

R: 2710400

COMENTARIOS AL TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DE CONSUMIDORES Y USUARIOS

TOMO II

Directora

ANA CAÑIZARES LASO

Coordinadora

LAURA ZUMAQUERO GIL



tirant lo blanch

Valencia, 2022

Copyright © 2022

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

© Ana Cañizares Laso
Laura Zumaquero y otros

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELFs.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-2353-2022
ISBN: 978-84-1147-053-7 (Tomo II)
ISBN: 978-84-1130-643-0 (Obra completa)

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

Índice Tomo II

TÍTULO III

Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

<i>Artículo 92. Ámbito de aplicación</i>	1397
MARÍA SOLEDAD DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO	
I. INTRODUCCIÓN	1398
II. REGULACIÓN Y MARCO NORMATIVO	1400
III. ÁMBITO MATERIAL DE LA CONTRATACIÓN CELEBRADA FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL Y DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA	1402
<i>Artículo 93. Excepciones</i>	1411
MARÍA SOLEDAD DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO	
I. INTRODUCCIÓN	1412
II. EXCLUSIONES POR INCUMPLIMIENTO DE ALGUNO DE LOS REQUISITOS QUE ESTABLECE LA REGULACIÓN DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA O FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL EN EL TRLCU	1415
<i>Artículo 94. Comunicaciones comerciales y contratación electrónica</i>	1429
MARÍA SOLEDAD DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO	
I. INTRODUCCIÓN	1429
II. COMUNICACIONES COMERCIALES POR CORREO ELECTRÓNICO U OTROS MEDIOS DE COMUNICACIÓN ELECTRÓNICA	1430
III. CONTRATACIÓN A DISTANCIA DE BIENES O SERVICIOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS	1432
IV. APLICACIÓN PREFERENTE DE LA NORMATIVA ESPECÍFICA DE LA LEY DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y DEL COMERCIO ELECTRÓNICO	1433
<i>Artículo 95. Servicios de intermediación en los contratos a distancia</i>	1435
CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ	
I. INTRODUCCIÓN	1435
II. ¿QUÉ ES UN OPERADOR DE TÉCNICAS DE COMUNICACIÓN A DISTANCIA?: EL CONCEPTO PRESENTADO EN EL ART. 95.1 TRLCU	1436
III. LA FUNCIÓN REAL DE INTERMEDIACIÓN DE LOS OPERADORES DE TÉCNICAS DE COMUNICACIÓN A DISTANCIA	1438
IV. LOS PRESTADORES DE SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN COMO INTERMEDIARIOS EXCLUIDOS	1442
<i>Artículo 96. Comunicaciones comerciales a distancia</i>	1445
MARÍA SOLEDAD DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO	
I. INTRODUCCIÓN	1446
II. LLAMADAS TELEFÓNICAS CON INTERVENCIÓN HUMANA	1446
III. LLAMADAS TELEFÓNICAS SIN INTERVENCIÓN HUMANA	1449

CAPÍTULO II

Información precontractual y contratos

<i>Artículo 97. Información precontractual de los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil.....</i>	1451
MARÍA SOLEDAD DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO	
I. INTRODUCCIÓN	1454
II. EL DERECHO A LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN EL ÁMBITO DE LA CONTRATACIÓN A DISTANCIA Y DE LA CONTRATACIÓN FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL	1456
<i>Artículo 97 bis. Requisitos de información específicos adicionales para contratos celebrados en mercados en línea.....</i>	1469
MARÍA SOLEDAD DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO	
I. INTRODUCCIÓN	1470
II. DELIMITACIÓN DE LA EXPRESIÓN «MERCADO EN LÍNEA»	1470
III. INFORMACIÓN ESPECÍFICA QUE HA DE SER SUMINISTRADA POR EL PROVEEDOR DEL MERCADO EN LÍNEA	1471
<i>Artículo 98. Requisitos formales de los contratos a distancia</i>	1473
MARÍA SOLEDAD DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO	
I. INTRODUCCIÓN	1475
II. REQUISITOS FORMALES DE LOS CONTRATOS A DISTANCIA	1475
<i>Artículo 99. Requisitos formales de los contratos celebrados fuera del establecimiento.....</i>	1481
MARÍA SOLEDAD DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO	
I. INTRODUCCIÓN	1482
II. REQUISITOS FORMALES DE LA CONTRATACIÓN CELEBRADA FUERA DE ESTABLECIMIENTO MERCANTIL	1482
<i>Artículo 100. Consecuencias del incumplimiento</i>	1485
CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ	
I. INTRODUCCIÓN	1485
II. LA ANULACIÓN DEL CONTRATO CELEBRADO POR EL CONSUMIDOR O USUARIO.....	1487
III. EFECTOS DE LA ANULACIÓN DEL CONTRATO	1492
<i>Artículo 101. Necesidad de consentimiento expreso.....</i>	1495
CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ	
I. INTRODUCCIÓN	1495
II. LA PROHIBIDA CONTRATACIÓN FORZOSA.....	1496
III. EL CONSENTIMIENTO EXPRESO O EXPLÍCITO EXIGIDO POR LA NORMA...	1497
IV. LA AUSENCIA DE ACEPTACIÓN EXPRESA Y EL SUMINISTRO POSTERIOR DEL EMPRESARIO	1498

