios o de los derechos que han de cumplirse, la naturaleza del evento que provoca el retraso en el cumplimiento.¹³²

– La posibilidad de resolver tras haberse fijado al deudor un previo plazo para el cumplimiento en el CESL¹³³

A) El artículo 115 CESL dispone:

«Resolución por demora en la entrega tras la notificación de fijación de un plazo adicional de cumplimiento

1. *El comprador podrá resolver el contrato en caso de retraso en la entrega no esencial en sí mismo si notifica la fijación de un plazo adicional de duración razonable para que se proceda al cumplimiento y el vendedor no cumple su obligación en dicho plazo.*

¹³⁰ VON BAR/CLIVE (ed.) vol. 1, p. 863. También se indica en el *Comment B* del artículo III.-3:503 DCFR que el procedimiento que dispone puede ser útil en relación con el incumplimiento de una obligación accesoria que permita el cumplimiento de la obligación principal de la otra parte. En la *Illustration 2* se pone el ejemplo de un contrato en el que uno de los contratantes de la otra parte se obliga a decorar el apartamento vacío, de propiedad del otro contratante. Este último no facilita la llave de acceso al apartamento en la fecha acordada para el inicio del trabajo de decoración. Quien tiene que cumplir la obligación de decorar puede dar al propietario del apartamento un tiempo razonable para que le permita acceder al apartamento. Si el propietario no se lo facilita en dicho tiempo, quien está obligado a decorar puede resolver la relación contractual. También en el *Comment B* se indica que el artículo III.-3:503 DCFR se aplica incluso si el incumplimiento es excusable por causa de un impedimento temporal. (*Op. cit.*, p. 863).

¹³¹ VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 863.

¹³² VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 864.

¹³³ Para una comparación general entre las regulaciones del remedio de la resolución en el CESL y en la CISG, *vid.* SENINI (2013) pp. 129-140.

2. *Se considerará que el plazo adicional contemplado en el apartado 1 es razonable si el vendedor no se opone a él sin demora indebida.*

3. *Cuando en la notificación se establezca que el contrato concluirá automáticamente si el vendedor no cumple en el plazo fijado, la resolución producirá efectos una vez finalizado el plazo sin ulterior notificación»* (la cursiva es nuestra).

A.1) Sobre este artículo, Zoll destaca que permite la resolución del contrato incluso si el incumplimiento no es un incumplimiento esencial¹³⁴. El artículo 115 CESL recoge el tradicional supuesto de la *Nachfrist*.¹³⁵ La *duración razonable* del plazo adicional tiene en cuenta el tiempo necesario para poder cumplir según el curso normal del negocio, teniendo presente el propósito del contrato y los legítimos intereses del comprador. El plazo ha de indicarse en la notificación. Si el mismo es muy corto, no se cumple el requisito de la duración razonable para poder resolver, *salvo* que el retraso tenga *de modo independiente* la condición de *retraso esencial*. Según el artículo 115.2 CESL, si el plazo *no se objeta*, no podrá considerarse irrazonable su extensión.¹³⁶ Zoll entiende que si el plazo adicional fijado es muy corto, esto no puede subsanarlo el hecho de que el comprador se abstenga de resolver la relación contractual hasta que haya transcurrido el plazo razonable. El vendedor ha de contar con la certidumbre de que el caso es un supuesto que conduce a la resolución. De ahí que el artículo 115.2 CESL disponga que si el plazo *no ha sido objetado*, el mismo se considera razonable. Y en el caso de que el plazo *haya sido objetado y haya sido muy corto*, este defecto no puede subsanarse posponiendo la resolución. En tal caso, ha de fijarse, de nuevo, un plazo de duración razonable.¹³⁷

[31] La expuesta regla general sobre cuándo puede el comprador-consumidor resolver la relación de compraventa del artículo 18.2.I de la Directiva 2011/83/UE cuenta con dos excepciones, en las que el comprador-consumidor dispone *directamente* del remedio de la resolución. En estas dos excepciones, para poder resolver la relación contractual de compraventa, el comprador-consumidor *no* precisa fijar al vendedor-comerciante un previo plazo para el cumplimiento. Es esta la que he llamado regla especial del artículo 18.2.II de la Directiva 2011/83/UE. Las dos excepciones son:

a) Cuando el vendedor-comerciante *se niega a cumplir*. Se trata –la de la posibilidad de la resolución directa– de una solución

¹³⁴ El artículo 87.2 CESL define al incumplimiento esencial, del que damos cuenta más adelante.

¹³⁵ ZOLL, «Comentario del artículo 115 CESL» (2012) núm. 1, p. 518; *vid. además* núm. 6, p. 519.

¹³⁶ ZOLL, «Comentario del artículo 115 CESL» (2012) núm. 7, p. 519.

¹³⁷ ZOLL, «Comentario del artículo 115 CESL» (2012) núm. 8, pp. 519-520.

adecuada. La clara negativa del vendedor-comerciante de cumplir su obligación de entrega del bien conlleva que no sea razonable imponer al comprador-consumidor, el que tenga que dar a aquél otro plazo de cumplimiento y que, en función de cómo aquél actúe, pueda disponer del remedio de la resolución. Hay una muy alta probabilidad de que el vendedor-comerciante vuelva a incumplir en el plazo adicional que el comprador-consumidor pudiera fijarle; además, su inicial comportamiento no merece que el Derecho salga en su ayuda. La Directiva 2011/83/UE no exige expresamente que el incumplimiento sea esencial, pero, no hemos de olvidarlo, el incumplimiento contemplado es el de la no entrega del bien junto con la clara voluntad de incumplimiento del vendedor.

b) La otra excepción es la del *plazo esencial*. En algunos casos, la condición esencial del término se induce a partir de las circunstancias concurrentes en el momento de la celebración del contrato de compraventa. En el Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE se menciona el clásico ejemplo del traje de novia, a entregar antes de la fecha de la boda. En otros casos, el comprador-consumidor informa al vendedor-comerciante, antes de la perfección del contrato, de que es esencial la entrega del bien antes de fecha determinada o en fecha determinada.¹³⁸

¹³⁸ Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE: «(...) No obstante, esta norma [la del art. 18.2.1 de la Directiva 2011/83/UE] no debe aplicarse cuando el comerciante haya declarado de forma inequívoca que se niega a entregar los bienes. Tampoco debe aplicarse en determinadas circunstancias en las que *el plazo de entrega sea esencial* como, por ejemplo, en el caso de un vestido de novia que ha de entregarse antes de la boda. *Tampoco* debe aplicarse en circunstancias en las que *el consumidor informa al comerciante que la entrega en una fecha determinada es esencial*. A estos efectos el consumidor puede utilizar los datos de contacto del comerciante facilitados de conformidad con la presente Directiva. *En estos casos concretos*, si el comerciante no hace entrega de los bienes a tiempo, el *consumidor* debe tener la facultad de *resolver* el contrato en *cuanto* expire el plazo de entrega acordado inicialmente. (...)» (la cursiva es nuestra). En relación con nuestro ordenamiento, INFANTE RUIZ ha señalado: «Pertenece al acervo común italo-español determinar la esencialidad del término sobre la base de una distinción que siempre se da por presupuesta, “término esencial subjetivo” frente a “término esencial objetivo”, pero de contornos difusos y no siempre susceptibles de ser dibujados con una precisión cartesiana. (...) / Bajo el primer concepto se acoge todo supuesto en el que la esencialidad del término proviene del acuerdo expreso o tácito de las partes, mientras que bajo el segundo se consideran todos aquellos supuestos en los que la esencialidad se fundamenta en la naturaleza de la prestación a realizar. Cuando el acuerdo de las partes se refiere a que la prestación deberá realizarse precisamente en el tiempo señalado, porque el interés del acreedor a que la prestación se realice puntualmente se eleva a rango fundamental del programa contractual, aun cuando pueda resultar en el contexto de la operación o contrato que el cumplimiento ulterior todavía sea de utilidad material o económica, se habla de término esencial subjetivo. Si la esencialidad surge del hecho de que una prestación posterior al momento fijado en el contrato (expresa o tácitamente) para su ejecución hace desaparecer con carácter absoluto su utilidad, se habla, entonces, de término esencial objetivo. Téngase en cuenta que en ambos supuestos hay un acuerdo (expreso o tácito) sobre el término. La diferencia se cifra en que en el caso del término subjetivo el acuerdo es *sobre* el término esencial, mientras que en el caso del término objetivo el acuerdo está en el término, no en la esencialidad, que las partes, o dan por supuesta, o irremediablemente proviene de la naturaleza y circunstancias de la prestación» [(2008) pp. 98-99, la cursiva es del autor; *vid.* pp. 109-112

– La posibilidad de resolver directamente la relación contractual en el DCFR

A) El DCFR regula algunos supuestos en los que el acreedor dispone directamente del remedio de la resolución, como podrá comprobarse en lo que sigue.

Según el artículo III.-3:502 DCFR:

«Termination for fundamental non-performance

(1) A creditor *may terminate* if the debtor's non-performance of a contractual obligation is *fundamental*.

(2) A non-performance of a contractual obligation is fundamental if:

(a) *it substantially deprives the creditor of what the creditor was entitled to expect under the contract*, as applied to the whole or relevant part of the performance, *unless* at the time of the conclusion of contract the debtor did not foresee and could not reasonably be expected to have foreseen that result; *or*

(b) *it is intentional or reckless and gives the creditor reason to believe that the debtor's future performance cannot be relied on*» (la cursiva es nuestra).

Y en virtud del artículo III.-3:504 DCFR:

«Termination for anticipated non-performance

A creditor *may terminate before* performance of a contractual obligation is due *if the debtor has declared* that there *will* be a non-performance of the obligation, or *it is otherwise clear* that there *will* be such a non-performance, *and* if the non-performance would have been *fundamental*» (la cursiva es nuestra).

B) Para el incumplimiento esencial del artículo III.-3:502 (2) (a) DCFR, en el *Comment B* del artículo se destaca que en la definición hay tres elementos: *uno*, qué es lo que el acreedor tiene derecho a esperar; *otro*, que el incumplimiento prive sustancialmente al acreedor de lo que tenía derecho a esperar; y *el tercero*, si el deudor previó o podría razonablemente haber esperado tal resultado¹³⁹.

Sobre qué es lo que el acreedor tiene derecho a esperar, en el *Comment B* se indica que ello depende en amplia medida de la naturaleza y de los términos del contrato. Si el contrato permite al deudor alguna laxitud en el cumplimiento, entonces el acreedor no tendrá derecho a esperar que el cumplimiento sea conforme con el estándar más exigente. Y si el contrato prevé el exacto cumplimiento

en relación con el término esencial objetivo, y pp. 115-117 en relación con el término esencial subjetivo; *vid.* también pp. 133-135].

¹³⁹ *Comment B* del artículo III.-3:502 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, pp. 853-854. Pero para el incumplimiento de la falta de conformidad en las compraventas B2C (que no es el incumplimiento del que ahora tratamos) el umbral a partir del cual el consumidor puede resolver la relación contractual de compraventa es más bajo que el umbral del incumplimiento esencial (cfr. art. IV.A.-4:201 DCFR).

con seguras previsiones, entonces el acreedor tiene derecho a esperar un cumplimiento exacto. Los usos y las prácticas pueden ser importantes para decidir, lo que tiene una parte derecho a esperar. Por ejemplo, en algunos campos de actividad puede esperarse un estricto cumplimiento en relación con el tiempo de entrega o, en relación con la provisión de documentos de una determinada manera. En algunos casos, la naturaleza del contrato puede ser algo decisivo. *Por ejemplo*, en un contrato de entrega de flores para una boda en cierto día, el comprador tendrá derecho a esperar que las flores sean entregadas a tiempo para la boda y que no sean entregadas al siguiente día. Asimismo, lo que el acreedor tiene derecho a esperar también depende de las cualificaciones y experiencias de la parte implicada. Es algo razonable esperar más habilidad y conocimiento de un especialista altamente retribuido, que de un empleado modestamente pagado y no hábil.¹⁴⁰

Para el incumplimiento esencial del artículo III.-3:502 (2) (b) DCFR, en el *Comment B* del precepto se indica que, aunque el incumplimiento no prive al acreedor de lo que este pueda esperar recibir, dicho acreedor puede tratar al incumplimiento como incumplimiento esencial si el mismo fue intencional o gravemente imprudente y le da razón para creer que no puede confiar en el futuro cumplimiento del deudor¹⁴¹.

C) Sobre el artículo III.-3:504 DCFR, en el *Comment B* se indica que dicho precepto da al acreedor derecho a resolver, si el deudor *ha repudiado* el contrato *diciendo que no lo ejecutará o es evidente, de cualquier otro modo, que habrá un incumplimiento esencial por parte del deudor*. El derecho del acreedor a resolver se basa en que no es razonable esperar que éste continúe vinculado, una vez que resulta evidente que el deudor no puede o no quiere cumplir la obligación principal en la fecha debida. La principal consecuencia de este artículo del DCFR es que, para el remedio de la resolución, un evidente incumplimiento anticipado esencial *equivale* a un incumplimiento esencial posterior al cumplimiento devenido exigible.¹⁴²

¹⁴⁰ *Comment B* del artículo III.-3:502 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1 pp. 853-854. Sobre la relación entre el derecho del acreedor de resolver la relación contractual y el derecho del deudor de subsanar su incumplimiento, *vid. Comment C, op. cit.*, p. 856. El DCFR regula el derecho del deudor de subsanar su incumplimiento en los artículos III.-3:201 a III.-3:205. Según el artículo III.-3:201: «Scope/ This Section applies where a debtor's performance does not conform to the terms regulating the obligation». *Vid. Comment B* del artículo III.-3:203 DCFR (When creditor need not allow debtor an opportunity to cure), *op. cit.*, p. 818.

¹⁴¹ *Comment B* del artículo III.-3:502 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1 p. 855.

¹⁴² *Comment B* del artículo III.-3:504 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1 p. 867. Y en el *Comment D* del artículo III.-3:504 DCFR: «In order for the Article to apply it must be "clear" that the debtor is not willing or able to perform at the due date. An express repudiation by the debtor will satisfy this requirement but even in the absence of a repudiation the circumstances may make the situation clear. If the debtor's behavior merely engenders doubt as to willingness or ability to perform, the creditor's remedy is to demand an assurance of performance» (*op. cit.* p. 868).

– La posibilidad de resolver directamente la relación contractual en el CESL

A) El CESL también admite que el incumplimiento esencial permite resolver directamente la relación de compraventa y, asimismo admite la resolución por el incumplimiento anticipado («previsible») del deudor¹⁴³.

En virtud del artículo 114 CESL:

«Resolución por incumplimiento

1. Un comprador podrá resolver el contrato a tenor del artículo 8¹⁴⁴ *si el incumplimiento* en que hubiera incurrido el vendedor en virtud del contrato *es esencial a tenor* del artículo 87, apartado 2.

2. (...)» (la cursiva es nuestra).

Según el artículo 87.2 CESL:

«Incumplimiento e incumplimiento esencial

1. (...).

2. Un incumplimiento de una obligación por una parte será esencial si:

(a) *priva sustancialmente a la otra parte de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato, salvo que en el momento de su celebración la parte incumplidora no previera ni cabe esperar que hubiera previsto ese resultado; o*

(b) *sea de tal naturaleza como para que resulte evidente que no puede confiar en el futuro cumplimiento de la parte incumplidora»* (la cursiva es nuestra).

¹⁴³ En relación con el incumplimiento de la falta de conformidad (que no es el incumplimiento del que ahora nos ocupamos) y siendo el contrato B2C, el umbral a partir del cual el consumidor puede resolver la relación de compraventa es más bajo que el umbral del incumplimiento esencial (art. 114.2 CESL). Por otro lado, en los contratos B2B, los remedios del comprador por el incumplimiento del vendedor de la no conformidad con el contrato se encuentran limitados por el derecho del vendedor de subsanar su incumplimiento [cfr. arts. 106.2 (a), 109 CESL], pero eso no sucede en los contratos B2C en los que los remedios de que el consumidor-comprador dispone no se encuentran limitados por un derecho de subsanación del vendedor del que éste no dispone en este otro tipo de contratos [cfr. art. 106.3 (a) CESL]. *Vid.* ZOLL, «Comentario del artículo 106 CESL» (2009) núm 3, pp. 491-492 y, «Comentario del artículo 109 CESL», núms. 2, 3 y 4, pp. 496-497.

¹⁴⁴ Artículo 8 CESL: «Resolución del contrato/ 1. Se entenderá por “resolver un contrato” poner fin a los derechos y obligaciones de las partes en virtud del contrato, a excepción de aquellos que tengan su fundamento en cualquier cláusula contractual que regule la solución de conflictos o cualesquiera otras cláusulas que deban aplicarse incluso después de la resolución./ 2. Los pagos adeudados y las indemnizaciones por daños y perjuicios por cualquier incumplimiento ocurrido antes del momento de la resolución seguirán siendo vinculantes. Cuando la resolución se produzca por incumplimiento o incumplimiento anticipado, la parte que resuelva el contrato también tendrá derecho a indemnización por daños y perjuicios en lugar del futuro cumplimiento de la otra parte./ 3. Los efectos de la resolución en el reembolso del precio y en la devolución de los bienes o los contenidos digitales, y demás efectos restitutorios, se regirán por las normas sobre restitución que establece el capítulo 17».

Por último, el artículo 116 CESL dispone:

«Resolución por incumplimiento previsible

El comprador podrá resolver el contrato *antes* de que venza el cumplimiento *si* el vendedor *ha declarado o queda claro de otro modo, que se producirá el incumplimiento, y si este fuera de tal naturaleza que justificara la resolución*» (la cursiva es nuestra).

B) Los criterios empleados en el CESL para calificar a un incumplimiento de esencial son los mismos que los del artículo III.-3:502 DCFR. Por ello, solo voy a exponer el siguiente comentario que Zoll realiza sobre el artículo 87.2 (b) CESL.

Zoll señala que hay dos supuestos principales que justifican la pérdida de confianza en el futuro cumplimiento o subsanación de la obligación. Uno, es aquel en el que el comportamiento de la parte conlleva que se ponga en cuestión su integridad. Se incluyen aquí las acciones fraudulentas del deudor; por ejemplo, no informar fraudulentamente de la falta de conformidad o, realizar otro comportamiento doloso («intentional misrepresentation»). El otro supuesto es aquel en el que el incumplimiento de la obligación prueba la falta de competencia profesional del deudor.¹⁴⁵

C) El transcrito artículo 116 CESL contempla los supuestos en los que el vendedor *declara que incumplirá o, queda claro que incumplirá*, siendo necesario que la naturaleza del incumplimiento permita la resolución de la relación de compraventa. Zoll indica que si el vendedor no notifica su incumplimiento anticipado, el contrato puede resolverse si el incumplimiento es seguro. Esto implica que toda razonable valoración del caso podrá conducir a la conclusión de que el contrato no será correctamente cumplido. La carga de la prueba sobre la certidumbre del futuro incumplimiento corresponde al comprador.¹⁴⁶

[32] En lo que se refiere a nuestro Derecho y en Código civil, al incumplimiento *del vendedor de la no entrega del bien en plazo* ha de aplicársele la regla general de la resolución del artículo 1124 CC (cfr. art. 1506 CC; pues la regulación de la compraventa del Código civil no contempla específicamente la resolución por el incumplimiento de la obligación de entrega del vendedor; cfr. arts. 1503, 1504, 1505 CC).

No lo dice expresamente el artículo 1124 CC, pero el incumplimiento resolutorio es el incumplimiento esencial (o grave), noción ésta conformada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. Ante el incumplimiento resolutorio, el perjudicado podrá directamente resolver; si el incumplimiento no es resolutorio, no podrá hacerlo. El problema que al respecto se plantea es el de concretar cuándo se

¹⁴⁵ ZOLL, «Comentario del artículo 87 CESL» (2012) núm. 39, p. 407.

¹⁴⁶ ZOLL, «Comentario del artículo 116 CESL» (2012) núm. 4, p. 521.

está ante un incumplimiento resolutorio. Y lo es aquél en que habiendo un *término esencial* para el cumplimiento, el vendedor no entrega el bien en la fecha exigible¹⁴⁷. También es incumplimiento resolutorio, aquél en el que *el vendedor indica al comprador que no le entregará el bien*¹⁴⁸. Nuestro Derecho (más bien su puesta en práctica) recoge, pues, los dos supuestos del artículo 18.1.II de la Directiva 2011/83/UE que permiten al comprador-consumidor resolver directamente la relación de compraventa. Y los indicados incumplimientos resolutorios también lo son para la compraventa del TRLGDCU (art. 59.2.I TRLGDCU).

En cambio, el Código civil no dispone como regla general que el acreedor pueda resolver la relación contractual cuando resulta infructuoso el plazo adicional que aquél hubiere fijado al deudor incumplidor para cumplir¹⁴⁹. Esto es, el Código civil no recoge con carácter general la regla del artículo 18.2.I de la Directiva 2011/83/UE.

[33] Teniendo en cuenta todo lo antes señalado, *¿qué habría de incorporarse al TRLGDCU?*

¹⁴⁷ Por ejemplo, SAN MIGUEL PRADERA: «(...) hemos apuntado que no basta cualquier incumplimiento para que se pueda acudir al remedio resolutorio, sino que es necesario que éste sea de cierta importancia. Toda nuestra doctrina está de acuerdo en que *la inobservancia del término esencial* es un incumplimiento de entidad tal que justifica el recurso del remedio resolutorio. A estos efectos, en ausencia de una norma especial, el incumplimiento del término esencial constituye un *incumplimiento subsumible en el artículo 1124 CC* y, por tanto, susceptible de ocasionar la resolución del contrato en él prevista» [(2004) [277] p. 239; en el original, la cursiva es negrita; *vid* además [284]-[286] pp. 243-246]. *Vid.* también INFANTE RUIZ (2008) pp. 207-209; RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) pp. 226-227.

¹⁴⁸ RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) pp. 227-228.

¹⁴⁹ Pero algunos autores son partidarios de tal regla. SAN MIGUEL PRADERA informa: «Algunos de nuestros autores, conscientes de las incertidumbres que rodean al acreedor que, ante la falta de cumplimiento en el momento previsto, quiere desligarse de la relación obligatoria; y conscientes de lo injusto que puede ser exigirle que, a pesar del incumplimiento, permanezca vinculado durante un período de tiempo más o menos prolongado en una relación que finalmente se revela inútil han puesto de manifiesto la *posibilidad de realizar una declaración de resolución condicionada a la falta de cumplimiento en un plazo adicional otorgado por el propio acreedor*./ Estos autores advierten que no se encuentra ningún obstáculo para que el acreedor tome esta iniciativa, a pesar de la falta de un reconocimiento legal expreso de la exigencia de declaración de resolución, condicionada a la falta de pago en el plazo adicional señalado por el acreedor» [(2004) [552] pp. 441-442; la cursiva es negrita en el original]; «La falta de reconocimiento legal de la concesión de un plazo al deudor para que cumpla antes de que tenga lugar la resolución no ha impedido que, en la práctica, sea habitual su utilización» (*op. cit.* [555] p. 443; a continuación, la autora analiza la notificación del art. 1504 CC, el pacto de cláusula resolutoria con concesión de plazo al deudor para cumplir, la jurisprudencia que admite la declaración de resolución condicionada a la falta de pago del precio, y el respaldo de la doctrina: [557]-[567] pp. 443-453; si no se pactó cláusula resolutoria con concesión de plazo: [564] p. 449).

Sumándose a la opinión de Pantaleón, SAN MIGUEL PRADERA es partidaria de que en nuestro Derecho se regule la posibilidad de la resolución tras haber fijado el acreedor, al deudor, un nuevo plazo para cumplir y no cumplir este último en el mismo (*op. cit.* [606] p. 479; sobre las características y requisitos de la concesión de plazo: [607] pp. 479-480; *vid.* [008] p. 33). *Vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) pp. 229-232.

Puesto que, como se ha indicado en [32], el Código civil no recoge la regla general del artículo 18.2.I de la Directiva 2011/83/UE –aquella en la que el comprador-consumidor ha de fijar un previo plazo para el cumplimiento– la misma *ha de incorporarse* a la compraventa del TRLGDCU. En cambio, podría parecer que no sería preciso incorporar al TRLGDCU la regla especial del artículo 18.2.II de la Directiva 2011/83/UE –aquella en la que ante el incumplimiento del vendedor-comerciante, el comprador-consumidor puede directamente resolver–; la misma está presente en nuestro Derecho (art. 1124 CC), como también hemos expuesto en [32]. Sin embargo, puesto que nuestro Derecho *debe* contener la regla general y la especial del artículo 18.2 de la Directiva 2011/83/UE *y esto debe hacerse con claridad, sin dejar espacio al planteamiento de dudas (ha de haber plena seguridad de que ello es así), lo correcto es que al TRLGDCU se incorporen ambas reglas general y especial.*

2.2 La forma de ejercicio de la resolución: la resolución mediante declaración de voluntad del acreedor

[34] El artículo 18.2 de la Directiva 2011/83/UE no dispone –o no dispone con la pertinente y deseable claridad expresa– cuál es la forma en que el comprador-consumidor ha de ejercitar la resolución que regula. Sin embargo, en el Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE se apunta (puede entenderse) que la forma de ejercicio de la resolución se presupone que es *mediante declaración de voluntad del comprador-consumidor dirigida al vendedor-comerciante*. También se desprende de dicho Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE, que es competencia de los Estados miembros determinar la forma en que el comprador-consumidor ha de realizar la resolución. Por tanto, el legislador nacional podrá disponer que haya libertad de forma en el ejercicio de la resolución o, que la resolución haya de realizarse mediante una/s forma/s determinada/s. Según el Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE: «La presente Directiva debe entenderse *sin perjuicio de las disposiciones nacionales sobre la forma* en que el consumidor debe *notificar* al comerciante su voluntad de resolver el contrato» (la cursiva es nuestra).

– La forma de ejercicio de la resolución en el DCFR

A) Según el artículo III.-3:507 DCFR:

«Notice of termination

(1) A right to terminate under this Section is exercised by *notice to the debtor*.

(2) Where a notice under III.-3:503 (Termination after notice fixing additional time for performance) *provides for automatic termination if the debtor does not perform within the period fixed by the notice, termination takes effect after that period or a reasonable length of time from the giving of notice (whichever is longer) without further notice*» (la cursiva es nuestra).

A.1) En el *Comment A* del artículo se indica que el Derecho de algunos Estados miembros exige, al menos en principio, un orden judicial para resolver la relación contractual. *Este acercamiento tradicional se ha encontrado inconveniente y se somete ahora a más y más excepciones*. Por ello, el artículo III.-3:507 DCFR *adopta la regla actual más común, de que la resolución puede realizarse mediante notificación a la otra parte*.¹⁵⁰ La notificación puede realizarse en cualquier forma. No se precisa emplear especiales palabras o expresiones. Sólo se necesita indicar de un modo u otro que el acreedor mira la relación contractual como resuelta¹⁵¹.