CAPÍTULO III

Derecho de desistimiento

<i>Artículo 102. Derecho de desistimiento.....</i>	1501
ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO	
I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	1501

II. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO.....	1504
III. PREVALENCIA DE LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL ART. 102, EN FUNCIÓN DE LA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN, SOBRE CONTRATOS CON UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA DE ESTE DERECHO	1507
IV. EL PLAZO PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO	1508
V. NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS QUE IMPONGAN AL CONSUMIDOR UNA PENALIZACIÓN POR EL EJERCICIO DE SU DERECHO DE DESISTIMIENTO O LA RENUNCIA AL MISMO	1512
<i>Artículo 103. Excepciones al derecho de desistimiento.....</i>	1515
ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO	
I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	1516
II. FUNDAMENTO DE LAS EXCEPCIONES AL DERECHO DE DESISTIMIENTO Y ANÁLISIS DE CADA UNA DE ELLAS.....	1517
<i>Artículo 104. Plazo para el ejercicio del derecho de desistimiento</i>	1531
ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO	
I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	1532
II. CÓMPUTO DE LOS PLAZOS PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO	1532
III. DÍA INICIAL DEL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA DESISTIR EN LOS CONTRATOS DE SERVICIOS.....	1534
IV. DÍA INICIAL DEL CÓMPUTO DEL PLAZO PARA DESISTIR EN LOS CONTRATOS DE VENTA	1536
V. CONTRATOS DE CALEFACCIÓN Y DE SUMINISTRO DE AGUA, GAS O ELECTRICIDAD (NO ENVASADOS) O DE CONTENIDO DIGITAL	1540
<i>Artículo 105. Omisión de información sobre el derecho de desistimiento.....</i>	1543
ANDRÉS DOMÍNGUEZ LUELMO	
I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS	1543
II. CONSECUENCIAS DE LA OMISIÓN DE LA INFORMACIÓN SOBRE EL DERECHO DE DESISTIMIENTO	1544
III. LA AMPLIACIÓN DEL PLAZO PARA DESISTIR Y SU CÓMPUTO.....	1546
IV. EL DESISTIMIENTO CUANDO EL EMPRESARIO FACILITA AL CONSUMIDOR LA INFORMACIÓN CORRESPONDIENTE A LO LARGO DEL PLAZO DE LOS DOCE MESES.....	1549
<i>Artículo 106. Ejercicio y efectos del derecho de desistimiento</i>	1553
HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ	
I. INTRODUCCIÓN	1554
II. FORMA DEL DESISTIMIENTO	1555
III. COMUNICACIÓN AL EMPRESARIO	1560
IV. COMUNICACIÓN A TRAVÉS DE LA PÁGINA WEB DEL EMPRESARIO	1561
V. CARGA DE LA PRUEBA DEL EJERCICIO DEL DERECHO DE DESISTIMIENTO	1562
VI. EXTINCIÓN DE LAS OBLIGACIONES DE LAS PARTES.....	1566
VII. ESPECIALIDADES EN LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO DE AGUA, GAS, ELECTRICIDAD O CALEFACCIÓN	1567
<i>Artículo 107. Obligaciones y derechos del empresario en caso de desistimiento.....</i>	1571
HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ	
I. PLANTEAMIENTO INTRODUCTORIO	1572
II. OBLIGACIÓN DE REEMBOLSO DEL EMPRESARIO	1575

III. DERECHO DEL EMPRESARIO DE RETENCIÓN DEL REEMBOLSO	1579
IV. OBLIGACIONES DEL EMPRESARIO EN RELACIÓN A LOS DATOS PERSONALES DEL CONSUMIDOR O USUARIO	1581
V. PROHIBICIÓN DEL EMPRESARIO DE UTILIZAR DETERMINADOS CONTENIDOS DIGITALES	1583
VI. PUESTA A DISPOSICIÓN DE CONTENIDOS DIGITALES	1585
VII. DERECHO A RECUPERAR LOS CONTENIDOS DIGITALES POR EL CONSUMIDOR	1586
VIII. DERECHO DEL EMPRESARIO DE PROHIBIR EL USO DE LOS CONTENIDOS DIGITALES	1586

<i>Artículo 108. Obligaciones y responsabilidad del consumidor y usuario en caso de desistimiento</i>	1589
---	------

HENAR ÁLVAREZ ÁLVAREZ

I. INTRODUCCIÓN	1590
II. OBLIGACIÓN DEL CONSUMIDOR DE DEVOLVER O ENTREGAR LOS BIENES	1591
III. DISMINUCIÓN DE VALOR DE LOS BIENES	1597
IV. PROHIBICIÓN DE UTILIZAR EL CONTENIDO O SERVICIO DIGITAL	1599
V. ESPECIALIDADES EN CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y SUMINISTROS	1600
VI. RESPONSABILIDAD DEL CONSUMIDOR Y USUARIO	1603

CAPÍTULO IV

Ejecución del contrato

<i>Artículo 109. Ejecución del contrato a distancia</i>	1605
---	------

CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

I. INTRODUCCIÓN	1605
II. PLAZO DE EJERCICIO PARA LA EJECUCIÓN: LA NATURALEZA DEL PRECEPTO	1607
III. PLAZO LEGAL DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO A DISTANCIA	1607

<i>Artículo 110. Falta de ejecución del contrato a distancia</i>	1609
--	------

CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

I. INTRODUCCIÓN	1609
II. LA FALTA DE EJECUCIÓN DEL CONTRATO POR INDISPONIBILIDAD DEL BIEN O SERVICIO CONTRATADO	1610
III. LA OBLIGACIÓN DE INFORMAR DE LA FALTA DE DISPONIBILIDAD POR PARTE DEL EMPRESARIO	1613
IV. LA OBLIGACIÓN DE DEVOLVER POR PARTE DEL EMPRESARIO LAS CANTIDADES ABONADAS ANTICIPADAMENTE POR EL CONSUMIDOR	1614

<i>Artículo 111. Sustitución del bien o servicio contratado a distancia</i>	1617
---	------

CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

I. INTRODUCCIÓN	1617
II. FALTA DE DISPONIBILIDAD Y SUSTITUCIÓN DEL BIEN O SERVICIO CONTRATADO: REQUISITOS DE OPERATIVIDAD	1618
III. EFECTOS DE LA SUSTITUCIÓN DEL BIEN O SERVICIO	1621

<i>Artículo 112. Pago del contrato a distancia mediante tarjeta</i>	1623
---	------

CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

I. INTRODUCCIÓN	1623
II. SUPUESTOS CONTEMPLADOS POR EL ART. 112 TRLCU	1625

<i>Artículo 113. Responsabilidad solidaria en los contratos celebrados fuera de establecimiento</i> ..	1629
--	------

CARMEN SÁNCHEZ HERNÁNDEZ

I. INTRODUCCIÓN	1629
II. LA APLICACIÓN DEL ART. 113 ¿CONTRATOS A DISTANCIA Y CONTRATOS FUERA DE ESTABLECIMIENTO?	1630
III. LA SOLIDARIDAD PREVISTA EN EL ART. 113	1630

TÍTULO IV

Garantías y servicios posventa

CAPÍTULO I

Disposiciones generales sobre garantía

<i>Artículo 114. Ámbito de aplicación</i>	1633
---	------

JAVIER LETE ACHIRICA

I. INTRODUCCIÓN	1635
II. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO	1635
III. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO	1638
IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL	1649

<i>Artículo 115. Conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales</i>	1651
--	------

JAVIER LETE ACHIRICA

I. INTRODUCCIÓN	1651
II. LOS CRITERIOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DE LA CONFORMIDAD	1653

<i>Artículo 115 bis. Requisitos subjetivos para la conformidad</i>	1657
--	------

JAVIER LETE ACHIRICA

I. INTRODUCCIÓN	1657
II. LOS REQUISITOS SUBJETIVOS PARA LA CONFORMIDAD	1659

<i>Artículo 115 ter. Requisitos objetivos para la conformidad</i>	1667
---	------