En el mismo *Comment A* se indica que el deber de ejercitar los derechos de conformidad con la buena fe [art. III.-1:103 DCFR (*Good faith and fair dealing*)] puede, en algunos casos, exigir que la notificación indique la razón de la resolución, y, si se trata de una resolución parcial, su extensión¹⁵².

– La forma de ejercicio de la resolución en el CESL

A) El artículo 118 CESL dispone:

«Notificación de la resolución

El derecho a la resolución en virtud de lo dispuesto en la presente sección [Sección 5, *Resolución*, del Capítulo 11, *Remedios del comprador*, del CESL] *se ejercerá previa notificación al vendedor*» (la cursiva es nuestra).

A.1) Zoll indica que el artículo 118 CESL tan solo aclara que el ejercicio de la resolución exige su comunicación en el sentido del artículo 10 CESL¹⁵³. Normalmente, la razón de comunicar la

¹⁵⁰ *Comment A* del artículo III.-3:507 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 879.

¹⁵¹ *Comment A* del artículo III.-3:507 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 879.

¹⁵² *Comment A* del artículo III.-3:507 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1, p. 879.

¹⁵³ Artículo 10 CESL: «Notificación/ 1. El presente artículo se aplicará en relación con las notificaciones que se realicen a cualquier efecto en virtud de las reglas de la normativa común de compraventa europea y del contrato. El término “notificación” incluye la comunicación de cualquier declaración que pretenda surtir efectos jurídicos o transmitir información con una finalidad jurídica./ 2. Las notificaciones podrán realizarse de cualquier forma adecuada a las circunstancias./ 3. Las notificaciones surtirán efecto cuando lleguen a su destinatario, salvo que en ellas se disponga que tendrán un efecto diferido./ 4. La notificación llegará a su destinatario:/ (a) en el momento en que se le entregue;/ (b) cuando se entregue en el domicilio social del destinatario o, si carece de domicilio social, o si la notificación va destinada a un consumidor, en la residencia habitual del destinatario;/ (c) en caso de que una notificación se transmita por correo electrónico u otro medio de comunicación individual, cuando el destinatario pueda acceder a la misma; o/ (d) cuando se ponga a disposición del destinatario en tal lugar y de tal forma que sea razonable esperar que el destinatario tenga acceso a la misma sin demora indebida./ La notificación habrá llegado al destinatario después de que se haya cumplido alguna de las condi-

resolución es que, de este modo, el vendedor puede valorar si las condiciones de la resolución se cumplen.¹⁵⁴

[35] En cuanto a nuestro Derecho, la resolución del artículo 1124 CC –con la que estamos comparando la del art. 18.2 de la Directiva 2011/83/UE (*supra* [32])– es de ejercicio judicial conforme a una interpretación literal del texto normativo (art. 3.1 CC). Según el artículo 1124.III CC, «[e]l Tribunal *decretará* la resolución que se reclame, a no haber causas justificadas que la autoricen para señalar plazo». Siendo esto así, es conocida la asentada jurisprudencia que admite que la resolución del artículo 1124 CC puede ejercitarse mediante declaración de voluntad del acreedor (en nuestro caso del comprador-consumidor) dirigida al deudor (al vendedor-comerciante) bajo el posterior control de los Tribunales si el deudor la discute (*vid.* por ejemplo la STS, 1.^a, 27.6.2011, Pte. Excmo Sr. D. Ferrándiz Gabriel; FD 3.^o, 5.^o; Cendoj, Roj 4568/2011)¹⁵⁵. Esta jurisprudencia (Derecho nacional) concordaría con lo que se indica (con lo que se presupone) en el Considerando (52) de la Directiva 2011/83/UE (*supra* [34]).

Entonces, ¿convendría introducir en la compraventa del *TRLGDCU* una norma que dispusiera que la resolución se ejercita mediante declaración de voluntad notificada al vendedor?

ciones descritas en las letras a), b), c) o d), según cual se cumpla primero./ 5. La notificación no surtirá efecto alguno si su destinatario hubiera recibido previamente o al mismo tiempo una revocación de la misma./ 6. En las relaciones entre un comerciante y un consumidor, las partes no podrán excluir la aplicación de los apartados 3 y 4, ni introducir excepciones o modificar sus efectos en detrimento del consumidor.»

¹⁵⁴ ZOLL, «Comentario del artículo 118 CESL» (2012) núm. 1, pp. 523-524.

¹⁵⁵ Información sobre cómo la jurisprudencia del Tribunal Supremo ha admitido el ejercicio de la resolución por declaración de voluntad unilateral del acreedor y opinión de los autores en: SAN MIGUEL PRADERA (2004) [429]-[451] pp. 353-368. La autora caracteriza así a nuestro Derecho: «La especialidad de nuestro Ordenamiento radica, precisamente, en que la regulación legal de la resolución ha sido obra de la jurisprudencia y de la doctrina» ([451] p. 368; a partir de [453] ss. pp. 369 ss. dedica su obra a construir el régimen de la resolución por declaración de voluntad unilateral en nuestro Derecho). Sobre la relación entre esta resolución y el ejercicio judicial de la resolución, indica: «Admitir la posibilidad de ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria mediante declaración de voluntad afecta sin duda al sistema. Queramos o no, lo transforma. Y esto obliga a replantearse qué papel le corresponde al ejercicio judicial, cuando se produzca./ Si el acreedor opta por esta vía, lo que en realidad está haciendo es manifestar su voluntad resolutoria a través de la demanda, y, al mismo tiempo, solicitar al juez –para evitar el riesgo de una resolución mal hecha– que verifique si tiene o no derecho a ella. La sentencia, como ocurriría en una resolución extrajudicial discutida judicialmente por el deudor, no es constitutiva, sino declarativa de que la resolución ha podido producirse y de que se ha producido, con la demanda, al concurrir los presupuestos de existencia del derecho» (*op. cit.* [620] pp. 515-516; *vid.* también [446]-[448] pp. 365-367). SAN MIGUEL PRADERA daba cuenta de otra línea jurisprudencial sobre el ejercicio extrajudicial de la resolución: *infra* nota 159. *Vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) pp. 141-143, 149, 149-152 en particular la p. 152.

Sobre la resolución por declaración de voluntad unilateral, *vid.* FENOY PICÓN, *CCJC* (2005) núm. 68, [3]-[16] pp. 516-533. Una panorámica de los posibles modelos de ejercicio del remedio de la resolución de la relación contractual en: SAN MIGUEL PRADERA, *op. cit.* [015]-[035] pp. 36-52.

Sí. Ha de disponerse *un artículo* en el que se indique *con claridad y sin lugar a dudas* que la resolución es de ejercicio extrajudicial. No basta disponer de una jurisprudencia que, interpretando el artículo 1124 CC, realmente modifica la norma que aquél dispone.

Y también a mi juicio, la notificación de la resolución de la relación de compraventa no habría de sujetarse a una/s concreta/s forma/s. En la contratación con consumidores, para que el consumidor pueda resolver, habría de bastar con cualquier forma admitida en Derecho (cfr. art. 70 TRLGDCU para el derecho de desistimiento).

– La forma de ejercicio de los remedios del consumidor por la entrega de un producto no conforme con el contrato (reparación, sustitución, resolución, reducción del precio)

A) Aprovecho otra vez el estudio de las cuestiones que he elegido de la Directiva 2011/83/UE, para volver a referirme al régimen jurídico de la falta de conformidad del TRLGDCU. Me interesa ahora el siguiente problema. Habiendo incumplido el vendedor su obligación de entregar un producto conforme con el contrato, el comprador-consumidor dispone, con las condiciones que el TRLGDCU le exige, del remedio de la resolución. *¿Cómo se ejercita esta resolución?*¹⁵⁶

B) Teniendo presente al entonces vigente artículo 7 de la Ley 23/2003¹⁵⁷ (ahora art. 121 TRLGDCU) y, también al artículo 11.3 LGDCU¹⁵⁸, Susana Navas afirmó en 2004:

¹⁵⁶ Según el Considerando (15) *in fine* de la Directiva 1999/44/CE: «(...); que la legislación nacional puede fijar las modalidades de resolución de los contratos». En mi opinión, tal expresión implica que los Estados miembros podían determinar la forma de ejercicio del remedio de la resolución. Según M. J. MARÍN LÓPEZ: «Tampoco contiene la norma comunitaria [la Directiva 1999/44/CE] alusión alguna a la forma de ejercicio de la resolución. Se trata de nuevo de un aspecto “no armonizado” por la Directiva comunitaria, por lo que la resolución habrá de adecuarse a la forma establecida por la normativa nacional. Por esta razón, no es contraria a la Directiva la norma nacional que permita la resolución por vía extrajudicial» [(2004) tomo I, pp. 184-185]. MARTÍN ARESTI informa sobre cómo interpreta Bianca aquel Considerando (15): «En opinión de este autor [Bianca], la libertad que el Considerando 15 de la Directiva 1999/44/CE deja a los Estados miembros para decidir las modalidades de ejercicio del derecho a la resolución, no se refiere a si ésta debe ser declarada judicialmente o no, sino a cuestiones tales como la forma de la declaración, o la exigencia de que sea concedido un plazo adicional al deudor para el cumplimiento. La intervención judicial en relación con la resolución (y, en general, con todos los derechos del consumidor) sólo será necesaria en caso de disputa entre las partes sobre la aplicación de los distintos remedios; así, cuando no se pongan de acuerdo sobre la naturaleza del incumplimiento, sobre la cuantía de la indemnización debida, o sobre la medida en la que deba rebajarse el precio del producto» [(2010) nota 130, pp. 159-160].

¹⁵⁷ Artículo 7 de la Ley 23/2003: «Rebaja del precio y resolución del contrato/ La rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor, cuando éste no pudiera exigir la reparación o la sustitución y en los casos en que éstas no se hubieran llevado a cabo en plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia».

¹⁵⁸ Artículo 11.3 LGDCU: «Durante el período de vigencia de la garantía, el titular de la misma tendrá derecho, como mínimo a: a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados./ b) En los

«[é]sta [la resolución], como facultad del consumidor junto a la restitución de la cosa, ha sido ya ejercitada, lo que da lugar a la resolución mediante una *declaración de voluntad extrajudicial*, si el deudor/garante acepta la elección del titular de la garantía. Ello no empece para que tenga lugar el control judicial acerca de si la resolución adoptada *extrajudicialmente* procede o no. Esta es, a la sazón, la interpretación doctrinal acerca del art. 1124 CC que, con mayor razón, se puede sostener para los arts. 7 LGVBC y 11,3 LGDCU, lo que está en consonancia, por un lado, con la normativa europea e internacional que después se examina y, por otro lado, con la efectivas *[sic]* protección de los consumidores» (la cursiva es de la autora)¹⁵⁹.

Más adelante, tras referirse al artículo 3.5 de la Directiva 1999/44/CE¹⁶⁰, la presente autora señala:

«[e]n este texto europeo [el de la Directiva 1999/44/CE] las medidas se presentan con un *carácter extrajudicial evidente*» (la cursiva es de la autora)¹⁶¹.

C) Aunque no haya norma (artículo) que expresamente lo disponga, creo que puede apoyarse, en la propia regulación de los artículos 114 y ss. TRLGDCU, que la resolución por la entrega de un producto no conforme con el contrato tiene lugar mediante la declaración de voluntad del consumidor dirigida al vendedor.

Aun refiriéndose a la reparación y a la sustitución del producto, el artículo 119 TRLGDCU es elemento útil para la anterior afirmación. El artículo 119.1 TRLGDCU dispone que el consumidor puede optar entre la reparación o la sustitución del producto con los límites de la imposibilidad objetiva y la desproporción y señala, que «[d]esde el momento en que el consumidor y usuario *comunique* al vendedor la opción elegida, ambas partes habrán de atenerse a ella». El artículo 119 TRLGDCU se refiere, claramente, al ejercicio extrajudicial de los remedios de la reparación y de la sustitución del producto por parte del consumidor y desde luego,

supuestos en que la reparación efectuada no fuera satisfactoria y el objeto no revistiese las condiciones óptimas para cumplir el uso a que estuviese destinado, el titular de la garantía tendrá derecho a la sustitución del objeto adquirido por otro de idénticas características o a *la devolución del precio pagado*» (la cursiva es nuestra).

¹⁵⁹ NAVAS NAVARRO (2004) pp. 291-292. Esta autora se refiere a la resolución extrajudicial que es aceptada por el deudor/garante. *Supra* nota 155, hemos citado a SAN MIGUEL PRADERA para la jurisprudencia que admite la resolución mediante declaración de voluntad dirigida a la otra parte. A lo dicho, hay ahora que añadir que SAN MIGUEL PRADERA también daba cuenta de otra línea jurisprudencial que admitía la resolución por acuerdo de las partes o resolución consentida, de la opinión de los autores y, llevaba a cabo un análisis crítico de la misma [(2004) [371]-[420] pp. 308-348]. Señalaba SAN MIGUEL: «Nosotros consideramos más acertado hablar de *resolución consentida*, pues, como vamos a demostrar, se trata simplemente de un allanamiento del deudor a la pretensión resolutoria del acreedor, de manera que no significa una nueva forma de resolver el contrato, sino una consecuencia de la resolución judicial» (*op. cit.* [382] p. 318; la cursiva es negrita en el original; *vid.* también [402] p. 331, [405] p. 336, [410] p. 339, y en particular [413] p. 341).

¹⁶⁰ Transcrito *infra* nota 172.

¹⁶¹ NAVAS NAVARRO (2004) p. 295.

si el vendedor lo discutiere o se opusiere, aquél podrá acudir a los Tribunales.¹⁶²

Las expresiones de los artículos del TRLGDCU que se refieren a la resolución [«el consumidor y usuario podrá exigir (...)», «[l]a rebaja del precio y la resolución del contrato procederán, a elección del consumidor y usuario, cuando (...)»; *vid.* arts. 120.d), 120.f) y 121 TRLGDCU] se refieren, a mi juicio, a los supuestos en los que el consumidor dispone por ley de la resolución. No se refieren directamente (con claridad) a cómo se ejercita la resolución. Ahora bien, si tenemos presente que para la reparación o la sustitución del producto, el artículo 119.1 TRLGDCU regula, con claridad, su ejercicio extrajudicial y que la resolución es remedio subsidiario, lo adecuado es considerar que todo el conjunto de remedios de los que el consumidor puede disponer, por la entrega de un producto no conforme con el contrato, puede válidamente ejercitarse de modo extrajudicial. No parece adecuado que unos remedios tengan una forma de ejercicio y otros, otra.

Mediante la anterior argumentación no preciso acudir a la antes expuesta jurisprudencia del artículo 1124 CC sobre el ejercicio extrajudicial de la resolución (*supra* [35]) para interpretar del mismo modo la resolución del artículo 121 TRLGDCU. Es cierto también, que la interpretación que defiendo para el TRLGDCU está en consonancia con tal jurisprudencia¹⁶³. Pero dicho esto, y aun argumentando como he hecho que la resolución del artículo 121 TRLGDCU es de ejercicio extrajudicial, en mi opinión, debería indicarse expresamente en el propio artículo 121 TRLGDCU que la

¹⁶² Sobre los distintos aspectos que implica el ejercicio extrajudicial de los remedios de la reparación del producto no conforme y de su sustitución por otro conforme con el contrato, *vid.* por ejemplo, TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 119 TRLGDCU» (2011) p. 1091; MARTÍN ARESTI (2010) pp. 106-110; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 119 TRLGDCU» (2009) pp. 1497-1499.

¹⁶³ MARTÍN ARESTI indica: «El TRLGDCU no regula los pormenores del ejercicio del derecho del consumidor a resolver el contrato. Las referencias a la resolución contractual se limitan a establecer en qué casos ésta es procedente (art. 121 TRLGDCU) y a la previsión específica que, en relación con la restitución del precio, establece el art. 21.1 de la misma ley. Por ello, las demás cuestiones de régimen jurídico que se suscitan en relación con el ejercicio del derecho a resolver el contrato por el consumidor deben ser resueltas atendiendo al tratamiento doctrinal y jurisprudencial del art. 1124 CC. (...)» [(2010) p. 156]. Teniendo esto presente, la autora recuerda la evolución habida en relación con la resolución del artículo 1124 CC hacia la resolución extrajudicial, modelo que aplica a la resolución del artículo 121 TRLGDCU. Afirma: «El modelo de la resolución extrajudicial resulta especialmente adecuado para la tutela de los intereses que se da cita en las compraventas reguladas en el Título V del Libro II TRLGDCU, pues el escaso valor de muchos de los productos que son objeto de las ventas al consumo reduce los supuestos en los que los Tribunales conocen de este tipo de conflictos» (*op cit.* p. 159; *vid.* pp. 158-159). Por su parte, M. J. MARÍN LÓPEZ indica: «(...) el Considerando núm. 15 de la Directiva 1999/44/CE dispone que “la legislación nacional puede fijar las modalidades de resolución del contrato”. La ley española de incorporación no se ha pronunciado sobre este extremo. Pero es opinión común que cabe la resolución judicial (declarada en sentencia) y también la extrajudicial (como consecuencia de una declaración de voluntad del comprador de dar por resuelto el contrato)» [«Comentario del artículo 121 TRLGDCU» (2009) p. 1531]; además, en relación con el remedio de la reducción del precio M. J. MARÍN indica: «La rebaja del precio puede solicitarse extrajudicialmente. En caso de que el vendedor no admita su viabilidad o sus consecuencias, el comprador tendrá que acudir a la vía judicial» [«Comentario del artículo 122 TRLGDCU» (2009) p. 1534].

resolución es de ejercicio extrajudicial, coincidiendo, en esto, con la forma de ejercicio de la resolución por el incumplimiento del vendedor de su obligación de entrega de la cosa (*supra* [35]).

2.3 El efecto restitutorio de la resolución: qué ha de restituir el vendedor-comerciante al comprador-consumidor y el plazo para llevarlo a cabo

[36] Producida la resolución de la relación contractual, surge la obligación legal de la restitución si hubo ejecución contractual ¹⁶⁴. Según el artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE:

«Entrega

(...)

3. Cuando se haya resuelto el contrato, el comerciante deberá reembolsar sin ninguna demora indebida todas las cantidades abonadas en virtud mismo» ¹⁶⁵.

[37] La Directiva 2011/83/UE se ocupa de algunas de las cuestiones que implica el efecto restitutorio de la resolución para el vendedor-comerciante, bajo el presupuesto de que la resolución tenga su origen en el incumplimiento de la obligación de entrega del bien.

¹⁶⁴ Recientemente RODRÍGUEZ-ROSADO configura la resolución del modo siguiente: «(...) a mi juicio, aceptada la compatibilidad de resolución y daños y perjuicios, y la pervivencia pese a la resolución de ciertas previsiones contractuales, se debe ir más allá y dar el paso que ya han dado buena parte de los sistemas jurídicos europeos, admitiendo simple y llanamente que la resolución no extingue el contrato ni de forma retroactiva –“como si nunca hubiese existido”– ni actual. La resolución opera ciertamente la extinción de las obligaciones contractuales primarias, los deberes de prestación, produciendo por tanto el consiguiente deber de restitución. Pero el contrato y la relación jurídica contractual no se extinguen, ni devienen ineficaces, sino que se transforman en una relación que obliga a la restitución de las prestaciones realizadas (...). Eso hacen que sigan en vigor estipulaciones contractuales previstas para casos de conflicto, cláusulas penales, determinaciones sobre el Derecho aplicable y, en general las disposiciones no referidas a los deberes de prestación primarios. Y que si concurren los requisitos de la responsabilidad por daños y perjuicios, se derive del contrato –que sigue existente, por más que transformado o “resuelto”– una obligación, ahora ejercitable por la vía de acción de daños y perjuicios, de colocar a la parte que ha sufrido el incumplimiento en igual posición que estaría si el contrato se hubiese cumplido. La resolución, por tanto, cuando viene producida por unos hechos que dan lugar también a indemnización de daños y perjuicios, provoca lo que se podría llamar una “eficacia contractual alternativa”: los deberes de prestación se extinguen, y en su lugar surgen unas obligaciones de restituirse lo realizado; y el incumplimiento imputable da lugar a una obligación del incumplidor de situar a la otra parte en una posición patrimonial equivalente a la que tendría si el contrato hubiese sido regularmente cumplido. Con lo cual, por una vía diferente a la inicialmente prevista –el intercambio de las prestaciones–, el contratante no incumplidor ha de alcanzar el resultado contractual que hubiese obtenido con un devenir contractual ordinario» [(2013) pp. 158-159; *vid.* desde p. 155].

¹⁶⁵ El artículo 22 de la Propuesta de Directiva de 2008 fijaba un plazo de siete días para el reembolso: «1. (...; transcrito *supra* nota 99)./ 2. Si el comerciante no cumple su obligación de entrega, el consumidor tendrá derecho al reembolso de las sumas abonadas en un plazo de siete días a partir de la fecha de entrega prevista en el apartado 1».

Del artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE ha de destacarse la amplitud de la restitución: *toda cantidad abonada en virtud del contrato*. También, que la obligación de restitución ha de cumplirse *sin demora indebida*, concepto indeterminado y expresión que la Directiva 2011/83/UE también dispone, como hemos visto, para el plazo de cumplimiento de la obligación de entrega del bien (art. 18.1; *supra* [26]). Esta segunda norma del artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE supone que la concreción del plazo material de cumplimiento de la obligación de restitución surgida de la resolución –un día, tres días, etc.– ha de fijarse en función de las circunstancias del caso con la guía del *sin demora*. El artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE no dispone un plazo máximo en el que el vendedor-comerciante haya de cumplir su obligación de restitución, como hace el antes comentado artículo 18.1 de la Directiva 2011/83/UE.

[38] En cuanto a nuestro Derecho, recordaré brevemente algunas de las reglas aplicables al efecto restitutorio de la resolución, cuyo problema de determinación reside, básicamente, en que el Código civil no lo ha regulado de modo específico¹⁶⁶. En lo que se refiere a los terceros, el artículo 1124.IV CC remite «a los artícu-

¹⁶⁶ Sobre los efectos restitutorios *vid.* recientemente GONZÁLEZ PACANOSWKA, «Comentario del artículo 1124 CC» (2013) pp. 8251-8256. También RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) pp. 233-258; este último señala unos principios generales para el efecto restitutorio de la resolución: «A mi juicio, esos principios que dan unidad al sistema pueden reducirse a tres, que he llamado de integridad, exclusión de otros fines, y equivalencia de resultados. Según el primero de ellos, las partes deben restituirse todas las ventajas que cada una de ellas haya obtenido con el contrato resuelto: su patrimonio debe desprenderse de cualquier activo que lo haya enriquecido merced a la relación contractual, y retransmitirlo a la otra parte. Es lo que ha expresado la jurisprudencia en numerosas sentencias cuando ha dicho que la restitución de las prestaciones fruto de la resolución se encuentra regida por el art. 1303 del Código Civil, que impone, desde el paradigma de la compraventa, la necesidad de reintegrar a la otra parte cualquier aprovechamiento y beneficio que hayan sido consecuencia del contrato. Igualmente, en la medida que esa restitución pueda suponer un enriquecimiento –gastos y mejoras realizados por el obligado a restituir–, habrá necesidad de reembolsarlo, pues de otro modo el contrato resuelto daría lugar, así sea indirectamente, a un incremento patrimonial injustificado./ El segundo principio (...): la resolución debe operar la restitución de las prestaciones realizadas sin que interfieran en absoluto principios resarcitorios o punitivos./ (...) / El tercer y último principio, el que he llamado «de equivalencia de resultados» (...) quiere expresar que el ejercicio de la resolución (...), acompañada en su caso de la indemnización de daños y perjuicios, debe conducir al mismo resultado patrimonial a que hubiese conducido un cumplimiento adecuado y conforme./ (...) / La consecuencia global que se deriva de aceptar que los principios expuestos rijan los efectos restitutorios de la resolución es que ningún conjunto de reglas previsto en el Código y conexos con la resolución puede ser aplicado en bloque a este caso: el sistema restitutorio previsto por el art. 1123 para la condición resolutoria propia remite a las inadecuadas soluciones del 1122; las reglas aplicables al poseedor tampoco son conformes, pues prevén una retención de aprovechamientos contraria a los efectos restitutorios y retroactivos de la resolución; las normas de la nulidad, aunque sustancialmente idénticas, como demuestra la general dicción del 1303, tampoco serán plenamente aplicables, pues la nulidad se basa en la total inexistencia del negocio, y según veremos, el párrafo cuarto del 1124 establece una protección de terceros que se explica por la falta de efectos retroactivo-reales de la resolución; y, en fin, las reglas de la rescisión, por más que escuetas, establecen en el párrafo primero del 1295 una limitación que no resulta coherente con el carácter de remedio al incum-

los 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria»¹⁶⁷. Para los efectos *inter partes*, dada la concepción que el Código civil acoge del remedio de la resolución –este se regula tras la regulación de las obligaciones condicionales– el Tribunal Supremo ha considerado aplicable el artículo 1123 CC, cuyo primer párrafo dispone, para la obligación de dar (la que nos interesa) y cumplida la condición, que «los interesados (...) deberán restituirse lo que hubiesen percibido»¹⁶⁸. Además, para la pérdida, el deterioro o la

plimiento de la resolución. En conclusión, se requiere articular un sistema particular y coherente de reglas restitutorias que rijan para este caso» [(2013) pp. 238-240; *vid.* p. 161].

¹⁶⁷ En relación con los terceros, por ejemplo, en la STS, 1.ª, 2.3.2006 (Pte. Excmo. Sr. D. Román García Varela; Cendoj, Roj STS 992/2006) se indica: «El motivo primero del recurso (...) –se estima porque el último párrafo del artículo 1124 establece que la resolución se produzca “sin perjuicio de los derechos de terceros adquirentes, con arreglo a los artículos 1295 y 1298 y a las disposiciones de la Ley Hipotecaria”, y el artículo 1295.2 del Código civil contempla la posibilidad de que las cosas objeto del contrato se hallen en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe y, si bien, para esta hipótesis, dispone que no “tendrá lugar la rescisión”, esta expresión es impropia, según las doctrinas científica y jurisprudencial, y sólo significa que se excluyen los efectos de la restitución a cargo del tercero de buena fe, como ocurre en la cuestión debatida, es decir, impide que pueda ejecutarse la rescisión, aunque, según señala el párrafo final del precepto, podrá reclamarse la indemnización de daños y perjuicios al causante de la lesión./ Desde la posición recién indicada, esta Sala ha sentado que, en estos casos, se limita el alcance restitutorio de la resolución en cuanto que el contratante incumplidor deberá restituir el valor correspondiente (entre otras, SSTS de 6 de junio de 1995 y 16 de diciembre de 2002)» (FD 2.º; la cursiva es nuestra). *Vid.* CARRASCO PERERA (2010) núm. 45 p. 1153.