JAVIER LETE ACHIRICA

I. INTRODUCCIÓN	1669
II. LOS REQUISITOS OBJETIVOS PARA LA CONFORMIDAD	1670
III. LAS DECLARACIONES PÚBLICAS REALIZADAS POR EL EMPRESARIO	1680
IV. EXCLUSIONES DE LA OBLIGACIÓN DE CONFORMIDAD	1685

<i>Artículo 115 quater. Instalación incorrecta de los bienes e integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales</i>	1691
---	------

JAVIER LETE ACHIRICA

I. INTRODUCCIÓN	1691
II. SUPUESTOS DE FALTA DE CONFORMIDAD	1693

<i>Artículo 116. Incompatibilidad de acciones</i>	1699
---	------

JAVIER LETE ACHIRICA

I. LA COMPATIBILIDAD CON OTRAS ACCIONES	1699
---	------

II. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS 1700

CAPÍTULO II

Responsabilidad del empresario y derechos del consumidor y usuario

Artículo 117. Responsabilidad del empresario y derechos del consumidor y usuario en caso de falta de conformidad de los bienes, contenidos o servicios digitales. Derechos de terceros 1703

JAVIER LETE ACHIRICA

- I. INTRODUCCIÓN 1704
- II. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO 1705
- III. EL DERECHO A SUSPENDER EL PAGO DEL PRECIO 1711
- IV. LA VULNERACIÓN DE DERECHOS DE TERCEROS Y LA FALTA DE CONFORMIDAD 1714

Artículo 118. Régimen jurídico de la puesta en conformidad 1719

JAVIER LETE ACHIRICA

- I. INTRODUCCIÓN 1720
- II. LA ELECCIÓN ENTRE REPARACIÓN Y SUSTITUCIÓN 1720
- III. LOS LÍMITES DE LA REPARACIÓN Y LA SUSTITUCIÓN 1723
- IV. REGLAS COMUNES A LA REPARACIÓN Y LA SUSTITUCIÓN 1726
- V. OTRAS REGLAS 1733

Artículo 119. Régimen jurídico de la reducción del precio y resolución el contrato 1737

JAVIER LETE ACHIRICA

- I. INTRODUCCIÓN 1737
- II. SUPUESTOS QUE JUSTIFICAN LA REDUCCIÓN DEL PRECIO Y LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO 1738

Artículo 119 bis. La reducción del precio 1743

JAVIER LETE ACHIRICA

- I. INTRODUCCIÓN 1743
- II. LA REDUCCIÓN DEL PRECIO 1744

Artículo 119 ter. La resolución del contrato 1749

JAVIER LETE ACHIRICA

- I. INTRODUCCIÓN 1751
- II. PRESUPUESTOS 1752
- III. EFECTOS 1756
- IV. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EJERCITADA POR EL EMPRESARIO SUMINISTRADOR DE CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES 1767

Artículo 119 quater. Plazos y modalidades de reembolso por parte del empresario en caso de reducción del precio o resolución del contrato 1771

JAVIER LETE ACHIRICA

- I. INTRODUCCIÓN 1771
- II. PLAZOS DE REEMBOLSO 1772
- III. MODALIDADES DEL REEMBOLSO 1774
- IV. NO IMPOSICIÓN DE CARGOS POR EL REEMBOLSO 1776

CAPÍTULO III

Ejercicio de derechos por el consumidor y usuario

Artículo 120. Plazo para la manifestación de la falta de conformidad 1779

JAVIER LETE ACHIRICA

- I. INTRODUCCIÓN 1780
- II. PLAZO PARA LA MANIFESTACIÓN DE LA FALTA DE CONFORMIDAD 1780

Artículo 121. Carga de la prueba 1787

JAVIER LETE ACHIRICA

- I. INTRODUCCIÓN 1788
- II. LA PRESUNCIÓN DE PREEXISTENCIA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD 1788
- III. NO APLICACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL EMPRESARIO 1790

Artículo 122. Suspensión del cómputo de plazos 1793

CAROLINA MESA MARRERO

- I. INTRODUCCIÓN 1793
- II. LA REPERCUSIÓN DE LAS MEDIDAS PARA LA PUESTA EN CONFORMIDAD SOBRE LOS PLAZOS 1795
- III. LA GARANTÍA POSTERIOR A LA REPARACIÓN O SUSTITUCIÓN 1798

Artículo 123. Documentación justificativa 1801

CAROLINA MESA MARRERO

- I. LA PRESUNCIÓN DE ENTREGA O SUMINISTRO 1801
- II. LA JUSTIFICACIÓN DOCUMENTAL SOBRE LA PUESTA A DISPOSICIÓN 1804

Artículo 124. Prescripción de la acción 1809

CAROLINA MESA MARRERO

- I. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA EXIGIR RESPONSABILIDAD AL EMPRESARIO POR FALTAS DE CONFORMIDAD 1809