¹⁶⁸ Sobre las restituciones que pueda implicar la resolución de la relación obligatoria hay una importante cuestión, la de si la resolución conlleva, o no, la devolución de los frutos de la cosa, la devolución de los intereses del precio; también, la de si la resolución conlleva la devolución del valor del uso de la cosa. Sobre esto hay distintas opiniones doctrinales. En lo que sigue, sólo ofrezco algunas de ellas. Según ÁLVAREZ VIGARAY: «(...) creemos que en el Derecho positivo español (...) habrá que devolver los frutos que las prestaciones realizadas hayan producido o podido producir. Esta restitución de frutos se impone por la remisión que el párrafo final del art. 1124 hace al art. 1295, el cual dispone (...). Además se justifica por la consideración de que la resolución por incumplimiento presupone que una de las partes no ha cumplido o ha cumplido parcial o defectuosamente la obligación que le correspondía, por consiguiente resultará que mientras una de las partes habrá percibido en su integridad los frutos o intereses de la cosa a ella entregada, la otra no habrá experimentado una percepción, en todo o en parte, semejante; por tanto no podrán compensarse los frutos con los intereses, como dice el art. 1120 para las obligaciones condicionales, por la razón de que aquí una parte no los ha percibido./ (...) Asimismo por la utilización y goce de cosas no fructíferas deberá abonarse el valor que esa utilización o goce tuvieran al tiempo de realizarse la prestación» [(2003) p. 374; *vid.* desde p. 372 hasta p. 375]. RODRÍGUEZ-ROSADO: «Un punto que conviene precisar es el relativo al modo de valorar el equivalente económico de la prestación realizada. A mi juicio, coincidente con el de Díez-Picazo, la acción para obtener el equivalente pecuniario en los casos de imposibilidad de restitución en forma específica debe considerarse como una acción de enriquecimiento. (...). El mismo criterio de enriquecimiento determina, en cambio, que si se debe compensar a la otra parte, en la medida que supone un ahorro, el uso temporal de un bien que ha realizado un contratante en virtud de un contrato luego resuelto./ (...) Precisamente esa idea de que la finalidad de la restitución es reintegrar al otro patrimonio cualquier activo patrimonial que traiga causa del contrato resuelto determina que, como ha afirmado unánimemente la doctrina y ha dicho la jurisprudencia, los contratantes deban restituirse los frutos percibidos –o su valor, si no es posible hacerlo *in natura*– y los intereses de las cantidades percibidas. (...) las restituciones consecuencia de la resolución (...) deben regirse por un sistema de restitución absoluto, similar en este punto al que imponen los arts. 1295 y 1303: como ha dicho la jurisprudencia, las consecuencias de la resolución, la rescisión y la nulidad han de ser las mismas –con las mencionadas salvedades en

mejora de la cosa, el artículo 1123.II CC remite al artículo 1122 CC y este último precepto también lo ha aplicado el Tribunal Supremo en relación con el efecto restitutorio de la resolución del artículo 1124 CC (para la mejora)¹⁶⁹. Esto sin perjuicio de las indicaciones que dicho Alto Tribunal hace de otros preceptos ubicados en sede de nulidad de los contratos (*v.gr.* art. 1303 CC)¹⁷⁰.

cuanto al régimen de protección de terceros, (...)/ El único punto de discusión en este punto es el relativo al pago de intereses por las cantidades percibidas en virtud del contrato resuelto (...). La jurisprudencia mayoritaria da lugar a dicho pago, entendiendo que procede desde que se produjo el desembolso de esa cantidad e incluso aunque los intereses no hubiese sido objeto de petición por la parte a la que corresponde su cobro. Pero no faltan otras Sentencias, igualmente recientes, que no los conceden cuando no han sido inicialmente pedidos, o que sólo los entienden procedentes desde la demanda. Y aun hay algunas Sentencias más antiguas que entiende que lo que procede no son los intereses de la cantidad entregada, sino su cuantía actualizada en función de IPC (...)» [(2013) pp. 250-253]. CARRASCO PERERA: «*Frutos e intereses*. El art. 1124 CC no realiza previsión al respecto, y la misteriosa remisión que se contiene en el apartado IV del precepto al art. 1295 CC no es seguro que deba comprender su apartado primero, que es precisamente el que impone la restitución con frutos e intereses. Si se propusiera una interpretación analógica de estos preceptos, los frutos e intereses se deberían en restitución en los términos ordinarios (arts. 1295 y 1303 CC) y no se compensarían impropriamente unos con otros (no se aplicará el artículo 1120 CC). Pero también cabe proponer que el régimen de la rescisión y la nulidad no se aplican a este respecto, y que frutos e intereses sólo son restituibles en concepto de resarcimiento, y siempre que proceda este resarcimiento de resultas del incumplimiento imputable. En mi opinión, y como regla, no procede la aplicación analógica de los arts. 1295 y 1303 CC, y la restitución no alcanza a los frutos ni a los intereses, que sólo pueden ser exigidos y resultar compensados en concepto de *resarcimiento* por los daños de incumplimiento, y, subsiguientemente, como compensación de dicha indemnización. (...). El comprador que resuelve por incumplimiento del vendedor y reclamara de éste el resarcimiento de los daños en la medida de lo que hubiera obtenido de haberse producido el cumplimiento, no puede ser condenado a restituir los frutos obtenidos de la cosa; pero si quiere obtener el resarcimiento en forma de interés legal de la cantidad que (*sic*) dinero entregó como precio, deberá entonces deducir lo que obtuvo como fruto o como uso de la cosa. Es decir, no existe una pretensión abstracta y automática de cada uno los contratantes a obtener la restitución de frutos y pago de intereses como consecuencia de la resolución, distinta de la correspondiente pretensión de resarcimiento (neto) por el daño derivado del incumplimiento. (...)» [(2010) núm. 47 pp. 1155-1156; la primera cursiva es negrita en el original]. *Vid.* FENYO PICÓN, *CCJC* (1998) núm. 48 pp. 1087-1088.

¹⁶⁹ Por ejemplo, refiriéndose a la mejora de la cosa, en la STS 1.ª, 1.7.2005 (Pte. Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros; Cendol, *Roj STS 4412/2005*) se indica: «En efecto, la sentencia recurrida quiso compensar el aumento de valor del solar por efecto del planeamiento urbanístico con los intereses de la parte de precio recibido. Pero aquel aumento de valor no ha sido provocado por la compradora, en nada se ha empobrecido, y de él, además no ha querido beneficiarse, pues ha incumplido voluntariamente la obligación de pago del precio aplazado./ La incidencia favorable del planeamiento urbanístico debe ser considerada como una mejora de la cosa, no es fruto de ella. *La resolución por incumplimiento produce, en cuanto a sus efectos restitutorios, los de las condiciones resolutorias según el artículo 1123 Cód. civ. (sentencia de 5 de febrero de 2002), que en su párrafo segundo se remite al art. 1122 en cuanto a la pérdida, deterioro o mejora de la cosa. Aplicando la regla quinta de este último, el aumento de valor cedería en beneficio del acreedor de la restitución, o sea, de la parte vendedora que ha resuelto*» (FD 1.º; la cursiva es nuestra). Ahora bien, sobre la restitución de mejoras, cuando la relación obligatoria se ha resuelto por incumplimiento, *vid.* CARRASCO PERERA (2010) núm. 48 pp. 1156-1158; FENYO PICÓN, *CCJC* (1998) núm. 48 pp. 1088-1089.

¹⁷⁰ En la STS, 1.ª 27.10.2005 (Pte. Excmo Sr. D. Pedro González Poveda; Cendoj, *Roj STS 6545/2005*) se lee: «Dice la sentencia de 17 de junio de 1986, citada en la de 5 de febrero de 2002, que “es opinión comúnmente aceptada, tanto por la doctrina científica como por la jurisprudencia, que la resolución contractual produce sus efectos no desde el momento de la extinción de la relación obligatoria, sino retroactivamente desde su celebración, es decir,

Sobre lo que en este momento interesa –los efectos restitutorios de la compraventa resuelta por el incumplimiento del vendedor-comerciante por su no entrega del bien– este vendedor-comerciante ha de restituir al comprador-consumidor el precio pagado o, la parte de precio pagada. Sobre el momento de cumplimiento de tal obligación restitutoria, hay que decir, de nuevo, que el Código civil no lo regula específicamente. Ahora bien, surgida la obligación de restitución, desde ese mismo momento la misma es exigible (obligación pura; cfr. art. 1113 CC). El cumplimiento de la obligación de restitución ha de hacerse *sin ninguna demora indebida*. (Vid. *supra* [27]).

Lo anterior es aplicable a la compraventa del TRLGDCU (art. 59.2.I).

[39] *¿Ha de incorporarse al TRLGDCU una norma similar a la del artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE?* Sí, por lo siguiente.

Por un lado porque, siendo cierto que en el Derecho español el vendedor debe restituir lo recibido cuando se resuelve la relación contractual, ello se articula bajo una concepción y en un diseño normativo del remedio de la resolución, hoy superado por la doctrina de los autores. Lo cierto es, más allá de la problemática que analizamos (la de la transposición a nuestro Derecho de la Directiva 2011/83/UE) que lo que hoy sería adecuado es regular el remedio general de la resolución por incumplimiento y disponer en el Código civil en qué consisten sus efectos restitutorios. Pero mientras esto no suceda, *debe* incorporarse al TRLGDCU la mínima regulación que para la restitución derivada de la resolución dispone la Directiva 2011/83/UE.

no con efectos “ex nunc” sino “ex tunc”, lo que supone volver al estado jurídico preexistente como si el negocio no se hubiera concluido, con la secuela de que las partes contratantes deben entregarse las cosas o las prestaciones que hubieran recibido en cuanto la consecuencia principal de la resolución es destruir los efectos ya producidos, tal como se ha establecido para los casos de rescisión en el art. 1295 del Código civil al que expresamente se remite el art. 1124 del mismo Cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para el caso de nulidad en el art. 1303 y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el art. 1123”. Por su parte, dice la sentencia de 11 de febrero de 2003 que “parando mientes en el otro aspecto de la cuestión resulta que el vendedor tiene a su vez que reintegrar el precio percibido con sus intereses legales, los cuales deben ser computados desde que efectivamente se hizo el pago, y no desde la celebración del contrato (sentencia de 12 de noviembre de 1996)”, *doctrina que recaída en torno a la aplicación del art. 1303 del Código Civil en relación con la nulidad contractual, ya sea absoluta o relativa, es aplicable a la resolución de los contratos./ Los términos en que está redactado el antes transcrito pedimento de la demanda reconvenzional evidencian que en el mismo no se contiene una pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios sino, aunque en la fundamentación de la reconvencción no se cita el art. 1303 del Código civil, el reintegro de los intereses legales como forma de obtener la íntegra restitución de lo entregado –el precio con sus intereses–; al no entenderlo así la Sala de instancia ha infringido los preceptos legales citados en el motivo que debe ser estimado con él, el recurso» (FD 1.º; la cursiva es nuestra).*

Por otro lado, la incorporación de las normas del artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE al TRLGDCU supondría marcar *con claridad* la exigencia legal *del cumplimiento sin tardanza* de la obligación de restituir el precio recibido por parte del vendedor-comerciante al comprador-consumidor, lo cual he coordinado con el artículo 1113 CC, siendo consciente del carácter indeterminado que encierra la noción del sin ninguna demora indebida del artículo 18.3 de la Directiva 2011/83/UE. (Cfr. art. 104.I TRLGDCU).

– La no restitución del valor del uso del producto, en la resolución por la entrega de un producto no conforme con el contrato

A) Es la tercera cuestión relacionada con el régimen de la falta de conformidad del TRLGDCU de la que trato en este trabajo. Cuando el vendedor incumple su obligación de entregar un producto conforme con el contrato y el consumidor, finalmente, resuelve la relación de compraventa, surge la siguiente cuestión. Durante algún tiempo, el consumidor habrá utilizado el producto no conforme con el contrato, utilidad que habrá sido mayor o menor en función de la entidad de la falta de conformidad y del momento en que aquélla se haya manifestado, pero que, en cualquier caso, no habrá sido la utilidad total que el consumidor pudiera esperar del bien conforme con el contrato. Por ejemplo, el consumidor ha usado el coche comprado, pero en diversas ocasiones no pudo hacerlo por haberlo llevado al taller para su reparación por su falta de conformidad; o ha usado el vehículo con inconvenientes; o lo ha usado sin todas las prestaciones que podían ser exigidas según el contrato. En estos casos, el consumidor ha obtenido del producto algún *beneficio de su uso (lo que puede denominarse valor de uso)*. *Ese beneficio, ¿es partida que ha de computarse en el efecto restitutorio que conlleva la resolución de la relación de compraventa?*¹⁷¹

La anterior cuestión, lógicamente, no se plantea en el supuesto del artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE: pues el vendedor-comerciante no ha entregado el producto al comprador-consumidor y en consecuencia éste no ha podido usarlo (provecharse de él).

B) Sobre las *consecuencias* de la resolución de la compraventa por la entrega de cosa no conforme con el contrato, el Considerando (15) de la Directiva 1999/44/UE indica:

«los Estados miembros *podrán* establecer que *se pueda reducir* el importe de la restitución al consumidor *teniendo en cuenta el uso que éste haya hecho del bien desde el momento en que le fue entregado*» (la cursiva es nuestra).

¹⁷¹ Di cuenta de esta cuestión en *CCJC* (2008) num. 78, pp. 1322-1327. La exposición que sigue en el texto recoge lo que en tal trabajo indiqué, si bien para este trabajo procedo a hacer algunas nuevas consideraciones y hago referencia a autores que han publicado con posterioridad a aquel trabajo de 2008.

Sobre esta afirmación del Considerando (15), el Tribunal de Justicia ha tenido oportunidad de pronunciarse. Lo ha hecho en su sentencia de 17.4.2008 (Sala 1.^a; Asunto C-404/06; Quelle; EDJ 2008/20149), si bien sus consideraciones se han dirigido al remedio de la *sustitución* del producto entregado por otro conforme con el contrato, que era sobre lo que el Tribunal tenía que pronunciarse y no, sobre la resolución de la relación contractual.

En síntesis, la compradora-consumidora (Brüning) había adquirido por catálogo un bien que le fue entregado en 2002 y que resultó no conforme con el contrato (lo que se manifestó en 2004, dentro del oportuno plazo legal). El vendedor (Quelle), a quien se le restituyó el bien no conforme con el contrato, entregó a la compradora-consumidora otro bien de sustitución (la reparación del bien era imposible) y le exigió el pago de una cantidad (69,97 €) en concepto de daños *por el beneficio de uso del bien durante el tiempo que lo tuvo y de conformidad con lo que disponía el BGB*. El *Bundesgerichtshof*, que conoció del asunto, planteó al Tribunal de Justicia cuestión prejudicial sobre si tal normativa nacional se oponía a lo dispuesto por el artículo 3.2 en relación con el artículo 3, apartados 3.I y 4 o, a lo dispuesto en el artículo 3.3.III, todos de la Directiva 1999/44/CE¹⁷². El Tribunal de Justicia entendió que sí había oposición (núm. 43 de la STJUE, Sala 1.^a, 17.4.2008): *el remedio de la sustitución debe ser totalmente gratuito para el consumidor*.

En el debate jurídico se manejó el Considerando (15) de la Directiva 1999/44/CE, por cuanto hacía referencia, como se ha visto, al uso que del bien hubiera hecho el consumidor. El Tribunal de Justicia afirmó que dicho Considerando hacía alusión a *la resolución y no a la sustitución del bien por otro conforme con el contrato*. En palabras del Tribunal:

¹⁷² Lo expuesto se extrae de los núms. 12 a 16 de la STJE, Sala 1.^a, 17.4.2008.

Artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE: «Derechos del consumidor/ 1. El vendedor responderá ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien./ 2. En caso de falta de conformidad, el consumidor podrá exigir que los bienes sean puestos en conformidad mediante la reparación o la sustitución del bien sin cargo alguno, de conformidad con el apartado 3, o una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato respecto de dicho bien, de conformidad con los apartados 5 y 6./ 3. En primer lugar, el consumidor podrá exigir al vendedor que repare el bien o que lo sustituya, en ambos casos sin cargo alguno, salvo que ello resulte imposible o desproporcionado./ Se considerará desproporcionada toda forma de saneamiento que imponga al vendedor costes que, en comparación con la otra forma de saneamiento, no sean razonables, teniendo en cuenta:/ - el valor que tendría el bien si no hubiera falta de conformidad./ - la relevancia de la falta de conformidad, y/ - si la forma de saneamiento alternativa pudiese realizarse sin inconvenientes mayores para el consumidor./ Toda reparación o sustitución debe llevarse a cabo en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran los bienes para el consumidor./ 4. La expresión “sin cargo alguno” utilizada en los apartados 2 y 3 se refiere a los gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato, especialmente los gastos de envío, así como los costes relacionados con la mano de obra y los materiales./ 5. El consumidor tendrá derecho a una reducción adecuada del precio o a la resolución del contrato:/ - si no puede exigir ni la reparación ni la sustitución, o/ - si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento en un plazo razonable, o/ - si el vendedor no hubiera llevado a cabo el saneamiento sin mayores inconvenientes para el consumidor./ 6. El consumidor no tendrá derecho a resolver el contrato si la falta de conformidad es de escasa importancia».

«38. Por una parte, por lo que respecta al alcance que procede reconocer al decimoquinto considerando de la Directiva, que permite tomar en consideración el uso que el consumidor ha hecho del bien no conforme, procede destacar que la primera parte del citado considerando se refiere a una “restitución” al consumidor, mientras que la segunda parte contiene las “modalidades de resolución de los contratos”. Dichos términos son idénticos a los utilizados en la Posición común del Consejo a la que también se refirió el Gobierno alemán.

39. Esta terminología pone claramente de manifiesto que *la hipótesis que contiene el decimoquinto considerando se limita al caso de la resolución del contrato previsto en el artículo 3, apartado 5, de la Directiva*¹⁷³, caso en el que, *en aplicación del principio de la restitución recíproca de las ventajas obtenidas, el vendedor debe reembolsar al consumidor el precio de venta del bien*. Por lo tanto, contrariamente a lo que alega el Gobierno alemán, el decimoquinto considerando *no puede interpretarse como un principio general que faculta a los Estados miembros a tener en cuenta, en todas las situaciones en las que lo deseen, incluida la de una simple solicitud de sustitución* presentada al amparo del artículo 3, apartado 3, de la Directiva, *el uso que el consumidor ha hecho de un bien no conforme*» (la cursiva es nuestra)¹⁷⁴.

C) En la Ley 23/2003 que incorporó al Derecho español la Directiva 1999/44/CE¹⁷⁵, nada se indicó sobre los efectos restitutorios de la resolución de la relación de compraventa por la entrega de un bien no conforme con el contrato. Lo que el Considerando (15) de la Directiva 1999/44/CE apunta es que los Estados miem-

¹⁷³ Vid. la nota anterior a esta.

¹⁷⁴ Además de lo indicado en el texto, *sobre el carácter gratuito de la puesta en conformidad del producto*, el Tribunal de Justicia señaló: A) Que «tanto del tenor como de los trabajos preparatorios pertinentes de la Directiva se desprende que fue voluntad del legislador comunitario hacer de la gratuidad de la puesta en conformidad del bien por el vendedor un elemento esencial de la protección que dicha Directiva garantiza al consumidor» (núm. 33); B) Que la gratuidad de la puesta en conformidad mediante reparación o sustitución «tiene por objeto proteger al consumidor del riesgo de cargas económicas que, como destacó la Abogado General en el punto 49 de sus conclusiones, podrían disuadirlo de hacer valer sus derechos a falta de tal protección. Dicha garantía de gratuidad querida por el legislador comunitario conduce a excluir toda pretensión económica por parte del vendedor en el marco del cumplimiento de su obligación de puesta en conformidad del bien objeto del contrato» (núm. 34); C) Que tal interpretación «viene corroborada por la voluntad, manifestada por el legislador comunitario en el artículo 3, apartado 3, párrafo tercero, de la Directiva de garantizar al consumidor una protección efectiva. (...)» (núm. 35) y «es conforme con la finalidad de la Directiva que, como lo indica en el primer considerando de la misma, es la de garantizar un alto nivel de protección de los consumidores. Como se desprende del artículo 8, apartado 2, (...)» (núm. 36); D) Sobre el argumento del Gobierno alemán de que si el consumidor no paga una compensación económica habría un enriquecimiento sin causa (núm. 40), se señala que si el vendedor no entrega un bien conforme con el contrato, «no cumple correctamente la obligación a la que se había obligado en el contrato de venta y debe, por lo tanto, asumir las consecuencias de dicha ejecución errónea del mismo. Al recibir un nuevo bien en sustitución del bien no conforme, el consumidor que, por su parte, ha pagado el precio de venta y, por lo tanto, ha cumplido correctamente su obligación contractual, no se beneficia de un enriquecimiento sin causa. Únicamente recibe, con retraso, un bien conforme con las estipulaciones del contrato como debería haberlo recibido desde el principio» (núm. 41). Todos los números indicados son de la STJUE, Sala 1.^a, 17.4.2008.

¹⁷⁵ Vid. *supra* nota 6.

bros «podrán establecer» que podrá tenerse en cuenta el uso que del bien hubiera hecho el consumidor para reducir el importe de la restitución al consumidor.

Por otro lado, cuando entró en vigor la Ley 23/2003, estaba vigente entonces la Ley 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios¹⁷⁶ (LGDCU en lo sucesivo). El artículo 11.1 LGDCU disponía (redacción originaria):

«El régimen de comprobación, reclamación, garantía y posibilidades de renuncia o devolución que se establezca en los contratos, en lo sucesivo deberá permitir que el consumidor o usuario se asegure de la naturaleza, características, condiciones y utilidad o finalidad del producto o servicio; pueda reclamar con eficacia en caso de error, defecto o deterioro; pueda hacer efectivas las garantías de calidad o nivel de prestación, y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento» (la cursiva es nuestra).

Los autores, que habían analizado el artículo 11.1 LGDCU, habían reconducido su expresión «precio de mercado» a la de *precio del contrato*; sobre la expresión «devolución (...) total o parcialmente en caso de incumplimiento», indicaban que se refería a la restitución *del precio efectivamente pagado por el consumidor*; y sobre la «devolución equitativa», señalaron que podía entenderse *que incluía el valor de provecho del bien*¹⁷⁷. Aplicando esto a la resolución por la entrega de un bien no conforme con el contrato, podía entenderse que, entre las partidas que el consumidor habría de restituir al vendedor, estaba la del valor del uso efectivo del bien y la compensación entre las cuantías del valor de uso del bien y de devolución del precio pagado total o parcialmente por el consumidor, daría lugar a la devolución equitativa a la que tenía derecho el consumidor según el artículo 11.1 *in fine* LGDCU (por supuesto, si en el caso la compensación daba como resultado que, a quien materialmente hubiera de restituirsele, fuera al consumidor).

D) El antes reproducido artículo 11.1 LGDCU fue modificado por la Ley 44/2006, de 29 de diciembre, de mejora de la protección de los consumidores y usuarios¹⁷⁸. La modificación implicó un cambio en lo que se refiere a la restitución del valor de uso del

¹⁷⁶ BOE de 24 de julio de 1984, núm. 176.

¹⁷⁷ Así, GARCÍA CANTERO, Rodrigo BERCOVITZ: información en FENYO PICÓN, CCJC (2008) vol. 78 p. 1325. Con posterioridad, PARRA LUCÁN afirma para el artículo 21.1.I TRLGDCU, en aquello que coincide con la redacción originaria del artículo 11.1 LGDCU: «La exigencia de que el consumidor obtenga la “devolución equitativa” del precio “total o parcialmente”, y además, del precio “de mercado”, y no del fijado en el contrato y efectivamente pagado, supone la introducción de una flexibilidad en la aplicación de las reglas tradicionales del Derecho de los contratos, que puede considerarse como una llamada a la equidad (art. 3.2). El juez deberá atender a las circunstancias del caso (...); o para evitar que se produzca un enriquecimiento injusto del consumidor (si ya ha disfrutado durante un tiempo del producto o ha obtenido algún beneficio del servicio)» [«Comentario del artículo 21 TRLGDCU» (2011) p. 290].

¹⁷⁸ BOE de 30 de diciembre de 2006, núm. 312.

bien. En la nueva versión y en lo que interesa, artículo 11.1 LGDCU disponía que el consumidor y usuario:

«(...); pueda hacer efectivas las garantías de calidad y nivel de prestación y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del producto o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso del contrato¹⁷⁹.

La devolución del precio del producto habrá de ser total en el caso de que se encuentre dentro del plazo de garantía legal, en los términos previstos en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo [esto es, en los términos de la Ley 23/2003]» (la cursiva es nuestra y es lo que la Ley 44/2006 añadió a la redacción originaria del art. 11.1 LGDCU en lo que nos interesa).

Sobre esta reforma del artículo 11.1 LGDCU, Silvia Díaz Alabart afirmó:

«Tal disposición, como principio merece aplauso, pero quizás sea excesiva si se aplica rígidamente, pues puede haber casos en que tal cosa significaría un enriquecimiento injusto para el consumidor. (...).

Lo más justo es tomar en cuenta el uso del bien del que se ha beneficiado el consumidor, pero también desde luego los inconvenientes que le ha ocasionado los vicios que el mismo padecía, así el tiempo que se ha visto privado del servicio que debería haberle prestado, los perjuicios que supone la pérdida de tiempo y dinero en tratar de solventar dichos vicios, etc.»¹⁸⁰.

Es cierto que es de justicia tener presente todos los elementos que la autora indica. Es también cierto que si el reformado artículo 11.1 *in fine* LGDCU se aplicase rígidamente, podría haber casos de enriquecimiento injusto desde la perspectiva de la justicia, que no desde la perspectiva de la ley que permite el enriquecimiento. En mi opinión, cuando el legislador modificó *tal y como lo hizo el artículo 11.1 LGDCU –añadió al art. 11.1 in fine LGDCU el cumplimiento defectuoso y, exceptuó en su segundo párrafo el supuesto de la falta de conformidad (garantía legal)–* se pronunció, al mismo tiempo e implícitamente, por una aplicación estricta de la norma. Pues, al legislador debe presumírsele conocedor de la interpretación que los autores hacían del originario artículo 11.1 LGDCU expuesta *supra* en letra C), consistente en que, en la devolución equitativa al consumidor, había de tenerse en cuenta el valor de uso del bien que aquél hubiere realizado.

¿Qué argumentos (el conjunto de ellos) pueden justificar la aplicación estricta del artículo 11.1.II LGDCU?

¹⁷⁹ PARRA LUCÁN, con quien coincido, señala: «La mención al cumplimiento defectuoso no aparecía en la redacción del art. 11.1 de la LGDCU, pero es evidente que el cumplimiento defectuoso es una forma de incumplimiento, por lo que debía considerarse incluida en el precepto» [«Comentario del artículo 21 TRLGDCU» (2011) p. 290].

¹⁸⁰ DÍAZ ALABART (2007) p. 121.

Uno lo acabo de indicar. Creo, por cómo se llevó a cabo la reforma del artículo 11.1 LGDCU, que el legislador se pronunció implícitamente sobre tal aplicación estricta. *Otro*, que el consumidor no ha sido quien ha incumplido el contrato, sino que ha sido el vendedor (aunque esto haya podido hacerlo sin culpa)¹⁸¹. Y *el tercer argumento* reside en la posible dificultad de determinar en qué medida el consumidor se ha beneficiado del uso de la cosa no conforme. Esta dificultad de prueba permite entender que, con la nueva redacción del artículo 11.1 LGDCU del año 2006, el legislador evitó la posibilidad del problema: ha decidido (sea más o menos justo) que el valor de uso del bien no sea tenido en cuenta en la restitución surgida de la resolución de la compraventa por la entrega de un bien no conforme con el contrato.

E) Por último, el artículo 11.1 LGDCU, redacción de 2006, se ha refundido en el artículo 21.1 TRLGDCU, disponiendo este último:

«(...) pueda [el consumidor y el usuario] (...), y obtener la devolución equitativa del precio de mercado del bien o servicio, total o parcialmente, en caso de incumplimiento o cumplimiento defectuoso.

La devolución del precio del producto habrá de ser total en caso de falta de conformidad del producto con el contrato, en los términos previstos en el título V del libro II [arts. 114 y ss. TRLGDCU]»¹⁸².

La anterior interpretación del artículo 11.1 LGDCU en su redacción de 2006 y expuesta en la anterior letra D) es aplicable al vigente artículo 21.1 TRLGDCU.

F) Por la importancia de la norma dispuesta en el artículo 21.1.II TRLGDCU y asimismo, por una razón de mejor sistemá-

¹⁸¹ Es cierto que este argumento es cuestionable si se tiene en cuenta lo expuesto *supra* nota 168.

¹⁸² *Vid.* TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 121 TRLGDCU» (2011) pp. 1108-1109; en relación con los remedios de la rebaja del precio y de la resolución, esta autora indica: «Además, se trata de derechos gratuitos aunque no lo advierta la ley» [*op. cit.*, p. 1105; *vid.* también de la misma autora «Comentario del artículo 122 TRLGDCU» (2011) p. 1111]. PICATOSTE BOBILLO señala, a propósito del artículo 21.1 TRLGDCU, «[e]n definitiva, parece que la letra de la ley no deja lugar a dudas, de modo que el vendedor no podrá deducir del precio un cantidad por el uso del bien» [(2011) p. 304, *vid.* pp. 303-305; y, en relación con el posible menor valor del producto restituido por el consumidor al vendedor consecuencia de la resolución de la relación de compraventa por la entrega de un producto no conforme con el contrato, *vid.* pp. 305-307]. MARTÍN ARESTI señala que, en virtud del artículo 21.1 TRLGDCU, no es aplicable a las ventas de consumo, el que el «vendedor pueda retener una parte del precio en proporción al disfrute obtenido por el consumidor» y que «el Derecho español hace extensiva al supuesto de la resolución contractual la interpretación dada al art. 3 de la Directiva 1999/44 por la Sentencia del TJCE de 17 de abril para el caso de sustitución del producto, en virtud de la cual sería contraria a la citada Directiva una norma de Derecho nacional que permitiese al vendedor que ha entregado un bien que no es conforme con el contrato, exigir al consumidor una indemnización por la utilización realizada del bien no conforme hasta su sustitución por uno nuevo» [(2010) pp. 164- 165]; *vid.* M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 121 TRLGDCU» (2009) pp. 1531-1532. *Vid.* BUSTO LAGO, «Comentario del artículo 21 TRLGDCU» (2009) p. 300.

tica legislativa, creo que tal norma debe trasladarse a la regulación que el TRLGDCU hace de la resolución por la falta de conformidad del producto entregado con el contrato.

La norma del artículo 21.1.II TRLGDCU podría incorporarse al artículo 121 TRLGDCU que, en relación con los *requisitos* de la falta de conformidad resolutoria, dispone que esta tiene que ser de no escasa importancia. Es esta última una norma especial del TRLGDCU, frente al requisito del incumplimiento grave o esencial de la resolución del artículo 1124 CC (a propósito de la doctrina jurisprudencial de la resolución del *aliud pro alio*)¹⁸³. Si se acepta la anterior propuesta de reforma –la de incorporar al art. 121 TRLGDCU la norma del art. 21.1.II TRLGDCU– el artículo 121 TRLGDCU recogería otra norma especial para la resolución por la entrega de un producto no conforme con el contrato, frente a la regulación del Código civil y en relación, ahora, con su *efecto restitutorio*. Recordaré que sobre el efecto restitutorio de la resolución del artículo 1124 CC se ha indicado, que *el mismo conlleva la devolución del valor de uso* que se hubiere hecho de la cosa; aunque, también se ha indicado, que dicho valor de uso puede tratarse en concepto de resarcimiento por incumplimiento imputable¹⁸⁴.

El traslado de la norma del artículo 21.1.II TRLGDCU al artículo 121 TRLGDCU requiere además de su reformulación. Pues, lo que ha de dejarse claro es, que en la restitución de la resolución del artículo 121 TRLGDCU no se computa el valor de uso que el consumidor hubiere hecho del producto. Pues, limitarse a indicar, en el artículo 121 TRLGDCU, que la devolución del precio pagado por el producto habrá de ser total, es algo obvio, teniendo presentes las reglas generales del remedio de la resolución (art. 1123.I CC; art. 1303 CC; además, art. 21.1.I *in fine* TRLGDCU).

– Sobre el alcance de la gratuidad del remedio de la sustitución del producto no conforme con el contrato, por otro conforme

A) Expuesto que el remedio de la resolución por la entrega de un producto no conforme con el contrato no conlleva la restitución del valor del uso que del producto hubiere hecho el consumidor, aprovecho dicha referencia al régimen de la falta de conformidad del TRLGDCU para, continuando en el mismo, referirme al alcance del carácter gratuito *del remedio de la sustitución del producto no conforme con el contrato por otro conforme: primero*, en relación con el valor de uso que del producto hubiere hecho el consumidor; y *segundo*, en relación con los *costes de retirada* del producto no

¹⁸³ FENOY PICÓN, ADC (2009) [1]-[16] pp. 159-178, [65]-[93] pp. 242-271. Cfr. arts. IV.A.-4:201 DCFR, 114.2 CESL.

¹⁸⁴ Vid. *supra* nota 168 con referencias a Álvarez Vigaray, Rodríguez-Rosado y Carrasco Perera. RODRÍGUEZ-ROSADO (2013), que señala que el uso temporal de un bien ha de compensarse a la otra parte, indica en la nota núm. 35 de la p. 250: «Típicamente, en casos de viviendas o vehículos. Vid. un ejemplo razonado de esa restitución de enriquecimientos en la Sentencia de Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2002, que condenó a los compradores de un local cuyo contrato se resolvió a restituir el local “más el importe que renta mensualmente el alquiler de un local similar y en análogo lugar al mencionado”».

conforme con el contrato y con los costes *de instalación* del (nuevo) producto conforme con el contrato. Son las dos últimas cuestiones que en este trabajo trato en relación con el régimen de la falta de conformidad del TRLGDCU. De estas dos cuestiones se han ocupado dos sentencias del Tribunal de Justicia, que paso a exponer.

B) Una es la STJUE de 17.4.2008 (Sala 1.^a, Asunto C-404/06; *Quelle*) a la que ya me he referido y, sentencia en la que el Tribunal de Justicia señala para la Directiva 1999/44/CE y estando implicado el Derecho alemán, que *el carácter gratuito de la sustitución* supone que el vendedor no puede exigir del consumidor el valor del uso que este hubiere hecho del bien no conforme con el contrato. (*Vid. supra* nota 174).

Situados en el Derecho español, el artículo 120.a) TRLGDCU ordena que la reparación y *la sustitución* del producto «serán gratuitas para el consumidor y usuario»¹⁸⁵. Con apoyo en una interpretación no estricta del término *sustitución* –en la STJUE, Sala 1.^a, 16.6.2011 (Asuntos C-65/09 y C 87/09) se indica que en la versión española de la Directiva 1999/44/CEE el término *sustitución* se refiere a la operación *en su integridad* [*vid. la siguiente letra C*)]– podemos entender que el vendedor *no* puede exigir del consumidor que este le pague el valor del uso que del producto sustituido hubiere hecho. Esta interpretación del artículo 120.a) TRLGDCU puede reforzarse con lo que para la resolución dispone el artículo 21.1.II TRLGDCU, de lo que ya he dado cuenta en el apartado anterior.

El artículo 112.2 CESL recoge la expuesta doctrina del Tribunal de Justicia para el remedio de la sustitución¹⁸⁶. El DCFR también recoge la misma regla (art. III.-3:205 DCFR)¹⁸⁷.

¹⁸⁵ Sobre el carácter gratuito que el artículo 120.a) TRLGDCU impone, *vid.* por ejemplo: TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 120 TRLGDCU» (2011) p. 1098; MARTÍN ARESTI (2010) pp. 1211-126; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 120 TRLGDCU» (2009) pp. 1507-1509.

¹⁸⁶ Artículo 112 CESL: «Devolución del artículo sustituido/ 1. (...) / 2. Al comprador no se le podrá reclamar ningún pago por el uso hecho del objeto sustituido durante el periodo previo a la sustitución». ZOLL señala que el artículo 112.2 CESL recoge la doctrina del caso *Quelle*. Precisa que el artículo 112.2 CESL no debe leerse en el sentido de que el comprador no ha de asumir ninguna responsabilidad. El comprador no asume los costes fruto de la pérdida de valor del bien por su uso normal y no tiene obligación de compensar al vendedor por el uso del bien. El hecho de que, en la sustitución, el comprador reciba un bien nuevo, retornando el bien usado, es algo que pertenece al riesgo habitual del comerciante. [ZOLL, «Comentario del artículo 112 CESL» (2012) núm. 13, p. 513]. El autor también precisa que el artículo 112.2 CESL no significa que el comprador pueda dañar los bienes y devolverlos al vendedor en una condición tal en que el vendedor no pueda usarlos. De conformidad con el artículo 112.1 CESL, no se cumpliría de modo correcto el deber de restituir el bien (ZOLL, *op.cit.*, núm. 14 p. 513; *vid.* núm. 7, p. 512).

En la Propuesta de Directiva de 2008, que regulaba la falta de conformidad en la compraventa (*vid. supra* nota 6), se dispuso en su artículo 27: «Costes e indemnización/ 1. El consumidor tendrá derecho a la subsanación gratuita de la falta de conformidad./ 2. (...)». Según el Considerando (41) de la Propuesta de Directiva de 2008: «El consumidor no debe tener que asumir ningún coste para subsanar la falta de conformidad, en particular los gastos de transporte, mano de obra o material. Además, el consumidor no debe compensar al comerciante por el uso de los bienes defectuosos».

¹⁸⁷ Artículo III.-3:205 DCFR: «Return of replaced item/ (1) (...) / (2) The creditor is not liable to pay any use made of replaced item in the period prior to the replacement».

C) La otra sentencia del Tribunal de Justicia a la que iba a hacer referencia tiene fecha de 16.6.2011 (Sala 1.^a) y conoce de dos asuntos acumulados [asuntos C-65/09 (Weber) y C-87/09 (Putz); EDJ 2011/101750].

C.1) *Primer asunto (C 65/09, Weber)*.- Gebr. Weber había vendido al Sr. Wittmer unas baldosas pulidas al precio de 1382,27 €. Cuando dos tercios de las baldosas se habían colocado en la casa del Sr. Wittmer, este descubrió que aquéllas tenían unos sombreados que se detectaban a simple vista. En el oportuno peritaje se concluyó que esos sombreados *no podían desaparecer* (no podían repararse). En consecuencia, procedía la *sustitución* completa de las baldosas, operación cuyo coste se cifró en 5830,57 €. (Núms. 16 y 17 de la STJUE, Sala 1.^a, 16.6.2011).¹⁸⁸

El *Bundesgerichtshof*, que conoció del asunto, expuso:

«que, en virtud del artículo 439, apartado 3, del BGB, el vendedor *pueda rechazar* la forma de ejecución a posteriori elegida por el comprador *no sólo cuando* esa forma de ejecución le imponga *gastos desproporcionados en relación con la otra forma de ejecución* (“desproporción relativa”), sino *también* cuando el coste de la forma elegida por el comprador, *aunque sea la única forma posible, es intrínsecamente desproporcionado* (“desproporción absoluta”)¹⁸⁹. Considera [el *Bundesgerichtshof*] que, en el caso de autos, el requerimiento para la ejecución a posteriori mediante la entrega de unas baldosas idóneas *supone esa “desproporción absoluta”*, habida cuenta de que, según parece, obliga a Gebr. Weber a hacer frente, además de al coste de la referida entrega, estimado en 1200 €, a los gastos de retirada de las baldosas no conformes por

¹⁸⁸ Además: «18. Ante la falta de respuesta al requerimiento que remitió a Gebr. Weber, el Sr. Wittmer demandó a esta sociedad ante el *Landgericht Kassel* al objeto de obtener la entrega de unas baldosas libres de vicios y el pago de la cantidad de 5830,57 €. Dicho órgano jurisdiccional condenó a Gebr. Weber a pagar al Sr. Wittmer la cantidad de 273,10 €, en concepto de reducción del precio de venta, y desestimó la demanda en cuanto al resto. En sede de apelación, promovida por el Sr. Wittmer contra la sentencia del *Landgericht Kassel*, el *Oberlandesgericht Frankfurt*, por una parte, condenó a Gebr. Weber a entregar unas baldosas nuevas, libres de defectos, y a pagar al Sr. Wittmer la cantidad de 2.122,37 € por la retirada y el desecho de las baldosas no conformes con lo acordado y, por otra, desestimó la demanda en todo lo demás./ 19. Gebr. Weber interpuso un recurso de casación contra la sentencia del *Oberlandesgericht Frankfurt* ante el *Bundesgerichtshof* (...)» (STJUE, Sala 1.^a, 16.6.2011).

¹⁸⁹ Según el núm. 15 de la STJUE, Sala 1.^a, 16.6.2011: «El artículo 439 del BGB, con la rúbrica “Ejecución a posteriori”, reza del siguiente modo: / “1. El comprador podrá, a su elección, en concepto de ejecución a posteriori, solicitar la reparación del defecto, o bien la entrega de un bien libre de defectos./ 2. El vendedor deberá hacer frente a los gastos necesarios para la ejecución a posteriori, en particular, al coste relativo al transporte, al viaje, a la mano de obra y a los materiales./ 3. El vendedor (...) podrá negarse a la forma de ejecución a posteriori elegida si implicara obligatoriamente costes desproporcionados. Deberá tenerse en cuenta especialmente el valor del bien libre de defectos, la importancia del defecto y si es preferible la otra forma de ejecución a posteriori sin inconvenientes mayores para el comprador. En tal caso, el derecho del comprador se limitará a la otra forma de ejecución a posteriori; el vendedor conservará el derecho a negarse igualmente a esta forma si concurren los requisitos de la primera frase./ 4. En el supuesto de que el vendedor entregara un bien no defectuoso a modo de ejecución a posteriori, podrá exigir del comprador la restitución del bien defectuoso (...)».

un importe de 2100 €, es decir, al total de 3300 €, cantidad que excede del límite del 150% del valor del bien libre de defectos, sobre la base del cual debe apreciarse, *a priori*, la proporcionalidad de tal requerimiento». (Núm. 21 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011; la cursiva es nuestra).

El *Bundesgerichtshof* planteó al Tribunal de Justicia, si se oponía al artículo 3.3, I y II, de la Directiva 1999/44/CE¹⁹⁰, una normativa nacional *que permita al vendedor*, que hubiere entregado un bien no conforme con el contrato, *rechazar la forma de «saneamiento» exigida por el consumidor*, si esta le impone *costes absolutamente desproporcionados en relación con el valor del bien si este no hubiera sido no conforme con el contrato, y la importancia de la falta de conformidad* (núm. 23 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011). Y si se opone, si el artículo 3, 2 y 3, de la Directiva 1999/44/CE debe interpretarse en el sentido de que, *si se lleva a cabo la sustitución del bien, el vendedor ha de asumir los gastos inherentes a la retirada del bien no conforme con el contrato, en el lugar en que el consumidor lo hubiera instalado de acuerdo con su naturaleza y finalidad* (núm. 23 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

C.2) *Segundo asunto (C 87/09, Putz)*.- La Sra. Putz había comprado a *Medianess Electronics* a través de Internet un lavavajillas nuevo por 367 €, asumió los gastos de entrega (9,52 €) y el lugar de entrega fue la puerta de entrada del domicilio de la Sra. Putz. Tras hacerse cargo de la instalación del lavavajillas, la Sra. Putz descubrió su no conformidad, siendo imposible la reparación y sin que la instalación hubiera sido la causante de la no conformidad del producto. La Sra. Putz y *Medianess Electronic* acordaron la sustitución del lavavajillas. La Sra. Putz exigió a *Medianess Electronic*, además, *la retirada del lavavajillas defectuoso y la instalación del nuevo, o que sufragase los gastos de retirada del primer lavavajillas e instalación del segundo*, a lo que se negó *Medianess Eletronics*. Finalmente, la Sra. Putz resolvió la relación de compraventa y demandó a *Medianess Electronic* exigiéndole la devolución del precio contra el retorno del lavavajillas no conforme. (Núms. 24 a 27 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

Entre otros razonamientos, el *Amtsgericht Schorndorf* señaló «que el Derecho alemán no dispone que el vendedor que no haya observado un comportamiento culposo esté obligado a hacerse cargo de la retirada del bien defectuoso y de la instalación del bien de sustitución, ni siquiera en el supuesto de que el consumidor ya hubiera instalado el bien defectuoso conforme a su finalidad, antes de que sobreviniera el defecto (...)» (núm. 29 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011). «[O]bserva [el *Amtsgericht Schorndorf*] que, si no se reembolsan al comprador los gastos de instalación del bien de sustitución, *debe hacer frente a tales gastos dos veces, es decir, una primera vez para la instalación del bien defectuoso y una segunda vez para la instalación del bien de sustitución. Ahora bien, si la*

¹⁹⁰ Vid. *supra* nota 172.

entrega se hubiera realizado con arreglo a lo estipulado contractualmente, no habría tenido que sufragarlos más que una sola vez (...)» (la cursiva es nuestra; núm. 30 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011). «Señala, por último, que el término “sustitución” al que se refiere el artículo 3 de la Directiva, parece indicar que la obligación del vendedor no se limita a la mera entrega de un bien de sustitución libre de defectos, sino que le obliga a cambiar éste contra el bien defectuoso» (núm. 31 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

El *Amtsgericht Schorndorf* planteó al Tribunal de Justicia la cuestión de si se oponía al artículo 3.2 y 3.3.III, de la Directiva 1999/44/CE¹⁹¹, la norma nacional que estableciere para la sustitución del producto no conforme, que el vendedor no asume los gastos de instalación del bien de sustitución, en el lugar en que el consumidor hubiera instalado el bien no conforme según su naturaleza y finalidad, *cuando el vendedor no había asumido en el contrato la instalación del bien* (núm. 32 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011). Y si de conformidad con el artículo 3.2 y 3.3.III de la Directiva 1999/44/CE¹⁹², realizándose la puesta en conformidad mediante la sustitución, el vendedor ha de asumir los gastos de retirada del bien no conforme del lugar en el que el consumidor lo hubiera instalado según su naturaleza y finalidad (núm. 32 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

C.3) *El razonamiento del Tribunal de Justicia sobre la obligación del vendedor de hacerse cargo de la retirada del bien no conforme y de la instalación del bien de sustitución (segunda cuestión del asunto C 65/09, Weber, y cuestiones primera y segunda del asunto C 87/09, Putz).*- En lo que interesa, el Tribunal de Justicia señala (todas las cursivas siguientes son nuestras):

– recordando la STJUE de 17.4.2008 (asunto C 404/06, *Quelle*), «que fue voluntad del legislador de la Unión hacer de la *gratuidad* de la puesta en conformidad del bien por el vendedor *un elemento esencial de la protección* que dicha Directiva [1999/44/CE] garantiza *al consumidor*», lo que «tiene por objeto proteger al consumidor del riesgo de cargas económicas que podrían disuadirlo de hacer valer sus derechos a falta de tal protección» (núm. 46 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011);

– que si en la sustitución del bien no conforme con el contrato, por otro conforme, se impone al consumidor la asunción de los gastos de retirada y de instalación, se le impone soportar cargas económicas *que no habría tenido que asumir si el vendedor hubiera cumplido correctamente* (núm. 47 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011);

– que, si bien los gastos de retirada y de instalación no se encuentran entre los mencionados por el artículo 3.4 de la Directiva 1999/44/CE, el legislador *emplea el adverbio «especialmente»* lo que indica un *carácter no exhaustivo* (asunto C 404/06, *Quelle*); «Además, los referidos gastos son desde luego necesari-

¹⁹¹ *Vid. supra* nota 172.

¹⁹² *Vid. supra* nota 172.

rios para que pueda sustituirse el bien no conforme y, por consiguiente, constituyen “gastos necesarios realizados para subsanar la falta de conformidad de los bienes con el contrato”, en el sentido de dicho artículo 3, apartado 4¹⁹³»; (núm. 50 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

– que además «no cabe ninguna duda de que la circunstancia de que el vendedor no retire el bien no conforme y no instale el bien de sustitución *puede constituir un grave inconveniente para el consumidor*» (núm. 53 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011; cfr. art. 3.3.III de la Directiva 1999/44/CE, *supra* nota 172);

– que sobre el término «sustitución», en las versiones española, inglesa, francesa, italiana, neerlandesa y portuguesa se refiere «a la operación *en su integridad*», obligando al vendedor a *hacer todo lo preciso para alcanzar el resultado* de la sustitución del bien; en la versión alemana, el término empleado (*Ersatzlieferung*) podría sugerir una interpretación *más restrictiva*, si bien aquél «no se limita a la mera entrega de un bien de sustitución y, por el contrario, puede indicar que existe la obligación de sustituir por ese bien el bien no conforme» (núm. 54 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011);

– que la interpretación del artículo 3, 2 y 3, de la Directiva 1999/44/CE de que la sustitución obliga a la retirada del bien no conforme del lugar en que lo hubiere instalado el consumidor según su naturaleza y finalidad, antes de la manifestación del defecto, y que obliga a la instalación del bien de sustitución, se corresponde con el objetivo de la Directiva de *alcanzar un alto grado de protección del consumidor* (núm. 55 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011); tal interpretación no conlleva un resultado inequitativo, pues aunque el vendedor no haya actuado de modo culposo, la entrega de un bien no conforme no es cumplir correctamente, debiendo asumir sus consecuencias (núm. 56 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011); en cambio, el consumidor ha cumplido correctamente al pagar el precio de la venta (núm. 56 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

– que «[p]or consiguiente, *en una situación en la que no pueda imputarse a ninguna de las dos partes contratantes una actuación culposa, está justificado que los gastos relativos a la retirada del bien no conforme y a la instalación del bien de sustitución corran a cargo del vendedor*; por cuanto tales gastos adicionales, por una parte, se habrían evitado si desde un principio el vendedor hubiera cumplido correctamente sus obligaciones contractuales y, por otra, son desde luego necesarios para la puesta en conformidad del bien» (núm. 57 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011). «Esta interpretación del artículo 3, apartados 2 y 3, de la Directiva [1999/44/CE] *es independiente de si*, en méritos del contrato de compraventa, el vendedor estaba obligado a instalar el bien entregado» (núm. 59; *vid.* además núm. 62; ambos de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

– y que si el vendedor no retira por sí mismo el bien no conforme, instalando el de sustitución, «corresponderá al juez nacional

¹⁹³ *Vid. supra* nota 172.

determinar cuáles son los gastos necesarios para tal retirada e instalación, cuyo reembolso puede reclamar el consumidor» (núm. 61 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

C.4) *El razonamiento del Tribunal de Justicia sobre la posibilidad de que, en ciertos casos, el vendedor se limite a asumir algunos de los gastos de la retirada del bien defectuoso y de los de la instalación del bien de sustitución.* En relación con la primera cuestión del asunto C 65/09 (Weber), el Tribunal de Justicia señala (todas las cursivas siguientes son nuestras):

– que «[r]esulta patente, (...), que el legislador de la Unión pretendió otorgar al vendedor el derecho a negarse a la reparación o la sustitución del bien defectuoso *únicamente* en caso de imposibilidad o de *desproporción relativa*. En consecuencia, en el supuesto de que resulte posible *sólo una* de estas formas de saneamiento, el vendedor *no podrá negarse a la única forma de saneamiento que permita poner el bien en conformidad con el contrato*» (núm. 71 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011)¹⁹⁴.

– que «el artículo 3, apartado 3, de la Directiva [1999/44/CE] *no se opone a que el derecho del consumidor al reembolso de los gastos relativos a la retirada del bien defectuoso y a la instalación del bien de sustitución se limite, en caso necesario, a una cantidad proporcional a la importancia de la falta de conformidad y al valor que tendría el bien si fuera conforme.* En efecto, tal limitación *deja incólume* el derecho del consumidor a solicitar la sustitución del bien no conforme» (núm. 74 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

– que «la posibilidad de proceder a tal reducción no puede dar lugar, en la práctica, a que quede sin sustancia el derecho del consumidor al reembolso de tales gastos en los casos en que hubiera instalado, de buena fe, el bien defectuoso conforme a su naturaleza y a su finalidad antes de que se manifestara el defecto» (núm. 76 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011).

– «[p]or último, *en el supuesto de reducción del derecho al reembolso de dichos gastos, debe reconocerse al consumidor la posibilidad de exigir, en lugar de la sustitución del bien no conforme, una reducción adecuada del precio o la resolución del contrato, con arreglo al artículo 3, apartado 5, último guion, de la Directiva [1999/44/CE], habida cuenta de que el hecho de que el consumidor sólo pueda obtener la puesta en conformidad del bien defectuoso haciendo frente a una parte de dichos gastos supone un grave inconveniente para éste*» (núm. 77 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011)¹⁹⁵.

C.5) *Las declaraciones del Tribunal de Justicia.*- Tras todo lo anterior, el Tribunal de Justicia declara (*primera declaración*) que el artículo 3, 2 y 3, de la Directiva 1999/44/CE «debe interpretarse en el sentido de que, cuando un bien de consumo no conforme que, antes de que se manifestara el defecto, hubiera instalado, de buena fe, el consumidor conforme a su naturaleza y a su

¹⁹⁴ De interés los núms. 67 a 70 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011.

¹⁹⁵ Vid. además el núm. 78 de la STJUE, Sala 1.ª, 16.6.2011.

finalidad, es puesto en conformidad mediante su sustitución, el vendedor está obligado a retirar por sí mismo dicho bien del lugar con los gastos necesarios para dicha retirada y para la instalación del bien de sustitución. Dicha obligación del vendedor existe independientemente de si, en virtud del contrato de compraventa, éste se hubiera comprometido a instalar el bien de consumo comprado inicialmente».

Declara asimismo el Tribunal de Justicia (*segunda declaración*) que el artículo 3.3 de la Directiva 1999/44/CE «debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una normativa nacional otorgue al vendedor el derecho a negarse a sustituir un bien no conforme, única forma de saneamiento posible, debido a que, a causa de la obligación de retirar ese bien del lugar en el que hubiera sido instalado y de instalar en él el bien de sustitución, le impone costes desproporcionados en comparación con la relevancia de la falta de conformidad y del valor que tendría el bien si fuera conforme. No obstante, dicha disposición no se opone a que, en tal caso, el derecho del consumidor al reembolso de los gastos relativos a la retirada del bien defectuoso y a la instalación del bien de sustitución se limite a la asunción, por el vendedor, de una cantidad proporcionada».

C.6) *Valoración de la STJUE, Sala 1.ª, de 6.6.2011, desde la perspectiva del Derecho español.*- Frente al Tribunal de Justicia, que incardina la solución de la cuestión de la que conoce en el remedio de la sustitución, a mi juicio y *cuando* el vendedor *no* se ha obligado a instalar el producto vendido, el problema encajaría dogmáticamente en la categoría de daños. El remedio de la sustitución opera para *el objeto del contrato*. En los casos de los que el Tribunal de Justicia conoce, la sustitución opera para las baldosas y para el lavavajillas entregados, ambos productos no conformes con el contrato. En cambio, los gastos de retirada del bien no conforme con el contrato y los de nueva instalación del bien conforme con el contrato entrarían, como he indicado, en la categoría de daños si el vendedor *no* se hubiera obligado a la instalación del bien. Aunque el vendedor no se haya obligado a la instalación de las baldosas y del lavavajillas, ambos son productos *cuyo normal destino conlleva su instalación* y por ello, puede considerarse que en el ámbito de protección del contrato se encuentra el que el comprador-consumidor no tenga que asumir los costes de retirada del producto no conforme y los de nueva instalación del producto sustituto conforme¹⁹⁶.

¹⁹⁶ El artículo 6 TRLGDCU considera producto todo bien mueble según el artículo 335 CC, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 136 TRLGDCU (*vid. supra* nota 97). En relación con los inmuebles por incorporación (art. 334.3.º CC), CÁMARA LAPUENTE indica: «Uno de los supuestos más problemáticos será saber si pueden considerarse “productos” del art. 6 TR-LGDCU los materiales de construcción (bienes muebles) incorporados a un inmueble. (...) Es claro que en la noción general del art. 6 TR-LGDCU, por su remisión directa al art. 335 CC e indirecta pero insoslayable al art. 334 CC, si se dan esos dos requisitos (unión fija, quebranto/deterioro al separar) el bien debe considerarse inmueble y, por tanto no será “producto” a los efectos del TR-LGDCU (a excepción del libro III). Pero, aplicados esos requisitos a diversos elementos de la construcción o el acondicionamiento de inmuebles, cabría predicar su carácter de productos, por ser bienes muebles, apropiables, transportables, separables sin menoscabo propio ni del inmueble y no fijos

Ahora bien, de esos daños de retirada y de instalación el vendedor podrá o no responder en función de si el remedio indemnizatorio opera bajo un sistema de responsabilidad por culpa o al margen de ella y sobre esto hay disparidad de opiniones. Si el Código civil (arts. 1101, 1105 CC; art. 117.II TRLGDCU, *supra* [13]) se interpreta literalmente, el remedio general de la indemnización responde a un sistema de responsabilidad subjetivo; el vendedor incumplidor responde por culpa, por dolo y no por caso fortuito (arts. 1101, 1105 CC). Pero el artículo 1105 CC se ha reinterpretado en clave de responsabilidad objetiva y entonces el vendedor puede tener que indemnizar en casos en los que hubiere actuado sin culpa (o dolo)¹⁹⁷. Por otro lado y más allá del Código civil, la indemnización de daños, cuando el producto no es conforme con el contrato según el TRLGDCU, parece haberse interpretado en clave de responsabilidad objetiva¹⁹⁸.

La anterior forma de razonar ya no es posible con la presente sentencia del Tribunal de Justicia, pues con ella los gastos de retirada del producto no conforme con el contrato y los instalación del nuevo producto conforme con el contrato se incardinan en el remedio de la sustitución, el cual opera objetivamente (*infra* [49] y nota 219) y ello con independencia de si el vendedor asumió o no la obligación de instalar el producto.

C.7) *Valoración de la sentencia por nuestros autores: García Rubio y M. J. Marín López.*—Según García Rubio, quien critica al Tribunal de Justicia, «al imponer [el Tribunal] al vendedor todos los gastos de retirada del bien no conforme y de instalación del entregado en sustitución, está poniendo a cargo del vendedor los

(...) a, por ejemplo: ascensores (...), radiadores (...), calentadores de agua (...), cemento antes de ser usado (...). Incluso hay sentencias [*sic*; que] han considerado bienes muebles, en el límite del criterio de simple adhesión o adherencia, a ventanas (...), azulejos de valor artístico (STS 30.3.2000: adheridos de forma permanente pero físicamente separables del inmueble, por lo que en la sentencia se permitió su enajenación como cosa futura que se tornaría mueble con la separación), materiales de saneamiento como lavabos, inodoros (...), etc. Fuera del concepto de bien mueble se han calificados materiales de construcción plenamente incorporado de forma fija al inmueble sin posible separación inocua, como ladrillos, tejas, áridos, tuberías, pintura (...)) [«Comentario del artículo 6 TRLGDCU» (2011) pp. 190-191].

¹⁹⁷ Vid. la interpretación de PANTALEÓN PRIETO sobre artículo 1105 CC, *ADC* (1991) pp. 1064, 1067-1069.

¹⁹⁸ BUSTO LAGO: «Debe tenerse en cuenta que si bien a tenor del régimen jurídico de responsabilidad del vendedor por falta de conformidad, éste se concibe como un sistema de responsabilidad de naturaleza objetivo, en el que la culpa o negligencia del vendedor no posee relevancia alguna. Pues bien, si la acción de daños y perjuicios se configura como una de las consecuencias del incumplimiento contractual calificado en virtud del juicio de responsabilidad como idóneo para generarlas, *será una más del conjunto de medidas que el acreedor dispone ante el mismo en defensa de su derecho, de manera que este juicio de responsabilidad debe formularse de forma idéntica para todas estas medidas, también para la indemnización de daños y perjuicios.* Entonces, en los casos de falta de conformidad, el éxito de la acción acumulada de indemnización de daños y perjuicios experimentados por el consumidor comprador requerirá la prueba de la existencia de los daños y perjuicios (art. 1106 CC) y de la relación causal con el incumplimiento (art. 1101 CC), resultando de aplicación las previsiones de los arts. 1103 y 1107 CC» [«Comentario del artículo 21 TRLGDCU» (2009) pp. 299-300; *vid. supra* nota 39; la cursiva es nuestra].

daños que la falta de conformidad le ha causado al consumidor, si bien lo hace en los términos objetivos que son propios de la responsabilidad impuesta al vendedor en la Directiva. Lo hace además de una manera que no termina de convencer»¹⁹⁹. En su opinión, no termina de convencer porque «en los dos casos citados está imponiendo al vendedor obligaciones de hacer que no estaban en el contrato de compraventa (...); de algún modo está alterando el contenido del contrato»²⁰⁰. Y «porque ante la imposibilidad de la reparación, la obligación de sustituir se entiende en un sentido muy amplio que incluye la de retirar el producto no conforme originalmente entregado, sea cual sea su coste» y a su juicio «esta última afirmación, más comprensible en el caso Putz, es especialmente discutible en el caso Weber»²⁰¹. En relación con este último, García Rubio destaca que el Sr. Wittmer detectó la no conformidad cuando ya se habían instalados dos tercios de las baldosas y a su juicio «esto significa que el Sr. Wittmer no hizo nada en absoluto por mitigar el daño derivado de la falta de conformidad, pues no comprobó (...) que las baldosas tenían sombreados antes de comenzar a colocarlas, lo que sin duda hubiera rebajado notablemente los costes de su retirada, pues ya no habría que levantarlas, para colocar la nuevas»²⁰². En consecuencia, «la obligación de la compañía Weber de sufragar los gastos de retirada de las baldosas se debería haber limitado a los gastos derivados de llevarse las no conformes, pero a mi juicio no debería haber incluido los costes de despegarlas del suelo; evidentemente, tampoco los de costear la primera instalación que no estaban en el contrato, aunque probablemente sí los de la segunda si se mantiene la concepción de indemnidad del comprador que hace el TJUE»²⁰³. García Rubio entiende que «la respuesta a ambos casos [Putz y Weber] nunca debió ser la misma y el Tribunal de Justicia comete un patente error al tratar ambos casos de manera idéntica»²⁰⁴.

Por su parte, M. J. Marín López destaca la indicación del Tribunal de Justicia de que, cuando el vendedor puede oponerse al remedio de la reparación o de la sustitución del bien, ello es porque (además del supuesto de la imposibilidad) el remedio elegido resulta desproporcionado, recogiendo la Directiva 1999/44/CE una desproporción relativa (si se ejerció la reparación, se compara con la sus-

¹⁹⁹ GARCÍA RUBIO, *ADC* (2013) p. 333.

²⁰⁰ GARCÍA RUBIO, *ADC* (2013) p. 333.

²⁰¹ GARCÍA RUBIO, *ADC* (2013) p. 333.

²⁰² GARCÍA RUBIO, *ADC* (2013) p. 333.

²⁰³ GARCÍA RUBIO, *ADC* (2013) p. 333. Añade, como argumento, que «el artículo 5.2 de la Directiva [1999/44/CE] faculta a los Estados miembros para imponer al consumidor la carga de informar al vendedor de la falta de conformidad en el plazo de dos meses desde que se percató de la falta de conformidad y que, a pesar de las reticencias al respecto de la propia Directiva [1999/44/CE], la mayor parte de los Estados han optado por incluirla. No se trata, en el caso Weber, de que el Sr. Wittmer haya incumplido el plazo bimensual señalado, sino de resaltar que la antedicha es una carga del consumidor derivada de los deberes de buena fe y cooperación entre las partes de los que, a mi juicio, también deben derivarse deberes de examen de la cosa y denuncia de la falta de conformidad más inmediatos, cuando esto sirva para evitar daños que puedan terminar cargando a la otra parte contractual» (*op. cit.* p. 334).

²⁰⁴ GARCÍA RUBIO, *ADC* (2013) p. 335.

titución, y viceversa) y no recogiendo dicha Directiva la desproporción absoluta (consistente en comparar el remedio de la reparación, con todos los demás remedios por la entrega de un bien no conforme con el contrato; lo mismo con la sustitución). «La STJCE pone fin de ese modo a la polémica existente en la doctrina respecto al modo de valorar “la desproporción”. Para unos hay que tomar en consideración únicamente la forma de saneamiento solicitada por el consumidor y el otro remedio primario. Otros, sin embargo, estiman que la desproporción ha de valorarse teniendo en cuenta también el coste que para el vendedor tiene la ejecución de los remedios secundarios (rebaja del precio y resolución). Esta segunda interpretación, que fue asumida por quien esto suscribe, no se (*sic*) acogida por la STJCE que se comenta, por lo que parece que esta interpretación “auténtica” de la directiva efectuada por el TJCE debe ser acogida como pauta interpretativa, también, del TRLGDCU»²⁰⁵.

Sobre el entendimiento del Tribunal de Justicia de que el vendedor no ha de asumir todos los gastos de retirada del bien no conforme y de instalación del bien conforme cuando estos son desproporcionados, M. J. Marín López señala que, por ser directiva de mínimos la Directiva 1999/44/CE, «habrá que estar[se] a la normativa nacional de transposición, con la advertencia de que es conforme a la Directiva la ley nacional que permita, en la hipótesis contemplada, que se reparta entre vendedor y consumidor el coste de retirada del bien defectuoso y de instalación del bien de sustitución; y de que aumenta el nivel de protección instaurado en la norma comunitaria la norma nacional que atribuya íntegramente al vendedor esos costes»²⁰⁶.

«En el derecho español –continúa diciéndonos M. J. Marín López– no existe una norma de reparto de riesgos de esa naturaleza, pues la ley española se limita, en este como en otros puntos, a incorporar la Directiva mediante su transcripción literal. Alude, por tanto, a la imposibilidad y desproporción como límites a la reparación y a la sustitución (art. 119 TRLGDCU), definiendo la desproporción de manera semejante a la Directiva. A pesar de ello, parece que lo más razonable es interpretar la ley española en los mismos términos que ahora se interpreta la Directiva por la sentencia de 16 de junio de 2011 (...), de modo que, aunque la sustitución del bien no conforme sea gratuita, y el vendedor esté obligado a retirar el bien defectuoso e instalar el bien de sustitución, el consumidor tendrá que asumir parte de esos costes si la sustitución es desproporcionada en términos absolutos»²⁰⁷.

²⁰⁵ M. J. MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* 9, enero (2013) pp. 95-96. Considera que han de tenerse en cuenta todos los remedios derivados de la falta de conformidad del TRLGDCU para valorar si uno de ellos es proporcionado, PICATOSTE BOBILLO (2011) pp. 206-209, 251.

²⁰⁶ M. J. MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* 9, enero (2013) p. 97.

²⁰⁷ M. J. MARÍN LÓPEZ, *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* 9, enero (2013) pp. 97-98. El autor añade más adelante: «Conviene advertir, por último, que esta doctrina no es extraña al derecho español. Existe una consolidada doctrina jurisprudencial en materia de reparación de automóviles según la cual, cuando el coste de reparación del automóvil que ha sufrido un daño (normalmente a causa de un accidente de tráfico) es muy superior al valor venal del vehículo, el deudor no tiene que indemnizar todo el coste de reparación, sino que debe indemnizar el valor venal del vehículo aumentado con algunos factores correctores» (*op. cit.* p. 98).

C.8) *¿Ha de reformarse el TRLGDCU? Y si es así, ¿cómo?* Es cierto que la reforma no sería necesaria pues el TRLGDCU debe interpretarse de conformidad con las declaraciones del Tribunal de Justicia y esto es algo que el texto legal permite hacer [art. 120.a) TRLGDCU]. Pero, dado que el TRLGDCU ha reformarse por la necesaria transposición de la Directiva 2011/83/UE, podría aprovecharse la reforma y hacerse alguna indicación al respecto.

La declaración de que la sustitución implica que el vendedor ha de asumir la retirada del bien no conforme y la instalación del bien de sustitución (o sus costes) podría incorporarse al artículo 120.a) TRLGDCU, que dispone el carácter gratuito de la sustitución y de la reparación, incorporación que habría de marcar que la regla se aplica al remedio de la sustitución, incluso si el vendedor no se comprometió a instalar el producto²⁰⁸.

La declaración de que si la sustitución resulta remedio desproporcionado porque, siendo posible solo la misma (y no la reparación), los costes de retirada del producto y de instalación del nuevo producto son desproporcionados comparados con la relevancia de la falta de conformidad y el valor del producto si este hubiera sido conforme con el contrato y, que en tal caso, el vendedor puede negarse a la sustitución salvo que el consumidor asuma una parte proporcional de esos gastos, puede incorporarse al artículo 119 TRLGDCU, añadiéndosele un tercer apartado (para otra cuestión, cfr. art. 123.5 segunda regla TRLGDCU).

Por último, la idea de que si el consumidor ha de asumir una parte de los gastos de retirada del producto y de instalación del nuevo producto, causándole ello un mayor inconveniente, puede optar entre la reducción del precio y la resolución de la relación de compraventa, podría apuntarse en el artículo 121 TRLGDCU.

2.4 La relación de la resolución de la relación de compraventa por la no entrega del bien con los otros remedios por incumplimiento

[40] En virtud del artículo 18.4 de la Directiva 2011/83/UE:

«Entrega

(...)

4. Además de resolver el contrato con arreglo al apartado 2 [del art. 18], el consumidor podrá recurrir a otras soluciones contempladas en la legislación nacional»²⁰⁹.

²⁰⁸ M. J. MARÍN LÓPEZ señala que «la STJCE de 16 de junio de 2011 (...) obliga a interpretar el art. 120.a) TRLGDCU en el sentido de que, al ser la sustitución gratuita, el vendedor está obligado a retirar por sí mismo dicho bien del lugar en el que hubiera sido instalado por el consumidor, y a instalar en ese lugar el bien de sustitución, o bien a cargar con los gastos necesarios para dicha retirada y para la instalación del bien de sustitución» [Revista Aranzadi Civil-Mercantil 9, enero (2013) p. 93].

²⁰⁹ La Propuesta de Directiva de 2008 no contiene artículo equivalente al artículo 18.4 de la Directiva 2011/83/UE.

[41] Con este último apartado del artículo 18, la Directiva 2011/83/UE quiere dejar claro que lo armonizado plenamente es cuándo el comprador-consumidor puede ejercitar el remedio de la resolución por el incumplimiento del vendedor-comerciante de su obligación de entrega del bien en plazo (el art. 18.2 de la Directiva 2011/83/UE dispone la armonización; art. 4 de la Directiva 2011/83/UE). En cambio, la Directiva 2011/83/UE *no armoniza los otros remedios por incumplimiento de los que hasta ahora haya podido disponer y pueda seguir disponiendo el comprador-consumidor con su Derecho nacional.*

[42] ¿*Cuáles pueden ser esos otros remedios?*

La Directiva 2011/83/UE no lo indica, pero en su Considerando (53) podemos encontrar alguna idea: «*Además del derecho a resolver el contrato cuando el comerciante incumpla su obligación de realizar la entrega conforme a lo dispuesto en la presente Directiva, el consumidor podrá recurrir, de conformidad con la legislación nacional aplicable, a otras soluciones, como, por ejemplo, (...)*» (la cursiva es nuestra).

En ese Considerando (53) se aluden a los siguientes ejemplos, los cuales reproduzco en cursiva y sobre los que haré algún comentario.

a) «*[C]onceder al comerciante un plazo adicional para la entrega*». Ante el incumplimiento del vendedor-comerciante, el comprador-consumidor puede seguir interesado en que aquél cumpla por lo que le concede (extrajudicialmente) un plazo adicional para cumplir. Como se ha visto, si vencido el plazo adicional concedido para el cumplimiento el vendedor-comerciante vuelve a incumplir, el comprador-consumidor podrá resolver la relación de compraventa (art. 18.2.I de la Directiva 2011/83/UE; *supra* [30]).

Es también posible que en algunos casos en los que el inicial plazo de cumplimiento de la obligación de entrega del bien (esto es, el plazo determinado en el contrato) tenga la condición de término esencial, el comprador-consumidor, pese a disponer directamente del remedio de la resolución por el incumplimiento del vendedor-comerciante (art. 18.2.II de la Directiva 2011/83/UE), prefiera fijarle otro plazo adicional para que cumpla en él.

b) «*[I]mponer [al comerciante] el cumplimiento del contrato*». Teniendo en cuenta lo indicado en la anterior letra a), esta otra expresión del Considerando (53) de la Directiva 2011/83/UE puede entenderse referida a la posibilidad de exigir *judicialmente* al vendedor-comerciante el cumplimiento de su obligación de entrega de la cosa. Tanto en la anterior letra a), como en esta letra b), nos refe-

rimos al remedio del cumplimiento. El Código civil contempla este remedio, con carácter general y para la obligación de dar, en el artículo 1096, I y II.

c) «[R]etener el pago». Conocido es que en el ámbito del Derecho privado europeo la terminología jurídica empleada suele carecer de la precisión técnica que tiene la nacional, entre otras cosas porque la primera se dirige a una pluralidad de Estados miembros y cada uno tiene su propio sistema jurídico y terminología, y, porque lo que al legislador comunitario le interesa es la obtención de un resultado jurídico. Dicho esto, en relación con la expresión «retener el pago» y desde la perspectiva de nuestro Derecho interno, la misma no ha interpretarse literalmente; esto es, no ha de interpretarse en el sentido de que se atribuya al comprador-consumidor un derecho de retención. En mi opinión, ese «retener el pago» hace referencia al derecho del consumidor de suspender total o parcialmente el cumplimiento de su obligación de pago del precio, mientras el vendedor no cumpla la de entregarle el bien. Se está aludiendo al derecho de suspender el cumplimiento de la propia prestación mientras el otro contratante no cumpla (a lo que tradicionalmente se conoce como *exceptio non adimpleti contractus*). Aunque el Código civil no regule con carácter general este remedio de la suspensión del cumplimiento de la propia prestación, su admisión es algo que está generalizado (puede argumentarse por ejemplo con los arts. 1466, 1502 CC; también con los arts. 1100.III, 1124 CC)²¹⁰.

d) «Pedir daños y perjuicios». Es claro que el Considerando (53) de la Directiva 2011/83/UE alude al remedio de la indemnización de daños y perjuicios. El Código civil lo regula con carácter general en los artículos 1101 y ss. CC.

[43] *¿Debe incorporarse a la compraventa del TRLGDCU una norma como la del artículo 18.4 de la Directiva 2011/83/UE?* No, en relación con los remedios del cumplimiento y de la indemnización de daños. En cambio, para el remedio de la suspensión del cumplimiento de la propia prestación sería oportuna la incorporación.

²¹⁰ Sobre «La excepción de incumplimiento contractual y la de cumplimiento defectuosos», *vid.* RODRÍGUEZ-ROSADO (2013) pp. 83-114; en las pp. 88-92, el autor diferencia la *exceptio non adimpleti contractus* del derecho de retención y afirma: «A mi juicio, más allá de la diferencia entre la naturaleza obligacional de la *exceptio non adimpleti contractus* y la real del derecho de retención, escasa en sus efectos prácticos, el criterio que diferencia a ambas figuras es que la *exceptio* sólo habilita a la no realización de la propia prestación, mientras que el derecho de retención, en los casos en los que se prevé legalmente a favor de un contratante (arts. 1600, 1730, 1780), va un paso más allá, y concede al acreedor por él protegido un derecho de prenda de origen legal. En virtud de él, el acreedor podrá, como si de una prenda convencional se tratase, llegar a la realización de valor de la cosa; así lo acepta cierta jurisprudencia y la doctrina española más reciente, apoyándose en la dicción de los arts. 1600, 1730 y 1780 del Código Civil» (*op. cit.* pp. 91-92).

Para el cumplimiento y la indemnización de daños, *el consumidor dispone de los mismos en virtud de los artículos 59.2.1 TRLGDCU y 1096 y 1124 CC*. Si se quiere tener una específica ley –la del TRLGDCU– que regule una parte importante de las relaciones que median entre los empresarios y los consumidores (art. 2 TRLGDCU), contando el TRLGDCU con una Parte general (arts. 59 ss. TRLGDCU) y con otra Parte especial, *las Partes general y especial habrán de coordinarse lo mejor posible*. La buena coordinación exige que en la Parte especial no se repita lo ya dispuesto en la general, salvo que hubiere una poderosa razón en contra. Y no veo razón que justifique que en *la específica regulación de la compraventa del TRLGDCU* tenga que indicarse expresamente que el consumidor dispone, además del remedio de la resolución cuando el vendedor no le entrega el bien en plazo, de los remedios del cumplimiento y de la indemnización de daños.

En cambio, ni el TRLGDCU, ni el Código civil en su regulación específica de la compraventa reconocen *expresamente al comprador consumidor* el derecho a suspender el cumplimiento de su propia prestación *cuando* el vendedor no le entrega la cosa (cfr. art. 1502 CC). Por ello, la reforma del TRLGDCU, por causa de la Directiva 2011/83/UE, sería una buena oportunidad para indicarlo en relación con la obligación de entrega del vendedor y en relación con su obligación de entregar un bien conforme con el contrato. Ahora bien, esto no es algo que el legislador español tenga que hacer obligatoriamente. Esto es sólo algo oportuno de llevar a cabo, pues esta materia, la de los otros remedios del consumidor, no la armoniza la Directiva 2011/83/UE. Esta materia compete al legislador nacional (*vid.* art. 3.5 de la Directiva 2011/83/UE, *supra* nota 13, Considerandos (13) y (14) de la Directiva 2011/83/UE, *supra* [5]). Lo que el artículo 18.4 de la Directiva 2011/83/UE viene a decirnos es, que la regulación del remedio de la resolución del artículo 18 de la Directiva 2011/83/UE no excluye que el comprador-consumidor pueda disponer de otros remedios (art. 59.2. TRLGDCU).

2.5 ¿Dónde han de incorporarse las normas del artículo 18, apartados 1, 2 y 3, de la Directiva 2011/83/UE? La nueva sistemática del Título V del Libro II del TRLGDCU y la progresiva completitud de la regulación de la compraventa del TRLGDCU

[44] A mi entender, las normas del artículo 18, apartados 1, 2 y 3, de la Directiva 2011/83/UE podrían incorporarse al TRLGDCU *en un artículo único*. *¿En dónde situarlo?*

Como anticipé en la Introducción del trabajo (*supra* [3]), en el Título V, *Garantías y servicio posventa*, del Libro II, *Contratos y garantías*, del TRLGDCU. Siendo partidaria de esto, su consecuencia es *que debe modificarse la sistemática interna de los cuatro capítulos que componen ese Título V*. Pero antes de pronunciarme sobre cómo entiendo que habría de ser la nueva sistemática de ese Título V, recordaré la que ahora tiene. Es esta: Capítulo I, *Disposiciones generales sobre garantía de los productos de consumo* (arts. 114 a 117 TRLGDCU); Capítulo II, *Responsabilidad del vendedor y derechos del consumidor y usuario* (arts. 118 a 122 TRLGDCU); Capítulo III, *Ejercicio de derechos por el consumidor y usuario* (arts. 123 a 124 TRLGDCU); y Capítulo IV, *Garantía comercial adicional, obligaciones de documentación y servicios posventa* (arts. 125 a 127 TRLGDCU).

[45] Bajo la idea de hacer el posible menor número de alteraciones en la regulación existente del TRLGDCU, *dos* son al menos los posibles diseños de la posible reforma *global* del Título V del Libro II del TRLGDCU de los que voy a dar cuenta. Aprovecho mi presente preocupación de en dónde insertar en el TRLGDCU el artículo 18, apartados 1, 2 y 3, de la Directiva 2011/83/UE, para plantear la posible ubicación legislativa del artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE que trata del momento en que el riesgo de pérdida o deterioro del bien se traspaasa del vendedor-comerciante al comprador-consumidor cuando hay venta y transporte y que analizo en el siguiente apartado del trabajo.

Esos *dos al menos* posibles diseños *globales* de reforma del Título V consisten en lo siguiente:

a) La leyenda del Título V tendría el título *Compraventa* y seguiría contando con cuatro Capítulos.

El Capítulo I, al que podría denominársele *Disposiciones generales*, contendría la definición de la compraventa del TRLGDCU (*supra* [17]). En este Capítulo I podría además incluirse la transposición del artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE.

El Capítulo II recogería las normas del artículo 18, apartados 1, 2 y 3, de la Directiva 2011/83/UE, pudiendo rubricarse *De la obligación del vendedor de la entrega del producto*.

El Capítulo III regularía la obligación del vendedor de entregar un producto conforme con el contrato y de ahí que su leyenda fuera *De la obligación del vendedor de entregar un producto con-*

forme. Este Capítulo III incluiría los vigentes artículos 114 a 124 TRLGDCU.

Y el vigente *Capítulo IV* no tendría modificaciones de contenido normativo y mantendría su leyenda de *Garantía comercial adicional, obligaciones de documentación y servicios posventa*.

b) En el otro (segundo) posible diseño normativo, la leyenda del Título V también cambiaría a la de *Compraventa*. Asimismo, el Título V se compondría de cuatro capítulos, pero el contenido de cada uno de ellos difiere del expuesto para el anterior primer diseño global de reforma.

En este diseño, el Título V tendría un *Capítulo I* titulado *Disposiciones generales*, que contendría la definición de compraventa del TRLGDCU.

El *Capítulo II* regularía la obligación del vendedor de la entrega del producto (trasponiéndose el art. 18, apartados 1, 2 y 3, de la Directiva 2011/83/UE) así como la obligación del vendedor de entregar de un producto conforme con el contrato (vigentes arts. 114 a 124 TRLGDCU). Este Capítulo II podría rubricarse *De las obligaciones del vendedor* y muy posiblemente fuera conveniente subdividirlo en dos secciones, una para cada una de las señaladas obligaciones del vendedor.

El *Capítulo III* regularía el momento de la transmisión del riesgo de la pérdida o del deterioro del producto del vendedor al consumidor, transponiéndose en él las reglas del artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE y se titularía *Del momento de la transmisión del riesgo de la pérdida o del deterioro del producto al comprador*.

El vigente *Capítulo IV* del Título V del Libro II del TRLGDCU se mantendría con la misma leyenda y contenido que ahora tiene.

Sobre en dónde llevar a cabo las oportunas indicaciones acerca de los productos y de los contratos a los que se aplican y a los que no se aplican las reglas del Título V del Libro II del TRLGDCU (*supra* [18]), esto puede realizarse en ambos diseños normativos en el Capítulo I.

De los expuestos posibles diseños normativos prefiero el segundo. Afirmado esto, a continuación voy a analizar qué es lo que dispone el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE. Es el último artículo de la Directiva 2011/83/UE cuyo análisis seleccioné llevar a cabo para este trabajo (*supra* [2]). Después de ello, argumentaré el porqué de mi preferencia por el segundo diseño global expuesto para el Título V del Libro II del TRLGDCU.

IV. EL MOMENTO DE LA TRANSMISIÓN DEL RIESGO DE LA PÉRDIDA O DEL DETERIORO DEL BIEN DEL VENDEDOR-COMERCIANTE AL COMPRADOR-CONSUMIDOR

[46] El artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE dispone:

«Transmisión del riesgo

En los contratos en que el comerciante envíe los bienes al consumidor, el riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes. No obstante, el riesgo se transmitirá al consumidor con la entrega al transportista, en caso de que el consumidor encargara al transportista el transporte de los bienes o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el comerciante, sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista»²¹¹.

[47] En su día, la Directiva 1999/44/CE reguló la obligación del vendedor de entregar un bien conforme con el contrato y las consecuencias de su incumplimiento. El artículo 3.1 de la Directiva 1999/44/CE dispuso como momento relevante para apreciar el cumplimiento de dicha obligación –y el de su incumplimiento, la otra cara de la moneda– el momento de la entrega del bien²¹² (cfr. art. 114 TRLGDCU). La Directiva 1999/44/CE no reguló específicamente el problema de hasta qué momento el vendedor asume el riesgo de la pérdida o del deterioro de la cosa y, a partir de cuándo lo asume el consumidor. En el Considerando (14) de la Directi-

²¹¹ Según el artículo 23 de la Propuesta de Directiva de 2008: «Transmisión del riesgo/ 1. El riesgo de pérdida o deterioro de los bienes se transmitirá al consumidor cuando él o un tercero por él indicado, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes./ 2. El riesgo contemplado en el apartado 1 se transmitirá al consumidor en el momento de la entrega conforme a lo acordado por las partes si el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, no ha tomado las medidas razonables para adquirir la posesión material de los bienes».

Sobre el momento en que ha de apreciarse si el bien es o no conforme con el contrato, la Propuesta de Directiva de 2008, que regulaba la obligación del comerciante de entregar un bien conforme con el contrato (*supra* nota 6) dispuso en su artículo 25: «Derechos jurídicos – responsabilidad por falta de conformidad/ El comerciante será responsable ante el consumidor de toda falta de conformidad que exista en el momento en que el riesgo se transmite a éste». Dicho momento es, de conformidad con el antes transcrito artículo 23.1 de la Propuesta de Directiva de 2008, el de la adquisición material del bien. La Propuesta de Directiva de 2008 fijaba, pues, el mismo momento –el de la adquisición de la posesión material del bien por el consumidor o por un tercero indicado por él, distinto del transportista– para la transmisión del riesgo de la pérdida o del deterioro de la cosa al consumidor y, para apreciar si el bien era o no conforme con el contrato.

²¹² *Vid. supra* nota 172.

va 1999/44/CE se quiso precisar: «(...) que las referencias a la fecha de entrega *no suponen* que los Estados miembros *deban modificar sus normas sobre transferencias de riesgos*»²¹³ (la cursiva es nuestra).

²¹³ Sobre la Directiva 1999/44/CE, MORALES MORENO señaló: «(...) la Directiva [1999/44/CE] le impone [al vendedor] entregar una cosa conforme al contrato (art. 2.1) y le hace responsable ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega (art. 3.1). Esta exigencia es incompatible con una regla de transmisión de riesgo en virtud de la cual el riesgo de deterioro de la cosa vendida se transmita al comprador en el momento de perfección del contrato de compraventa, como la que resulta del artículo 1452 CC. *Y lo que acabo de decir sobre el riesgo de deterioro debe extenderse al riesgo de pérdida de la cosa, pues carecería de sentido que el consumidor tuviera que pagar el precio de ésta cuando se pierde, celebrado el contrato, antes de haberle sido entregada, aunque la pérdida se produzca por caso fortuito./ (...)*. El problema se va a plantear en aquellos Ordenamientos en los que la incorporación de la Directiva no dé lugar a la modificación de la regla “periculum est emptori”. Tal es el caso de España. En tal caso, ha de entenderse que la regla de atribución de riesgo al comprador desde la perfección del contrato *queda, al menos parcialmente, derogada, por incompatibilidad con el sistema de responsabilidad de la Directiva*» [(2004) p. 46 y p. 47]. En un posterior trabajo, en el que señala la necesaria reforma del Código civil e indica cuáles serían en su opinión las directrices de aquélla, MORALES MORENO conecta el problema de la distribución de los riesgos de pérdida o deterioro de la cosa con el momento del cumplimiento de la obligación de entrega: «El artículo 1452, dedicado al riesgo en el contrato de compraventa, debe ser modificado, para adaptarlo al nuevo sistema de regulación del incumplimiento contractual, propio de la Directiva 1999/44 (de la CISG y de los PECL), en el que debe inspirarse la reforma del CC./ Conforme al nuevo sistema, constituye incumplimiento la falta de ejecución de cualquier obligación, con independencia de que la inejecución sea o no imputable al deudor (al vendedor). (...). En consecuencia, toda pérdida o deterioro causal de la cosa, que ocurra antes del momento en que el vendedor haya incumplido su obligación de entregarla, es a riesgo del vendedor, pues la pérdida provoca el incumplimiento de la obligación de entregar la cosa, y el deterioro, el de la obligación de entregarla en conformidad. El incumplimiento determina responsabilidad contractual, con la consiguiente aplicación de los correspondientes remedios./ Esta construcción unitaria y objetiva del incumplimiento no deja espacio para separar entre incumplimientos imputables, a los que se aplicaría la doctrina del incumplimiento, e incumplimientos no imputables, a los que se aplicaría la doctrina del riesgo. El problema del riesgo está envuelto hoy en el tratamiento del incumplimiento./ (...) / El momento de traslación del riesgo al comprador (si es que seguimos hablando de ese momento) debe situarse en el de la entrega de la cosa vendida; la entrega puede producirse bajo diferentes modalidades, que comprenden la puesta a disposición del comprador, la remisión mediante la puesta en poder del primer transportista, o la traslación hasta el lugar previsto en el contrato. Lo que importa para la transmisión del riesgo es que el vendedor haya realizado todo lo que le incumbe, según la modalidad de entrega prevista en el contrato. Sin embargo, en caso de entrega mediante puesta a disposición, parece conveniente no exigir sólo la efectiva puesta a disposición (estando la cosa debidamente identificada, con conocimiento del comprador), sino que el comprador la retire o haya incidido en retraso en su recepción. Estimulamos el cuidado del vendedor, si la cosa sigue bajo su custodia (es cierto que puede estar bajo la custodia de un tercero. [sic] por ej.: se halla en el almacén del fabricante). También evitamos discusión sobre si el vendedor es o no culpable de la pérdida de la cosa, ocurrida mientras estaba a disposición del comprador» [ADC (2003) pp. 1628-1629]. Y en relación con el momento en que habría de apreciarse el cumplimiento de la obligación de entrega de cosa conforme con el contrato, MORALES MORENO afirmó: «Según la Directiva [1999/44/CE] la exigencia de conformidad se sitúa en el momento de la entrega de la cosa (art. 2.1.). Sin embargo, la entrega es un proceso en el que intervienen tanto el vendedor como el comprador, e incluso terceros (transportistas); proceso que genera riesgos particulares de pérdida de la conformidad. Decir que la cosa debe ser conforme al contrato en el momento de la entrega no es incorrecto, pero resulta poco preciso. Es mejor afirmar que la cosa debe ser conforme en el momento en que se produce la traslación del riesgo al comprador. El riesgo se traslada cuando el vendedor ha hecho, adecuadamente, todo lo que le corresponde hacer en el proceso de entrega; es decir,

La Directiva 2011/83/UE –continuando como he ido señalando en el trabajo la progresiva construcción comunitaria del régimen jurídico de la compraventa de consumo– ha regulado específicamente la cuestión de quién asume el riesgo de la pérdida o del deterioro de la cosa en un concreto caso: *aquél en el que el bien ha de transportarse*. En el Considerando (55) de la Directiva 2011/83/UE, que más abajo se transcribe, leemos que ello se regula *porque puede ser fuente de litigio* (esta misma idea se indica en el Considerando (51); *supra* [21]).

[48] El artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE contempla distintos supuestos y dispone reglas distintas.

a) Para el supuesto en que el vendedor-comerciante *envía* el bien al comprador-consumidor –esto es, *aquél gestiona o realiza el transporte*–, el vendedor-comerciante asume el riesgo de la pérdida o del deterioro del bien *hasta el momento en que el comprador-consumidor –o el tercero indicado por éste que no sea el transportista– adquiera su posesión material*. Desde el momento de la adquisición material del bien por parte del comprador-consumidor o por el tercero por él indicado, el comprador-consumidor asume la posible pérdida o deterioro de la cosa, lo cual implica, aunque no se indique expresamente en el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE, que el comprador-consumidor habrá de pagar el precio (entiendo ello, bajo el presupuesto de que la pérdida o el deterioro *no* tenga por causa un incumplimiento del vendedor; cfr. arts. 36.1, 66, 70 CISG).

El Considerando (55) de la Directiva 2011/83/UE, al que antes he hecho mención, se refiere al artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE y, señala: «*Cuando el comerciante expide los bienes al consumidor, en caso de pérdida o deterioro, la determinación del momento de la transferencia del riesgo puede ser fuente de litigios*. Por tanto, la presente Directiva *debe establecer* que el consumidor *esté protegido de todo riesgo de pérdida o deterioro de los bienes que se produzca antes de que haya adquirido la pose-*

ha cumplido lo que le impone en el caso concreto la obligación de entregar. Por ejemplo, si le corresponde remitir la cosa al comprador, por medio de un transportista, ya la ha puesto en poder del mismo, habiendo hecho además adecuadamente la selección del transportista, si le correspondía hacerlo./ Cuando la entrega ha de producirse por puesta a disposición, el vendedor cumple su obligación poniendo la cosa, debidamente identificada, a disposición del comprador y comunicándoselo, para que ordene su retirada. Sin embargo, es posible y resulta conveniente, que el riesgo de pérdida o deterioro siga atribuido al vendedor, si éste continúa manteniendo el control de la cosa. Así ocurre en la CISG (art. 69 CISG)» [ADC (2003) p. 1634]. *Vid.* artículos 1452, 1465, 1481 de la *Propuesta de Anteproyecto de Ley de Modificación del Código civil en materia de contrato de compraventa* y núms. 3, 7 y 16 de la Exposición de Motivos de dicha Propuesta [Boletín de Información del Ministerio de Justicia, mayo (2005) núm. 1988]. *Vid.* FENOY PICÓN (2006) [80] pp. 236-244.

sión material de los mismos. *Es preciso proteger al consumidor frente a los riesgos durante el transporte organizado o realizado por el comerciante*, aun cuando el consumidor haya elegido una determinada forma de entrega de entre las distintas posibilidades propuestas por el comerciante. (...). En cuanto al momento de la transferencia del riesgo, debe considerarse que un consumidor ha adquirido la posesión material de los bienes *cuando los ha recibido*» (la cursiva es nuestra).

La Directiva 2011/83/UE nada indica sobre la posibilidad de que, siendo ello imputable al comprador-consumidor, este se retrase en adquirir la posesión material del bien en relación con cuando debía haberla adquirido y, cómo incide ello en la determinación del momento de la transmisión del riesgo. En cambio, la Propuesta de Directiva de 2008 sí trataba tal posibilidad. Para este caso y según el artículo 23.2 de la Propuesta de Directiva de 2008, el momento de la transmisión del riesgo al consumidor-comprador sería *el de la entrega según lo pactado* «*si el consumidor o un tercero por él indicado, distinto del transportista, no ha tomado las medidas razonables para adquirir la posesión material de los bienes*»²¹⁴. Es esta una norma razonable.

b) Para el supuesto en que *el consumidor sea quien haya encargado* el transporte del bien al transportista o, *haya elegido un transportista distinto de los propuestos* por el vendedor-comerciante, dicho comprador-consumidor asume el riesgo de la pérdida o del deterioro del bien *desde el momento en que el bien se entregue al transportista*. En el mentado Considerando (55) de la Directiva 2011/83/UE se indica que la regla de que el vendedor-comerciante asume el riesgo de la pérdida o del deterioro del bien hasta el momento en el que el comprador-consumidor adquiere su posesión material, «*no debe aplicarse a los contratos en los que el consumidor pueda elegir entre recoger él mismo los bienes o pedir a un transportista que lo haga*».

Aunque no hubiera sido preciso señalarlo, pues de lo que el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE se ocupa es de determinar, *en la compraventa en la que media el transporte del bien*, el momento hasta el cual el vendedor asume el riesgo de la pérdida o

²¹⁴ *Supra* nota 211 para el artículo 23.2 de la Propuesta de Directiva de 2008. En el Considerando (38) de la Propuesta de Directiva de 2008 se indica sobre el artículo 23: «(...). Es preciso proteger al consumidor frente a todo riesgo de pérdida o deterioro de los bienes acaecido durante el transporte organizado o realizado por el comerciante. La norma introducida sobre transmisión del riesgo no debe aplicarse si el consumidor retarda indebidamente la toma de posesión de los bienes (por ejemplo, si el consumidor no los va a buscar a la oficina de correos en el plazo fijado por esta última). En esas circunstancias, el consumidor debe soportar el riesgo de pérdida o deterioro después del momento de la entrega acordado con el comerciante».

del deterioro del bien y a partir de cuándo lo asume el consumidor, dicho artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE dispone para el segundo supuesto que contempla, que la regla que dispone opera «*sin perjuicio de los derechos del consumidor con respecto al transportista*».

[49] Trasladándonos a nuestro Derecho, el artículo 1452, I y II, CC ordena que el riesgo de pérdida o deterioro fortuitos de la cosa corresponden al comprador desde el momento de la perfección de la compraventa, solución ésta considerada no satisfactoria desde hace tiempo. Para la compraventa genérica, para la de género limitado y para la específica con precio *ad mensuran*, el artículo 1452.III CC desplaza en el tiempo el momento del traspaso del riesgo al comprador a aquel en que las cosas fungibles «se hayan pesado, contado o medido, a no ser que éste [el comprador] se haya constituido en mora»²¹⁵. Ahora bien, *el artículo 1452 CC no se aplica a la compraventa del TRLGDCU*²¹⁶, lo que se ha argumentado con base en lo siguiente.

El artículo 114 TRLGDCU fija el momento relevante para apreciar la falta de conformidad en «el momento de la entrega del producto» (*vid.* además art. 123, 1 y 4, TRLGDCU), sin perjuicio de que para el caso en el que el producto haya además de instalarse, el artículo 116.2 TRLGDCU desplace en el tiempo (hacia delante) el momento de la apreciación de la falta de conformidad²¹⁷. Pero, si bien el artículo 114 TRLGDCU fija el momento de la entrega como el relevante para apreciar la existencia de la falta de conformidad, dicho artículo no especifica cómo ha de entenderse aquélla. Se ha señalado que la entrega que importa es *la material*²¹⁸. Por otro lado, la responsabilidad del vendedor, por

²¹⁵ Información sobre cómo distintos autores reinterpretan el artículo 1452.I CC con el fin de que el momento del traslado del riesgo al comprador se aleje del momento de la perfección del contrato en: SAN MIGUEL PRADERA (2004) [141]-[150] pp. 128-135. Para el artículo 1452.III CC, *vid.* Díez-PICAZO/GULLÓN (2012) 10.^a ed., pp. 61-62.

²¹⁶ *Vid.* TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 114 TRLGDCU» (2011) pp. 1062-1063; PICATOSTE BOBILLO (2011) pp. 138-140; MARTÍN ARESTI (2010) pp. 57-59; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 114 TRLGDCU» (2009) pp. 1413-1414 (*vid. infra* nota 223).

²¹⁷ M. J. MARÍN LÓPEZ informa en relación con el artículo 116.2 TRLGDCU: «Para unos, la instalación es una prestación de hacer complementaria de la prestación de dar, por lo que sin ella no puede considerarse completa la entrega, de manera que el defecto de instalación no puede ser considerado como posterior a la entrega. Otros, con un razonamiento menos forzado, señalan que el art. 116.2 TRLGDCU constituye una excepción al art. 114 TRLGDCU en lo que a la preexistencia de la falta de conformidad se refiere» [*Comentario del artículo 114 TRLGDCU*] (2009) p. 1413, *vid.* desde la p. 1412; *vid.* además «Comentario del artículo 116 TRLGDCU» (2009) p. 1464; *vid.* también TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 114 TRLGDCU» (2011) pp. 1061-1062.

²¹⁸ *Vid.* PICATOSTE BOBILLO (2011) pp. 121-123, 220-221; MARTÍN ARESTI (2010) p. 56, si bien *vid.* hasta p. 57, p. 59; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 114 TRLGDCU» (2009) p. 1413, «Comentario del artículo 122 TRLGDCU» (2009) p. 1536

la entrega de un producto no conforme con el contrato, es una responsabilidad objetiva²¹⁹. *Si esta responsabilidad objetiva ha de apreciarse en el momento de la entrega material del producto, estamos incorporando a la obligación del vendedor, de entregar un producto conforme con el contrato, el tradicional problema de quien (vendedor o comprador) asume el riesgo del deterioro del producto que tiene lugar entre el momento de la perfección de la compraventa y el de su entrega* (lo cual, se ha dicho, ha de incluir además al supuesto de la pérdida del producto²²⁰).

¿Qué sucede si hay venta y transporte del producto?

Ni el Código civil, ni el TRLGDCU disponen una específica regla sobre quien ha de asumir, *en la relación entre el vendedor y el comprador*, el riesgo de la pérdida o del deterioro del producto durante su transporte²²¹. Sin embargo, esto no ha impedido a

(para el remedio de la reducción del precio) y «Comentario del artículo 123 TRLGDCU» (2009) pp. 1542-1543, 1544, 1545.

²¹⁹ Señalan el carácter objetivo de la responsabilidad, por ejemplo: TORRELLES TORREA, «Comentario del artículo 114 TRLGDCU» (2011) p. 1059 y «Comentario del artículo 116 TRLGDCU» (2011) pp. 1078-1079; MARTÍN ARESTI (2010) p. 55; M. J. MARÍN LÓPEZ, «Comentario del artículo 114 TRLGDCU» (2009) p. 1418, *vid.* hasta p. 1419; ORDÁS ALONSO (2009) p. 30; FENOY PICÓN (2006) [92] p. 264.

²²⁰ *Vid. supra* MORALES MORENO nota 213, en relación con la Directiva 1999/44/CE. La misma idea para el TRLGDCU señala MARTÍN ARESTI: «La atribución de responsabilidad al vendedor por las faltas de conformidad existentes en el momento de la entrega traslada a este punto temporal la transmisión del riesgo contractual en las ventas de consumo, de forma no coincidente con el planteamiento del Código civil. (...). No obstante la ausencia de previsiones en nuestro ordenamiento sobre la cuestión del riesgo en las ventas de consumo, el carácter obligatorio del régimen de responsabilidad del vendedor determina que la presencia de otras normas de Derecho interno que establezcan una solución distinta para los deterioros fortuitos acaecidos con anterioridad a la entrega, no puedan comprometer el reconocimiento de los derechos que los arts. 114 y ss. del TRLGDCU atribuyen al consumidor ante la existencia de una falta de conformidad en este tipo de ventas. De esta suerte, en los casos de *defectos o menoscabos* del producto entregado, el consumidor podrá ejercitar frente a este sujeto, con fundamento en tales anomalías, los derechos que le brinda el art. 118 TRLGDCU. (...)./ La consideración de la entrega como el momento en que se produce la transmisión del riesgo contractual en las ventas de consumo *debe aplicarse a todos los supuestos de producción del riesgo. En consecuencia, no solo a los menoscabos y deterioros que ha sufrido el producto antes de su entrega, sino también a los supuestos en que éste se pierde, perfecto el contrato, estando aún en poder del vendedor. Aunque el caso de pérdida no constituye un supuesto de falta de conformidad y, por ello, no resulta de aplicación el régimen de responsabilidad del vendedor por este concepto, parece evidente que la transmisión del riesgo debe referirse a un único momento cualquiera que sea el grado en que éste se produzca*» [la cursiva es nuestra; (2010) pp. 57-58].

²²¹ En el Código civil, su artículo 1465 se ocupa de determinar quién asume los gastos del transporte: «Los gastos para la entrega de la cosa vendida serán de cuenta del vendedor, y los de su transporte o traslación de cargo del comprador, salvo el caso de estipulación especial». Cfr. art. 1171 CC. Para la compraventa mercantil del Código de Comercio, ALCOVER GARAU indica: «Pues bien, si se tiene en cuenta, por un lado, que el CCom de 1885, al ser una copia retocada del CCom de 1929 (*sic*, 1829), contempla la realidad económica de principios del siglo XIX y ofrece así una regulación desfasada basada en el supuesto de la venta en plaza y, por otro, que la compraventa con entrega indirecta aparece en el tráfico en la segunda mitad del mismo siglo y estructura de forma diversa a la venta en plaza la obligación de entrega que pesa sobre el vendedor, no es

algunos de nuestros autores pronunciarse para la venta del TRLGDCU. La solución que apuntan es que *el vendedor asume, frente al consumidor-comprador, los riesgos del deterioro o de la pérdida del producto producidos durante su transporte*. Lo señala así Martín Aresti para el supuesto en que la obligación del vendedor «deba entenderse cumplida cuando el producto es objeto de entrega en el domicilio del consumidor», y también, para el supuesto en que se haya pactado una cláusula de portes debidos con la excepción de que haya sido el consumidor quien haya elegido y contratado el transporte del producto o dado instrucciones al vendedor sobre ello²²². M. J. Marín López también considera

aventurado afirmar que nuestro Derecho mercantil ni recoge el supuesto con entrega indirecta ni sus normas pueden ser adecuadas para regularlo./ En efecto, ni el CCom ni el CC contienen ninguna norma que establezca que la entrega se produce cuando la mercadería se pone en poder del porteador para ser trasladada al comprador. Al contrario, tan solo se refieren a las situaciones de tener el vendedor las mercaderías a disposición del comprador (arts. 333 y 337 CCom), de poner a disposición (arts. 338 y s. del CCom) y de poner el bien en poder y posesión (art. 1462 CC), que son las típicas de la venta con entrega directa y que no se producen en la venta con entrega indirecta, ya que en ellas el que pone a disposición del comprador las mercaderías es el transportista, no el vendedor, en el punto de destino./ Como consecuencia de lo anterior, si las partes quieren, (...), que la entrega se produzca con la entrega al transportista, deben pactarlo expresamente. Si nada pactan, la venta se entenderá en plaza, al ser éste el supuesto general regulado por el CCom (y por aplicación del art. 1171 del CC, aplicable en virtud del art. 50 CCom en el ámbito mercantil). Y si se pactan que la entrega se produzca en el domicilio del comprador o en el puerto de destino, la venta será a la llegada./ En relación con las ventas a la llegada, hay indicios racionales que ponen de relieve que, aunque el CCom se refiere de forma preponderante a la venta en plaza, contempló las ventas a la llegada. (...)/ Es evidente que lo anterior incide de forma directa en la cuestión de la transmisión del riesgo en la compraventa con entrega indirecta en un doble sentido: en primer lugar, si el CCom no regula la compraventa con entrega indirecta, no regula tampoco la transmisión del riesgo en tal venta, circunstancia esta que ponen de relieve tanto la doctrina como la jurisprudencia, y, en segundo lugar, el criterio de transmisión recogido en el CCom es por completo inadecuado para regular la transmisión del riesgo en la venta con entrega indirecta en el momento del embarque en la medida en que la situación de tener o poner al vendedor la mercadería a disposición del comprador no se produce en tal venta, siendo el porteador el que pone la mercadería a disposición del comprador en el punto de destino convenido, tal como demuestran los artículos 92.2 de la LUCI y 86.2 de la CV, (...)/ Por tanto, conteniendo tan sólo el CCom el criterio de tener a disposición y exigiendo la práctica comercial que el riesgo se transmita con la entrega al transportista, se produce un acusado desfase del régimen mercantil español en relación a la moderna realidad del tráfico, lo que determina que dicho régimen, que es dispositivo, aparezca con mucha frecuencia modificado por acuerdo entre las partes contratantes o por los usos, destacando la utilización de las cláusulas de entrega y superándose por esta vía el arcaísmo del texto legal./ Por consiguiente, si las partes a través de una cláusula de entrega pactan una compraventa con expedición o una compraventa con entrega indirecta, el régimen jurídico de tal venta viene determinado por la cláusula de entrega y no por las disposiciones del CCom» [(1991) pp. 209-211, *vid.* desde p. 208 hasta p. 212, y además, pp. 212-222 en donde el autor analiza la equiparación entre puesta a disposición y entrega al transportista por parte de la jurisprudencia y los autores, criticándolo].

²²² En palabras de MARTÍN ARESTI: «(...) el efecto que en la práctica mercantil se atribuye a las cláusulas *portes pagados* o *portes debidos* para determinar el momento de la entrega del producto objeto del contrato de compraventa, debe limitarse a las relaciones entre profesionales. A lo sumo, cuando el destinatario sea un consumidor, estas cláusulas deben ceñir sus efectos a la determinación del sujeto que paga los portes, pero no deben decidir la atribución de riesgo. Así, cuando el vendedor concierta un transporte en régimen de *portes*

que el vendedor asume los deterioros que el producto sufra durante su transporte ²²³.

– La venta y el transporte del bien gestionado por el vendedor en el DCFR. El momento del traspaso del riesgo de pérdida o deterioro del bien del vendedor al comprador-consumidor en el DCFR

A) Para la venta y el transporte del bien gestionado por el vendedor ha de acudirse a la Sección 2 (*Delivery of the goods*) del Capítulo 2 (*Obligations of the seller*) de la Parte A (*Sales*) del Libro IV (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*) del DCFR. Dicha Sección 2 regula la obligación del vendedor de la entrega del bien, artículos IV.A.-2:201 a IV.A.-2:204 DCFR. A los artículos IV.A.-2:201 y IV.A.-2:202 DCFR me referí cuando traté las formas de entrega y el plazo de entrega del bien. Voy a referirme ahora al artículo IV.A.-2:204 DCFR, que dispone:

«Carriage of the goods

(1) *If the contract requires the seller to arrange for carriage of the goods, the seller must make such contracts as are necessary for carriage to the place fixed by means of transportation appropriate in the circumstances and according to the usual terms for such transportation.*

debidos para ejecutar la obligación de entregar al consumidor el producto adquirido por éste, debe entenderse que, al margen de que los portes deban ser satisfechos por el consumidor en el momento de la entrega, los riesgos de una eventual pérdida o deterioro corren de cuenta del vendedor quien, caso de producirse éstos, podrá exigir la consiguiente responsabilidad al transportista de acuerdo con el artículo 362 CCo (*sic*) o, en su caso, a la empresa aseguradora. Estas pautas de protección no deben aplicarse en los supuestos residuales en los que se acredite por parte del vendedor que es el consumidor quien ha decidido y contratado el transporte del producto, o ha dado instrucciones al respecto al vendedor» [(2010) pp. 59-60].

Sobre la tipología de compraventas, cuando media transporte, *vid.* Alcover Garau (1991) pp. 66-73, *vid.* además hasta p. 76.

²²³ M. J. MARÍN LÓPEZ: «El Código civil sigue la regla romanista *periculum est emptoris*, que implica la atribución al comprador del riesgo de la producción de esos defectos (art. 1452 CC), salvo culpa (art. 1094 CC) o mora del vendedor (art. 1096 CC). Esta regla es distinta de la establecida en el art. 114 TRLGDCU, según la cual el comprador soporta el riesgo de deterioro fortuito del bien desde su entrega (y no desde la perfección del contrato). A pesar de la declaración contenida en el Considerando núm. 14 de la Directiva 1999/44/CE, hay que entender que la clásica regla de distribución de los riesgos debe entenderse modificada, al menos para las ventas a consumidores, en el sentido de atribuir al vendedor el riesgo de los deterioros que el bien sufra desde la perfección del contrato hasta la entrega. *Por lo tanto, es el vendedor (y no el consumidor) el que soporta el riesgo de los defectos ocasionados por el transporte de los bienes vendidos.* Este cambio, sin embargo es más teórico que real. En primer lugar, porque es habitual en las ventas de bienes de consumo que sea el propio vendedor el que asuma el riesgo derivado del transporte de los bienes. En segundo lugar, porque en la mayoría de ventas al consumo la perfección del contrato viene seguida de la entrega de la cosa, por lo que perfección y entrega son simultáneas. Y en tercer lugar, porque las ventas a consumidores son, normalmente, ventas de cosa genérica, y en estas ventas el riesgo de pérdida fortuita lo asume el vendedor hasta la especificación, y no se produce la especificación en sentido jurídico hasta el momento de la entrega» (la cursiva es nuestra; «Comentario del artículo 114 TRLGDCU» (2009) pp. 1413-1414).

(2) *If the seller, in accordance with the contract, hands over the goods to a carrier and if the goods are not clearly identified to the contract by markings on the goods, by shipping documents or otherwise, the seller must give the buyer notice of the consignment specifying the goods.*

(...) ²²⁴» (la cursiva es nuestra).

A.1) En el *Comment A* del artículo IV.A.-2:204 DCFR se indica que el artículo establece distintas obligaciones del vendedor cuando los bienes *han de transportarse desde el vendedor al comprador (o a la persona acordada) por parte de un tercero que es el transportista*. El artículo IV.A.-2:204 DCFR *no regula quién ha de gestionar* el transporte de los bienes, lo que depende *de lo acordado por las partes*. El artículo *no* abarca los casos en los que los empleados del vendedor o del comprador son quienes asumen el transporte de los bienes para el comprador. ²²⁵

Sobre la compraventa de consumo, en el *Comment D* del artículo IV.A.-2:204 DCFR se destaca que, de acuerdo con el artículo IV.A.-5:103 (1) DCFR (*Passing of risk in a consumer contract for sale*) que luego analizamos, la regla general para la compraventa de consumo es que el riesgo *no pasa* al consumidor *hasta que este efectivamente reciba los bienes*. *Esto significa que los bienes viajan a riesgo del vendedor*. ²²⁶

B) Las Secciones 1 (*General provisions*) y 2 (*Special rules*) del Capítulo 5 (*Passing of risk*) de la Parte A (*Sales*) del Libro IV (*Specific contracts and the rights and obligations arising from them*) regulan el efecto y el momento del traspaso del riesgo de pérdida o deterioro del bien del vendedor al comprador (arts. IV.A.-5:101 a IV.A.-5:203 DCFR) ²²⁷.

El traspaso del riesgo al comprador supone *–regla general* de la Sección 1– que éste, pese a la pérdida o el deterioro del bien, ha de pagar el precio, salvo que ello tenga por causa la acción u omisión del vendedor (art. IV.A.-5:101 DCFR ²²⁸). Son también

²²⁴ Continúa el artículo 2:204 DCFR: «(3) *If the contract does not require the seller to effect insurance in respect of the carriage of the goods, the seller must, at the buyer's request, provide the buyer with all available information necessary to enable the buyer to effect such insurance*».

²²⁵ *Comment A* del artículo IV.A.-2:204 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1270.

²²⁶ *Comment D* del artículo IV.A.-2:204 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1271. Es lógico que en dicho *Comment D* se lea de inmediato: «Hence, paragraph (3) of this Article [IV.A.-2:204 DCFR; *vid. supra* nota 224] will be of the limited importance in consumer contracts for sale as it will generally be in the seller's interest to arrange for insurance, *since any loss of or damage to the goods before they reach the consumer will be the seller's responsibility*» (la cursiva es nuestra; *op. cit.*, p. 1271).

²²⁷ Sobre la regulación de los riesgos en la compraventa del DCFR, *vid.* SÁNCHEZ GONZÁLEZ (2008) *Revista Jurídica del Notariado* (2011) núm. 80 pp. 285-333, en particular pp. 304-331; de la misma autora, para la compraventa de consumo y riesgos, *ADC* (2011) pp. 1110-1112.

²²⁸ Artículo IV.A.-5:101 DCFR: «*Effect of passing of risk/ Loss of, or damage to, the goods after the risk has passed to the buyer does not discharge the buyer from the obligation to pay the price, unless the loss or damage is due to an act or omission of the seller*».

En el *Comment A* del artículo IV.A.-5:101 DCFR se indica: «*The present Chapter [5] addresses the question of who has to bear the risk of the goods being lost or damaged in a*

reglas generales la del artículo IV.A.-5:102 DCFR –que especifica el momento en el que el riesgo se traspaasa al comprador²²⁹– y la del artículo IV.A.-5:103 DCFR –que regula el traspaaso del riesgo en la *compraventa de consumo*, precepto que analizo en la siguiente letra C)–.

La mencionada Sección 2 (*reglas especiales* del traspaaso del riesgo) recoge el supuesto en el que el bien se pone a disposición del comprador (art. IV.A.-5:201 DCFR; *Goods placed at buyer's disposal*); el supuesto en el que, además de la compraventa, el bien ha de transportarse (art. IV.A.-5:202 DCFR; *Carriage of the goods*); y el supuesto en el que el bien es vendido en tránsito (art. IV.A.-5:203 DCFR; *Goods sold in transit*).

En el DCFR, el momento relevante para apreciar *la falta de conformidad* del bien es el del traspaaso del riesgo al comprador (art. IV.A.-2:308 DCFR)²³⁰.

C) El artículo IV.A.-5:103 DCFR dispone:

«Passing of risk in a consumer contract for sale

(1) In a consumer contract for sale, the risk does not pass until the buyer takes over the goods.

(2) Paragraph (1) does not apply if the buyer has failed to perform the obligation to take over the goods and the non-performance is not excused under III.-3:104 (Excuse due to an impediment) in which case IV.A.-5:201 (*Goods placed at buyer's disposal*) applies.

(3) Except in so far as provided in the preceding paragraph, Section 2 of this Chapter does not apply to a consumer contract for sale.

fortuitous event, i.e. due to no fault of either party. This Article governs the question of whether the buyer needs to pay the full price for the goods despite their accidental loss or damage» [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, pp. 1367-1368]. Y en el *Comment D* del mismo artículo: «The rules on the passing of risk come into play only in the case of fortuitous events resulting in the loss of or damage to the goods, i.e. events that neither party could foresee. The present Article reflects this important principle by providing for an exception relating to the seller's conduct. If the seller is responsible for the loss of or damage to the goods, the buyer is not deprived of rights against the seller regarding that loss or damage» (*op. cit.*, p. 1369).

²²⁹ Artículo IV.A.-5:102 DCFR: «Time when risk passes/ (1) The risk passes when the buyer takes over the goods or the documents representing them./ (2) However, if the contract relates to goods not then identified, the risk does not pass to the buyer until the goods are clearly identified to the contract, whether by markings on the goods, by shipping documents, by notice given to the buyer or otherwise./ (3) The rule in paragraph (1) is subject to the Articles in Section 2 of this Chapter».

²³⁰ Artículo IV.A.-2:308 DCFR: «Relevant time for establishing conformity/ (1) The seller is liable for any lack of conformity which exists at the time when the risk passes to the buyer, even if the lack of conformity becomes apparent only after that time./ (2) In a consumer contract for sale, any lack of conformity which becomes apparent within six months of the time when the risk passes to the buyer is presumed to have existed at that time unless this is incompatible with the nature of the goods or the nature of the lack of conformity./ (3) In a case governed by IV.A.-2:304 (Incorrect installation under a consumer contract for sale) any reference in paragraphs (1) or (2) to the time when the risk passes to the buyer is to be read as a reference to the time when the installation is complete».

(4) *The parties may not, to the detriment of the consumer, exclude the application of this Article or derogate from or vary its effects»* (la cursiva es nuestra).

C.1) En la venta de consumo, según el artículo IV.A.-5:103 (1) DCFR, el riesgo no pasa al comprador hasta que éste efectivamente se hace cargo del bien (*take over*; recibe)²³¹.

En el *Comment A* del artículo IV.A.-5:103 DCFR se indica que la finalidad de la regla es evitar cargar excesivamente al consumidor con riesgos imprevisibles que no fue capaz de anticipar, ni que probablemente haya asegurado. *Esta regla del DCFR va más allá del campo de actuación de la Directiva 1999/44/CE, en la que la cuestión del riesgo no fue expresamente tratada.*²³²

C.2) La regla del artículo IV.A.-5:103 (1) DCFR cuenta con la excepción del apartado (2), excepción razonable.

El apartado (2) del artículo IV.A.-5:103 DCFR dispone la no aplicación del apartado (1) *si el comprador no ha cumplido su obligación de recibir los bienes y ese incumplimiento es inexcusable según dispone el artículo III.-3:104 DCFR (Excuse due to an impediment), aplicándose en tal caso lo que dispone el artículo IV.A.-5:201 DCFR (Goods placed at buyer's disposal)*²³³.

C.3) El apartado (3) del artículo IV.A.-5:103 DCFR dispone la *no aplicación de las normas de la Sección 2, salvo lo dispuesto en el artículo IV.A.-5:103 (2) DCFR* al que acabamos de referirnos.

En la mencionada Sección 2, el artículo IV.A.-5:202 DCFR regula la venta con transporte. Conviene recordar lo que dispone la regla especial del artículo IV.A.-5:202 DCFR (*Carriage of the goods*) sobre el momento del traspaso del riesgo al comprador cuando hay venta y transporte, para así poder constatar el alcan-

²³¹ *Comment A* del artículo IV.A.-5:103 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1377. El texto que interesa es: «This Article [IV.A.-5:103 DCFR] contains an important exception for consumer contracts for sale from the main rule in IV.A.-5:102 (Time when risk passes) and the special rules in Section 2, *as risk does not pass before the buyer actually takes over the goods* (la cursiva es lo indicado en el texto). *This means, for example, that the risk does not pass upon the mere transfer of documents representing the goods.* There is an exception to this rule for consumers if the consumer buyer has failed to perform the obligation to take over the goods and this non-performance is not excused (paragraph (2))» (la cursiva es nuestra; *op. cit.*, p. 1377). El artículo IV.A.-5:102 DCFR está transcrito en la nota 229.

²³² La cursiva es nuestra. VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1378.

²³³ Son muy explícitos los ejemplos de las *Illustrations 1* y *2* del *Comment B* del artículo IV.A.-5:103 DCFR. El ejemplo de la *Illustration 1* es el de un comprador-consumidor que compra un coche a un vendedor-comerciante. Ambos acuerdan una fecha en la que el consumidor recogerá el coche en el lugar de negocios del vendedor. El consumidor *no recuerda* la cita y no recoge el coche en la fecha acordada. Esa misma noche, el coche es robado del establecimiento del vendedor. *El riesgo lo asume el consumidor porque su comportamiento no es excusable.* En la *Illustration 2*, se indica que los hechos son los mismos que los de la *Illustration 1*, si bien, en la fecha acordada, el consumidor, *de camino para recoger el coche, tiene un accidente de tráfico, acabando en el hospital con importantes lesiones.* Cuando el coche es robado, *el riesgo sigue asumiéndolo el vendedor, pues el comportamiento del consumidor es excusable de conformidad con lo dispuesto en el artículo III.-3:104 DCFR.* [Las cursivas son nuestras; VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol 2, p. 1378].

ce de la particularidad del momento en el cual se traspassa el riesgo de la pérdida o del deterioro del bien *al consumidor* (comprador).

Según el artículo IV.A.-5:202 (2) DCFR, si el vendedor *no se ha obligado a entregar el bien en un concreto lugar*, el riesgo *pasa al comprador* cuando el bien es entregado *al primer transportista para su transmisión al comprador de conformidad con el contrato*. Y, si el vendedor *se ha obligado a entregar el bien al transportista en un determinado lugar*, según el artículo IV.A.-5:202 (3) DCFR, el riesgo *no pasa al comprador hasta que el bien sea entregado al transportista en aquel lugar*.²³⁴ Como hemos indicado, *estas expuestas reglas del artículo IV.A.-5:202 DCFR (2) y (3) no se aplican a la compraventa de consumo por así disponerlo el artículo IV.A.-5:103 (3) DCFR*.

En el *Comment C* del artículo IV.A.-5:103 DCFR se indica que, *frente a las reglas del artículo IV.A.-5:202 DCFR*, en la compraventa *de consumo* en la que media transporte, *el riesgo sólo pasa al comprador (consumidor) cuando el bien efectivamente se le entrega*. En consecuencia, si el consumidor no recibe el bien *porque se ha perdido o destrozado, no pagará su precio*. Y además, el vendedor se habrá retrasado en la entrega del bien, disponiéndose de todos los remedios por dicho retraso.²³⁵

También se indica en este *Comment C*, que la regla del artículo IV.A.-5:103 DCFR supone un incentivo al vendedor para que tenga el máximo cuidado en la gestión del transporte y en la elección del transportista; además, el vendedor está en mejor posición para calcular el precio, integrando el coste del riesgo del transporte en un acuerdo financiero de larga duración,

²³⁴ Artículo IV.A.-5:202 DCFR: «Carriage of the goods/ (1) This Article applies to any contract of sale which involves carriage of goods./ (2) If the seller is not bound to hand over the goods at a particular place, the risk passes to the buyer when the goods are handed over to the first carrier for transmission to the buyer in accordance with the contract./ (3) If the seller is bound to hand over the goods to a carrier at a particular place, the risk does not pass to the buyer until the goods are handed over to the carrier at that place./ (4) The fact that the seller is authorised to retain documents controlling the disposition of the goods does not affect the passing of the risk».

Son de interés las siguientes reflexiones del *Comment B* del artículo IV.A.-5:202 DCFR: «The rule that the risk passes when goods are handed over the carrier *forms an exception to the main rule*, according to which the risk passes when the buyer takes over the goods. *It is based upon the idea that the risk in general should pass when the seller has done everything possible to deliver the goods*. It is also based on the assumption that the carriage of the goods is for the buyer's benefit. It is also customary in international trade to consider the carrier as an "extension" of the buyer. The rule is not justified in terms of control, because after delivery to the carrier neither the seller nor the buyer has physical control of the goods. On the contrary, in practice after dispatch the seller will usually be the party who can control the goods, or at least the disposition of the goods. It should be pointed out, however, that if the goods are damaged in transit, the buyer may have a claim against the carrier; and that normally the buyer will have the benefit of insurance cover. The buyer will either arrange this directly (e.g. in a FOB contract) or the seller will be obliged to arrange it on the buyer's behalf (as is the case under a CIF contract)./ (...) / This provision only applies if the parties have not agreed otherwise. The parties are free to regulate the matter of risk as they wish, for instance by agreeing that the risk is not to pass until the goods are actually taken over by the buyer» [VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1385].

²³⁵ *Comment C* del artículo IV.A.-5:103 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1378.

o para obtener un seguro beneficioso. El consumidor encuentra más obstáculos interponiendo una reclamación contra terceros o interponiendo una reclamación por el seguro. Se indica por último en el *Comment C*, que en muchos casos el vendedor operará con su propia flota de vehículos para la entrega. Siendo esto así, de conformidad con la regla general, el riesgo no pasa antes de que el bien haya sido recibido por el consumidor.²³⁶

– La venta y el transporte del bien gestionado por el vendedor en el CESL. El momento del traspaso del riesgo de pérdida o deterioro del bien del vendedor al comprador-consumidor en el CESL

A) El artículo 96 CESL regula las obligaciones del vendedor que, por contrato, asume la gestión del transporte del bien. Dicho artículo se ubica en la Sección 2 (*Entrega*), Capítulo 10 (*Obligaciones del vendedor*), Parte IV (*Obligaciones y remedios de las partes en un contrato de compraventa o en un contrato de suministro de contenidos digitales*) del CESL. Aquél ordena:

«Obligaciones del vendedor respecto del transporte de los bienes

1. Cuando el vendedor estuviera obligado *por el contrato* a asumir el transporte de los bienes, *deberá celebrar* los contratos necesarios *para* transportarlos hasta el lugar señalado, *utilizando* los medios de transporte adecuados a las circunstancias y *según las condiciones habituales de tal medio de transporte*.

2. Cuando el vendedor, de conformidad con el contrato, entregue al transportista bienes *no* claramente identificados como los bienes que deban suministrarse en virtud del contrato, mediante las oportunas señales, los documentos de expedición o de otro modo, *el vendedor deberá enviar al comprador un aviso de expedición en el que se especifiquen* los bienes.

3. (...) ²³⁷» (la cursiva es nuestra).

A.1) Comentando el artículo, Zoll indica que el vendedor ha de concluir el contrato que obligue al transportista a transportar los bienes al lugar indicado por vendedor y comprador, no siendo necesario que dicho lugar sea el mismo lugar de entrega de los bie-

²³⁶ *Comment C* del artículo IV.A.-5:103 DCFR, VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2, p. 1379. En la *Illustration 3* se indica este ejemplo: «A, a consumer, buys a fridge just across the border of his native country. According to the agreement, the seller will take care of the transportation of the fridge to A's residence. The seller charges a cross-border delivery service for the transportation. However, the lorry carrying, amongst other goods, the fridge for A, is involved in a traffic accident, in which all the goods are damaged beyond use. Since A has not yet taken over the goods, the risk does not pass. As the risk was still with the seller, he is in delay when not delivering the fridge to A on time» (la cursiva es nuestra; *op cit.*, p. 1379).

²³⁷ Continúa el artículo 96 CESL: «3. Cuando el vendedor no estuviera obligado por el contrato a suscribir un seguro de transporte de los bienes, deberá proporcionar al comprador, a solicitud de este, toda la información de que disponga que resulte necesaria al comprador para suscribir dicho seguro».

nes de conformidad con lo dispuesto en el artículo 93 CESL²³⁸ o con lo que aquéllos acordaron. La obligación que el artículo 96.1 CESL ordena es independiente de la cuestión del momento del traspaso del riesgo que se regula en el Capítulo 14 del CESL²³⁹. El vendedor es responsable si incumple su deber de gestionar el transporte, incluso aunque haya cumplido todos los deberes derivados del contrato de compraventa.²⁴⁰ Zoll también señala que el vendedor puede cumplir el deber que le impone el artículo 96 CESL, cumpliendo él las obligaciones del transportista, si bien en tal caso el vendedor debe ser capaz de satisfacer los requisitos que el artículo 96.1 CESL ordena²⁴¹.

Sobre la exigencia del artículo 96.1 *in fine* CESL de que el vendedor haya de celebrar el contrato de transporte «según las condiciones habituales de tal medio de transporte», Zoll señala que el preciso contenido de ese deber depende estrechamente del contenido del tipo de obligación de la gestión del transporte. El autor destaca que la regla que se deriva del artículo 96.1 CESL, *deja abierta la cuestión de si el vendedor ha de concluir el contrato de transporte actuando en nombre y por cuenta del comprador o, si el vendedor ha de actuar en su propio nombre*. Esto han de aclararlo vendedor y comprador en su contrato.²⁴²

²³⁸ Artículo 93 CESL: «Lugar de entrega/ 1. Cuando no pueda determinarse de otra manera, el lugar de entrega será:/ (a) en caso de un contrato de compraventa de bienes de consumo o de suministro de contenidos digitales que sea un contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento comercial, o en el que el vendedor se haya comprometido a disponer el transporte para el comprador, el lugar de residencia del consumidor en el momento de la celebración del contrato;/ (b) en cualquier otro caso,/ i) cuando el contrato de compraventa implique el transporte de bienes mediante un transportista o una serie de transportistas, el punto de recogida del primer transportista más cercano;/ ii) cuando el contrato no implique el transporte, el lugar del establecimiento comercial del vendedor en el momento de la celebración del contrato./ 2. Cuando el vendedor tenga más de un establecimiento comercial, el lugar del establecimiento comercial al que se refiere el apartado 1, letra b), será el que tenga un vínculo más próximo con la obligación de entrega».

²³⁹ Si bien se sitúan en otro plano (en la CISG y otros textos jurídicos), son de interés las consideraciones de ALCOVER GARAU (1991) pp. 79-108, en particular pp. 95-97, 100-108.

²⁴⁰ ZOLL, «Comentario del artículo 96 CESL» (2012) núm. 7, p. 455. Sobre el nivel de diligencia exigible al vendedor en su gestión del contrato de transporte, indica ZOLL: «The standard of the obligation to arrange the carriage must be in compliance with art 148(2), applied by the means of analogy. The seller has to arrange the carriage with the skill and care expected according to the circumstances» (*op. cit.*, núm. 7, p. 455). Dicho artículo 148 CESL dispone: «Obligación de lograr un resultado y obligación de competencia y diligencia/ (...) / 2. A falta de obligación contractual, expresa o implícita, de alcanzar un resultado específico, el prestador del servicio deberá ejecutar el servicio relacionado con la diligencia y competencia que quepa esperar razonablemente de un prestador de servicios y de conformidad con las leyes y demás disposiciones jurídicas vinculantes aplicables al servicio relacionado./ 3. (...)».

²⁴¹ ZOLL, «Comentario del artículo 96 CESL» (2012) núm. 9, p. 455.

²⁴² ZOLL, «Comentario del artículo 96 CESL» (2012) núm. 11, p. 455. Son también de interés las indicaciones que el autor sigue realizando: «If this matter has not been touched upon by the contract, certain conditions of the contract of carriage, eg remuneration, remain the internal matter of the seller (which is eventually included in the price of the sale). The question is raised whether the expenses of the carriage are transferred separately to the buyer, and then whether the seller must conclude the contract of the carriage with the remuneration of the carrier, which does not extend the usual fees available on the market

B) El Capítulo 14 del CESL (arts. 140 a 146) se titula *Transmisión del riesgo* y se divide en tres Secciones.

La Sección 1 ordena las *Disposiciones generales* (arts. 140 y 141 CESL). El artículo 140 CESL dispone que el comprador ha de pagar el precio del bien o del contenido digital, si los mismos se pierden o dañan *después* de que se le haya transmitido tal riesgo de pérdida o daño, *a salvo* que la pérdida o el daño se deba a la acción u omisión del vendedor. Por su parte, el artículo 141 CESL dispone que el riesgo *sólo* se transmite al comprador cuando se hayan *identificado claramente* los bienes o los contenidos digitales a efectos del contrato.²⁴³

La Sección 2 contiene un único artículo –el 142 CESL– que trata, precisamente, de la *Transmisión del riesgo en contratos de compraventa de bienes de consumo*.

La Sección 3 regula la *Transmisión del riesgo en los contratos entre comerciantes* y se compone de cuatro artículos que tratan del *Momento de transmisión del riesgo* (art. 143 CESL), del supuesto en el que los *Bienes [son] puestos a disposición del comprador* (art. 144 CESL), del supuesto en que hay venta y transporte (art. 145 CESL, *Transporte de los bienes*) y del supuesto de los *Bienes vendidos en tránsito* (art. 146 CESL).

Sobre el momento en que ha de apreciarse la falta de conformidad del bien con el contrato, el CESL conecta dicho momento con el de la transmisión del riesgo al comprador (art. 105 CESL²⁴⁴).

C) El artículo 142 CESL prescribe:

«Transmisión del riesgo en los contratos de compraventa de bienes de consumo

1. *En los contratos de compraventa de bienes de consumo, el riesgo se transmitirá en el momento en que el consumidor o el ter-*

for the comparable service. This same rule applies in the case whereby the carriage is rendered by the seller itself. The seller must also concluded the contract of carriage, which does not limit the liability of the carrier beyond the standards that are to be expected on the market. From this perspective, it is irrelevant whether the buyer may exercise the remedies directly against the carrier or only through the seller (eg by the seizure of these rights). The seller should secure the possibility of the buyer to exercise the remedies directly against the carrier (...)» (*op. cit.*, núm. 11, pp. 455-456).

²⁴³ Artículo 140 CESL: «Efecto de la transmisión del riesgo/ La pérdida o los daños en los bienes o contenidos digitales acaecidos después de que el riesgo se transmitiese al comprador no eximirán a este de su obligación de pagar el precio, salvo que dicha pérdida o daños se deban a una acción u omisión del vendedor». ZOLL/WATSON destacan la proximidad del artículo 140 CESL, con los artículos 66 CISG y IV.A.-5:101 CESL [«Comentario del artículo 140 CESL» (2012) núm. 4, p. 602]. Artículo 141 CESL: «Identificación de los bienes o contenidos digitales a los efectos del contrato/ El riesgo solo se transmitirá al comprador cuando los bienes o contenidos digitales se hayan identificado claramente como los bienes o contenidos digitales que han de ser suministrados en virtud del contrato, ya sea mediante el acuerdo inicial, por notificación remitida al comprador o de cualquier otro modo».

²⁴⁴ Artículo 105 CESL: «Momento relevante para determinar la conformidad/1. El vendedor será responsable de toda falta de conformidad que exista en el momento de la transmisión del riesgo al comprador conforme al capítulo 14./ 2 (...)».

cero designado por el consumidor, distinto del transportista, haya adquirido la posesión material de los bienes o el soporte material en el que se suministren los contenidos digitales.

2. En los contratos de suministro de contenidos digitales no suministrados en un soporte material, el riesgo se transmitirá en el momento en que el consumidor o un tercero designado al efecto por el consumidor haya obtenido el control de los contenidos digitales.

3. *Salvo* cuando se trate de contratos a distancia o contratos celebrados fuera del establecimiento comercial, *los apartados 1 y 2 no serán aplicables si el consumidor ha incumplido la obligación de aceptar los bienes o los contenidos digitales, y el incumplimiento no estuviera exonerado según lo dispuesto en el artículo 88*²⁴⁵. *En este caso, el riesgo se transmitirá en el momento en que el consumidor, o el tercero designado por el consumidor, haya adquirido la posesión material de los bienes u obtenido el control de los contenidos digitales si la obligación de aceptarlos se hubiera cumplido.*

4. *Cuando el consumidor organice el transporte de los bienes o los contenidos digitales suministrados en un soporte material sin que esa opción fuese ofrecida por el comerciante, el riesgo se transmitirá cuando los bienes o los contenidos digitales suministrados en un soporte material se entreguen al transportista, sin perjuicio de los derechos del consumidor contra este último.*

5. Las partes no podrán excluir la aplicación del presente artículo, ni introducir excepciones o modificar su efectos en detrimento del consumidor» (la cursiva es nuestra).

C.1) Zoll y Watson indican que los apartados 1, 3, y 5 del artículo 142 CESL se corresponden en parte con el artículo IV.A.-5:103 (1), (2) y (5) DCFR [*sic*, será apartado (4)] y, *los apartados 1 y 4 del artículo 142 CESL se corresponden con el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE*²⁴⁶.

C.2) Los citados autores señalan que *el artículo 142.1 CESL* dispone que el momento en que el riesgo pasa al consumidor o al tercero designado por el consumidor (que también puede ser un comerciante), es cuando aquéllos adquieren *la posesión material del bien*. El riesgo no se transmite al consumidor, *si el vendedor permanece en la posesión material del bien* (v.g. se encuentra en su almacén) *o, lo tiene el transportista ofrecido por dicho vendedor*. Zoll y Watson señalan que el hecho de *informar al consumidor de que puede recoger el bien, no basta para transferirle el riesgo*.²⁴⁷

²⁴⁵ Artículo 88 CESL: «Exoneración del incumplimiento/ 1. Una parte quedará exonerada del incumplimiento de una obligación si el incumplimiento se debiera a un impedimento que escapa a su control y si cupiera suponer que, en el momento de la celebración del contrato, no podía tener en cuenta el impedimento o no podía evitar o superar dicho impedimento o sus consecuencias./ 2. (...)».

²⁴⁶ ZOLL/WATSON, «Comentario del artículo 142 CESL» (2012) núm. 2, p. 606.

²⁴⁷ ZOLL/WATSON, «Comentario del artículo 142 CESL» (2012) núm. 3, p. 606.

En el supuesto en el que el bien *se entregue al tercero*, el riesgo *solo* se transmite si dicho tercero ha sido designado por el consumidor (v.gr. el consumidor pacta que el bien se entregará en el lugar de su trabajo o, que será recogido por alguien en su nombre). En consecuencia, el riesgo *no* se transmite al consumidor *a través del tercero si el vendedor ha sido quien* ha designado a dicho tercero.²⁴⁸

C.3) Sobre *el artículo 142.3 CESL*, Zoll y Watson indican que su aplicación exige el cumplimiento de dos requisitos: *uno*, que el consumidor *no haya cumplido la obligación* que le impone el artículo 123.1.b) CESL (la de recibir el bien)²⁴⁹; *el otro*, que tal incumplimiento *no esté justificado* de conformidad con el artículo 88 CESL²⁵⁰. *Si* el incumplimiento del consumidor *es excusable* con base en el artículo 88 CESL, el riesgo *no* se transmite al consumidor. En cambio, *si se cumplen los dos expuestos requisitos del artículo 142.3 CESL* –incumplimiento inexcusable de la obligación de recibir– *el riesgo se transmite* en el momento en que el consumidor *habría adquirido la posesión física (material) del bien*. Ahora bien, Zoll y Watson también señalan que el preciso momento en el cual el consumidor habría adquirido la posesión física del bien no está claro²⁵¹.

C.4) Finalmente, sobre *el artículo 142.4 CESL* –que fija el momento del traspaso del riesgo al consumidor en el de la entrega del bien *al transportista*– Zoll y Watson señalan que aquél dispone dos condiciones para su aplicación: que *el consumidor gestione* el transporte de los bienes *de una manera que* el comerciante *no* le haya ofrecido (v.gr. el comerciante solo ofrece entregar el bien al consumidor y este organiza su recogida; en tal caso, el riesgo se traspasará al consumidor cuando el bien se entregue al transportista).²⁵²

[50] *¿Han de incorporarse a la compraventa del TRLGDCU las normas del artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE?*

Teniendo presente lo que *supra* [49] indiqué para el Derecho interno español (Código Civil y TRLGDCU) y comparándolo con lo que el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE ordena, mi respuesta es sí. Nuestro Derecho debe recoger en un artículo (norma jurídica) que en la venta del TRLGDCU en la que hay además transporte del producto, organizado por el vendedor y realizado por transportista independiente, dicho vendedor asume el riesgo de la pérdida o del deterioro del producto hasta el momento de su entre-

²⁴⁸ ZOLL/WATSON, «Comentario del artículo 142 CESL» (2012) núm. 4, p. 606.

²⁴⁹ Artículo 123 CESL: «Obligaciones principales del comprador/ 1. El comprador deberá:/ (a) pagar el precio;/ (b) recibir los bienes o los contenidos digitales; y/ (c) recibir los documentos representativos o relativos a los bienes o los documentos relativos a los contenidos digitales tal como lo requiera el contrato./ 2. (...)».

²⁵⁰ *Vid. supra* nota 245.

²⁵¹ ZOLL/WATSON, «Comentario del artículo 142 CESL» (2012) núm. 9, p. 607.

²⁵² ZOLL/WATSON, «Comentario del artículo 142 CESL» (2012) núm. 10, p. 607.

ga material al consumidor. Esta misma regla de la asunción de los riesgos de la pérdida o del deterioro del producto se aplica cuando el propio vendedor (o sus dependientes) es (son) quien (quienes) realice(n) el transporte del producto. Ha de recogerse también la segunda regla que el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE dispone en relación con el comprador-consumidor.

¿En dónde transponer el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE?

Supra [45] manifesté mi opinión. Me limito a recordarla. Por la materia regulada y por lo que dispone, considero que el artículo 20 de la Directiva 2011/83/UE debe incorporarse a un único Capítulo, en concreto, en un Capítulo III del Título V del Libro II del TRLGDCU.

V. CONCLUSIONES

[51] Todos mis juicios *sobre qué y en dónde* han de incorporarse al TRLGDCU los artículos 2.5, 18 y 20 de la Directiva 2011/83/UE los he indicado en el trabajo y a ello me remito²⁵³.

Sobre la *conclusión general* –que también he indicado y reiterado en el trabajo– conviene que la manifieste de nuevo. Gracias a la labor del legislador de la Unión Europea, la regulación de la compraventa de consumo *va progresivamente completándose*. Es además una regulación hecha por *un legislador de hoy para dar solución actual a tradicionales cuestiones jurídicas, las cuales siguen vigente*. Es cierto que la decisión del legislador de la Unión Europea de legislar las materias analizadas en el trabajo tiene sus propias causas²⁵⁴. Pero, desde mi perspectiva de jurista nacional, la progresiva construcción de la compraventa de consumo tal y como se está llevando a cabo, junto con cómo regula la CISG la compraventa internacional, me reafirma en la defensa de la reforma y renovación de las regulaciones de las compraventas del Código civil y del Código de comercio²⁵⁵.

²⁵³ *Vid. supra* [12], [13], [17], [18], [28], [33], [35], letra C) de *La forma de ejercicio de los remedios del consumidor por la entrega de un producto no conforme con el contrato (reparación, sustitución, resolución, reducción del precio)*, [39], letra F) de *La no restitución del valor del uso del producto, en la resolución por la entrega de un producto no conforme con el contrato*; apartado C.8) de *Sobre el alcance de la gratuidad del remedio de la sustitución del producto no conforme con el contrato, por otro conforme*, [43], [45], [50].

²⁵⁴ Consecución de mercado interior, elevada protección del consumidor; *vid.* Considerandos (3) y (4) de la Directiva 2011/83/UE.

²⁵⁵ Lo que ya señalé en *CCJC* (2005) [17]-[24] pp. 533-547. Tras recordar que en el Derecho español existe una pluralidad de regímenes jurídicos de compraventa (la del Código civil, la del Código de comercio, la de la CISG, la del TRLGDCU) (pp. 1257-1258), SAN MIGUEL PRADERA/PÉREZ GARCÍA, partidarios de reformar las compraventas del Código civil y del Código de comercio, señalan que si se aprobase la Propuesta de Reglamento y el CESL habría otro régimen jurídico de compraventa en nuestro Derecho (siendo este de carácter

Y, más allá de lo anterior, ¿podríamos *unificar* las compraventas civil y mercantil en un único texto de compraventa, disponiendo en él las oportunas particularidades cuando ello fuere preciso? ¿Podríamos incorporar a ese único texto *las particularidades de la compraventa de consumo*? Todas estas compraventas son, sin más, Derecho de Contratos ²⁵⁶.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel: *Derecho civil, II Derecho de obligaciones*, 14.ª ed., ed. Edisofer, S. L., Madrid (2011).
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen: «La integración del Derecho de consumo contractual en el Código civil: ¿una simple entelequia jurídica o algo más?», en *Estudios jurídicos en Homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, tomo I (2003) pp. 137-152.
- ALCOVER GARAU, Guillermo: *La transmisión del riesgo en la compraventa mercantil, Derecho español e internacional*, ed. Civitas, Madrid (1991).
- ALONSO GARCÍA, Ricardo: *Sistema Jurídico de la Unión Europea*, 3.ª ed., ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2012) pp. 292-294, 330-337.
- ÁLVAREZ VIGARAY, Rafael: *La resolución de los contratos bilaterales por incumplimiento*, 3.ª ed., ed. Comares, Granada (2003).
- «Comentario del artículo 1113 CC», en *Comentarios del Código civil*, tomo II, dirs. Cándido Paz-Ares Rodríguez/Luis Díez-Picazo y Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, 2.ª ed., Ministerio de Justicia (1993) pp. 74-76.

opcional, *vid.* pp. 1256-1257): «Pues bien, la aprobación de la Propuesta de Reglamento sobre una normativa común de compraventa europea implicaría la aparición en escena de un nuevo régimen jurídico aplicable a las compraventas transfronterizas celebradas entre dos empresarios, cuando al menos uno de ellos sea una PYME, o entre un empresario y un consumidor, cuando voluntariamente y de forma expresa, acuerden que su contrato se rija por el instrumento opcional. Esto significa que en caso de acuerdo de las partes, quedarían desplazados los regímenes previstos en el Código de comercio (tratándose de compraventas transfronterizas B2B) y en el TRLGDCU (tratándose de contratos transfronterizos B2C). También cabe la posibilidad de que el Legislador español decida ampliar su ámbito de aplicación a los contratos internos, como prevé el artículo 13 [de la Propuesta de Reglamento], en cuyo caso la aplicación de las normas del Código de comercio y del TRLGDCU podrían quedar desplazadas con independencia del carácter transfronterizo o no del contrato. (...) / Con estos mimbres, surge inmediatamente un interrogante: ¿Tiene sentido la aparición de un segundo régimen normativo opcional en materia de compraventa? La respuesta, en principio, debe ser afirmativa, pero antes de añadir mayor complejidad a nuestro sistema, deberíamos dotarlo de coherencia. Esta tarea pasa por replantearse el régimen jurídico y los principios inspiradores de la compraventa en el Código civil y en el Código de Comercio y aproximar su sistema al de los otros textos legales sobre compraventa» [ADC (2012) p. 1258; *vid.* además p. 1259]. Recientemente se ha publicado la *Propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación* (para la regulación de la compraventa, *vid.* los arts. 511-1 y ss.)

²⁵⁶ Sobre los posibles modelos legislativos acerca de cómo regular, con carácter general, las relaciones de consumo: CÁMARA LAPUENTE, «Comentario del artículo 59 TRLGDCU» (2011) p. 480. *Id.* ALBIEZ DOHRMANN (2003) tomo I, pp. 141-147. Sobre la unificación del Derecho de Obligaciones y Contratos (civil/mercantil), *vid.* MIRANDA SERRANO (2006) pp. 40-46, 102-103, y, en otro plano (protección de los consumidores y derogada LGDCU) pp. 193-195.

- BUSTO LAGO, José Manuel: «Comentario del artículo 21 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009) pp. 292-316.
- CAFFARENA LAPORTA, Jorge: «Comentario del artículo 3 CISG», en *La compraventa internacional de mercaderías, Comentario de la Convención de Viena*, dir. y coord. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, ed. Civitas, Madrid (1998) pp. 67-71.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio: «Comentario del artículo 6 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 185-194.
- «Comentario del artículo 7 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 194-199.
- «Comentario del artículo 59 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 475-483.
- «Comentario del artículo 65 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 579-586.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de Contratos*, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2010).
- CORDERO LOBATO, Encarna: «¿Cómo transponer la Directiva de consumidores al Derecho español?», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1 (2012) pp. 45-47.
- DÍAZ ALABART, Silvia: «La protección del consumidor en la compraventa: La Ley de Garantía en la venta de bienes de consumo», *Legislación civil (2000-2006): Análisis crítico, Estudios de Derecho Judicial*, núm. 116 (2007) pp. 94-129.
- DÍEZ-PICAZO, Luis/GULLÓN, Antonio: *Sistema de Derecho civil*, vol. II, tomo 2, *Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 10.^a ed., ed. Tecnos, Madrid (2012).
- EBERS, Martín: «De la armonización mínima a la armonización plena», *InDret* 2/2010, 47 pp.
- ESTEBAN DE LA ROSA, Fernando/OLARIU, Ozana: «La aplicación de la Normativa Común de Compraventa Europea (CESL) a los contratos de consumo: nuevos desafíos para el sistema de Derecho internacional privado europeo», *InDret* 1/2013, 32 pp.
- FENOY PICÓN, Nieves: «La entidad del incumplimiento en la resolución del contrato: análisis comparativo del art. 1124 del Código civil y del art. 121 del Texto Refundido de consumidores», *ADC* (2009) pp. 157-280.
- «Comentario a la STS de 17 de enero de 2008: Compraventa internacional de vehículos automóviles de segunda mano: aplicación de la Convención de Viena de 11 de abril de 1980; no hay falta de conformidad; no denuncia en plazo de la falta de conformidad [comparación con la denuncia del TRLGDCU y otros modelos de Derecho privado europeo]; desestimación de la indemnización solicitada por el comprador; descripción del sistema de la Convención de Viena de la falta de conformidad de la mercadería», *CCJC*, vol. 78, septiembre-diciembre (2008) pp. 1299-1339.

- *El sistema de protección del comprador*, Fundación Registral, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid (2006).
 - «Comentario a la STS de 10 de julio de 2003: Ejercicio extrajudicial de la facultad resolutoria del artículo 1124 CC; Incumplimiento por inhabilidad del objeto y consiguiente insatisfacción del comprador; Inexistencia de vicios ocultos; Incumplimiento resolutorio: incumplimiento esencial», *CCJC*, vol. 68, mayo-agosto (2005) pp. 509-555.
 - «Comentario a la STS de 14 de abril de 1998: Contrato verbal; atípico, con grandes analogías con el arrendamiento *ad meliorandum* o *ad aedificandum*, y mixto; oneroso pero con un importante componente de liberalidad; plazo de duración de la relación obligatoria: no determinado; denuncia del contrato; acción reivindicatoria; gastos de construcción; gastos necesarios y no gastos útiles; derecho de retención, posesión de buena fe», *CCJC*, vol. 48, septiembre-diciembre (1998) pp. 1075-1095.
- FERNÁNDEZ DE VILLAVICENCIO ÁLVAREZ-OSSORIO, M.^a del Carmen: *Compra-venta de cosa ajena*, ed. Bosch, Barcelona (1994).
- FRAGA, Juan Bautista: «Contratos mixtos y unión de contratos», *ADC* (1951) pp. 321-339.
- GARCÍA CANTERO, Gabriel: «Comentario del artículo 1466 CC», en *Comentarios del Código civil*, dir. Cándido Paz-Ares/Luis Díez-Picazo Ponce de León/Rodrigo Bercovitz/Pablo Salvador Coderch, tomo II, 2.^a ed. (1993) pp. 916-918.
- GARCÍA RUBIO, M.^a Paz: «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)», *ADC* (2013) pp. 323-337.
- GÓMEZ POMAR, Fernando/GILI SALDAÑA, Marian: «El futuro instrumento opcional del Derecho contractual europeo: una breve introducción a las cuestiones de formación, interpretación, contenido y efectos», *InDret* 1/2012, 27 pp.
- GONZÁLEZ PACANOSWKA, Isabel: «Comentario del artículo 1124 CC», en *Comentarios al Código civil*, tomo VI, dir. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, Valencia (2013).
- HONNOLD, John: «Comentario del artículo 3 CISG», en *Derecho uniforme sobre compraventas internacionales (Convención de las Naciones Unidas de 1980)*, Editoriales de Derecho reunidas (1987 de la trad. esp.) núms. 57-60, pp. 113-116.
- INFANTE RUIZ, Francisco José: *Contrato y término esencial*, ed. La Ley, Madrid (2008).
- ILLESCAS ORTIZ, Rafael/PERALES VISCASILLAS, Pilar: «El Reglamento Opcional en materia de compraventa en el ámbito de la Unión Europea (CESL): crítica a su ámbito de aplicación», *Derecho de los Negocios* (2012) núm. 265-266, noviembre-diciembre, pp. 9-19.
- LETE ACHIRICA, Javier: «La propuesta de Directiva sobre los derechos de los consumidores: *nihil novum sub sole?*», en *Estudios jurídicos en memoria del prof. José Manuel Lete del Río*, coord. M.^a Paz García Rubio, ed. Civitas/Thomson Reuters (2009) pp. 493-511.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: «Comentario de los artículos 1113 y 1114 CC», en *Comentarios al Código civil español con la colaboración de varios juriscónsultos y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco Cárdenas*, tomo VIII, Madrid (1901) pp. 114-118.

- «Comentario del artículo 1128 CC», en *Comentarios al Código civil español con la colaboración de varios juristas y una introducción del Excmo. Sr. D. Francisco Cárdenas*, tomo VIII, Madrid (1901) pp. 152-154.
- MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús: «Sustitución de un bien no conforme ¿quién asume el coste de retirada del bien y de instalación del bien de sustitución?», *Revista Aranzadi Civil-Mercantil* 9, enero (2013) pp. 87-98.
- «La Directiva 2011/83/UE: esquema general, ámbito de aplicación, nivel de armonización y papel de los Estados miembros», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, núm. 1 (2012) pp. 10-14.
- «Comentario del artículo 114 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009) pp. 1405-1419.
- «Comentario del artículo 116 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009) pp. 1437-1472.
- «Comentario del artículo 117 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009) pp. 1472-1482.
- «Comentario del artículo 119 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009) pp. 1491-1505.
- «Comentario del artículo 121 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009) pp. 1522-1532.
- «Comentario del artículo 122 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009) pp. 1532-1536.
- «Comentario del artículo 123 TRLGDCU», en *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009) pp. 1537-1559.
- *Las garantías en la venta de bienes de consumo en la Unión Europea. La Directiva 1999/44/CE y su incorporación a los Estados miembros*, tomo I, Instituto Nacional del Consumo, Madrid (2004).
- MARTÍN ARESTI, Marta: *Las Garantías de los Productos de Consumo*, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2010).
- MIRANDA SERRANO, Luis María: *La contratación mercantil. Disposiciones generales. Protección de los consumidores*, Luis María Miranda Serrano / Pedro José Vela Torres / Adolfo Príes Picardo, *Tratado de Derecho mercantil*, dirs.

- Manuel Olivencia / Carlos Fernández-Novoa / Rafael Jiménez de Parga, coord. Guillermo Jiménez Sánchez, ed. Marcial Pons, Madrid (2006).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel: «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE», en *Garantía en la venta de bienes de consumo/Les garanties dans la vente de biens de consommation, Ponencias de la Conferencia Internacional, Santiago de Compostela, enero 2004/Rapports de la Conférence Internationale, Saint-Jacques-de-Compostelle, janvier 2004*, ed. Javier Lete Achirica, Universidade de Santiago de Compostela publicaciones (2004) pp. 39-60.
- «Adaptación del Código civil al Derecho Europeo: La compraventa», *ADC* (2003) pp. 1609-1651.
- NAVAS NAVARRO, Susana: *El incumplimiento no esencial de la obligación. Análisis del incumplimiento no esencial de las obligaciones contractuales de dar*, ed. Reus, Madrid (2004).
- NIEVA FENOLL, Jordi/revisión de la traducción Kai FISCHER: «§ 433 BGB», en *Código Civil alemán, Bürgerliches Gesetzbuch*, dir. Albert Lamarca Marquès, ed. Marcial Pons (2008) p. 123.
- ORDÁS ALONSO, Marta: *Aliud pro alio, Saneamiento por Vicios Ocultos y Compraventa de Productos de Consumo*, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2009).
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: «El sistema de responsabilidad contractual (Materiales para un debate)», *ADC* (1991) pp. 1019-1091.
- PARRA LUCÁN, M.ª Ángeles: «Comentario del artículo 21 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores, Texto Refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 288-295.
- PICATOSTE BOBILLO, Victoria: *La Protección de los Consumidores en la Compraventa de Vehículos Automóviles*, ed. Aranzadi/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2011).
- REDING, Viviane: «Por qué necesita Europa un derecho contractual europeo opcional», *InDret* 2/2011, 8 pp.
- RODRÍGUEZ-ROSADO, Bruno: *Resolución y sinalagma contractual*, ed. Marcial Pons, Madrid (2013).
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula: *Resolución del contrato por incumplimiento y modalidades de su ejercicio*, Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid (2004).
- SAN MIGUEL PRADERA, Lis Paula/PÉREZ GARCÍA, Máximo: «El instrumento opcional sobre normativa común de compraventa europea: ¿una buena solución para los consumidores y empresarios españoles?», *ADC* (2012) pp. 1247-1259.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M.ª Paz: «El régimen de los riesgos en el contrato de compraventa: una aproximación a su tratamiento en el DCFR», *Revista Jurídica del Notariado* (2011) núm. 80, octubre-diciembre, pp. 285-333.
- «La venta de consumo en el proyecto de Marco Común de Referencia», *ADC* (2011) pp. 1101-1114.
- SENINI, Enrica: «Requiring and Withholding Performance, Termination and Price Reduction –The CESL Compared to the Vienna Sales Convention», en *The Proposed Common European Sales Law– the Lawyer’s View*, ed. Guido Alpa/Giuseppe Conte/Ubaldo Perfetti/Friederich Graf von Westphalen, Sellier/Consiglio Nazionale Forense (2013) pp. 113-142.
- SCHULTE-NÖLKE, Hans: «Comentario del artículo 9 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 110-114.

- STUDY GROUP ON A EUROPEAN CIVIL CODE/RESEARCH GROUP ON EC PRIVATE LAW (ACQUIS GROUP): *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition*, ed. by Christian Von Bar/Eric Clive, vol. 1, Sellier (2009). Citado: VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 1.
- *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR) Full Edition*, ed. by Christian Von Bar/Eric Clive, vol. 2, Sellier (2009). Citado: VON BAR/CLIVE (ed.) (2009) vol. 2.
- TORRELLES TORREA, Esther: «Comentario del artículo 114 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1053-1063.
- «Comentario del artículo 116 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1070-1080.
- «Comentario del artículo 117 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1080-1086.
- «Comentario del artículo 119 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1090-1097.
- «Comentario del artículo 120 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1097-1105.
- «Comentario del artículo 121 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1105-1110.
- «Comentario del artículo 122 TRLGDCU», en *Comentarios a las Normas de Protección de los Consumidores. Texto refundido (RDL 1/2007) y otras leyes y reglamentos vigentes en España y en la Unión Europea*, dir. Sergio Cámara Lapuente, ed. Colex, Madrid (2011) pp. 1110-1112.
- TWIGG-FLESNER, Christian: «La Directiva sobre los derechos de los consumidores en el contexto del derecho de consumo de la Unión Europea», en *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*, dir. Sergio Cámara Lapuente, coord. Esther Arroyo Amayuelas, ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2012) pp. 87-102.
- VAQUER ALOY, Antoni: «Contratos de servicios: entre el Derecho de consumo y el Derecho contractual europeo», en *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*, dir. Sergio Cámara Lapuente, coord. Esther Arroyo Amayuelas, ed. Civitas/Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra) (2012) pp. 421-456.

- VITERI ZUBIA, Ibon: *El pago anticipado en las obligaciones a plazo. El derecho al reembolso anticipado en el sector específico del crédito*, ed. tirant lo blanch, Valencia (2013).
- WENDEHORST, Christiane: «Comentario del artículo 2 de la Propuesta de Reglamento», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 13-30.
- «Comentario del artículo 5 de la Propuesta de Reglamento», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 40-49.
- «Comentario del artículo 6 de la Propuesta de Reglamento», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 49-53.
- ZOLL, Fryderyk: «Comentario del artículo 87 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 396-408.
- «Comentario del artículo 94 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 445-450.
- «Comentario del artículo 95 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 450-453.
- «Comentario del artículo 96 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 453-457.
- «Comentario del artículo 101 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 476-479.
- «Comentario del artículo 106 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 490-492.
- «Comentario del artículo 109 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 495-503.
- «Comentario del artículo 112 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 511-513.
- «Comentario del artículo 115 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 518-520.
- «Comentario del artículo 116 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 520-521.
- «Comentario del artículo 118 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 523-524.
- ZOLL, Fryderyk/WATSON, Jonathon: «Comentario del artículo 140 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 602-603.
- «Comentario del artículo 142 CESL», en *Common European Sales Law (CESL) –Commentary–*, ed. Reiner Schulze, C.H. Beck-Hart-Nomo (2012) pp. 605-607.