Artículo 125. Acción contra el productor y de repetición 1817

JAVIER LETE ACHIRICA

- I. INTRODUCCIÓN 1817
- II. LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL PRODUCTOR POR LA FALTA DE CONFORMIDAD 1818
- III. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN 1823

CAPÍTULO IV

Modificación de los contenidos o servicios digitales

Artículo 126. Modificación de los contenidos o servicios digitales 1825

JAVIER LETE ACHIRICA

- I. INTRODUCCIÓN 1825
- II. REQUISITOS 1827
- III. EFECTOS 1829

Artículo 126 bis. Resolución del contrato por modificación de los contenidos o servicios digitales 1831

JAVIER LETE ACHIRICA

- I. INTRODUCCIÓN 1831

II. REQUISITOS.....	1832
III. EFECTOS.....	1833
IV. EXCEPCIÓN AL DERECHO A RESOLVER EL CONTRATO POR MODIFICACIÓN DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES.....	1834

CAPÍTULO V

Garantías comerciales y servicios posventa

<i>Artículo 127. Garantías comerciales.....</i>	1835
JAVIER LETE ACHIRICA	
I. INTRODUCCIÓN.....	1836
II. LA GARANTÍA COMERCIAL: CONCEPTO, CARACTERES Y EFECTOS.....	1836
III. RÉGIMEN JURÍDICO.....	1840
<i>Artículo 127 bis. Reparación y servicios posventa.....</i>	1847
JAVIER LETE ACHIRICA	
I. INTRODUCCIÓN.....	1847
II. EL SERVICIO POSVENTA Y LAS PIEZAS DE REPUESTO.....	1848
III. PROHIBICIÓN DE COBRAR UN SOBREPrecio EN LAS REPARACIONES.....	1852
IV. LA RECUPERACIÓN DE LOS BIENES ENTREGADOS.....	1855
Bibliografía.....	1857

LIBRO TERCERO

Responsabilidad civil por bienes o servicios defectuosos

TÍTULO I

Disposiciones comunes en materia de responsabilidad

CAPÍTULO I

Disposiciones generales

<i>Artículo 128. Indemnización de daños.....</i>	1891
MIQUEL MARTIN CASALS	
I. LA CREACIÓN DE DISPOSICIONES COMUNES EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD.....	1891
II. LOS POSIBLES SIGNIFICADOS DE LA REFERENCIA A LOS «DAÑOS MORALES».....	1897
III. LOS «OTROS DERECHOS» QUE PUEDAN TENER LOS PERJUDICADOS CON BASE EN OTRAS DISPOSICIONES.....	1904
<i>Artículo 129. Ámbito de protección.....</i>	1911
MIQUEL MARTIN CASALS	
I. EL CARÁCTER DE DISPOSICIÓN COMÚN DEL ARTÍCULO Y SU ÁMBITO DE PROTECCIÓN.....	1911
II. LA INDEMNIZACIÓN DE LA MUERTE Y DE LOS «DAÑOS PERSONALES».....	1914
III. LA INDEMNIZACIÓN DE LOS DAÑOS MATERIALES.....	1921
IV. LA EXCLUSIÓN DE LOS LLAMADOS «DAÑOS PATRIMONIALES PUROS» O «DAÑOS PURAMENTE ECONÓMICOS».....	1925
V. LA EXCLUSIÓN DE LOS DAÑOS CAUSADOS POR ACCIDENTES NUCLEARES.....	1930

<i>Artículo 130. Ineficacia de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad.....</i>	1933
JOSEP SOLÉ FELIU	

I. ORIGEN Y FUNDAMENTO.....	1933
II. LIMITACIONES O RENUNCIAS ANTICIPADAS A LA RESPONSABILIDAD.....	1935
III. INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS FRENTE AL PERJUDICADO.....	1937
IV. CONTENIDO DE LAS CLÁUSULAS INEFICACES.....	1938
V. CLÁUSULAS DE EXCLUSIÓN O DE LIMITACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD Y DEFECTOS DE INFORMACIÓN.....	1941
VI. LAS CONSECUENCIAS DE LAS CLÁUSULAS LIMITATIVAS O DE EXONERACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD: LA INEFICACIA DE LA CLÁUSULA.....	1943

<i>Artículo 131. Seguro.....</i>	1945
ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ	

I. INTRODUCCIÓN.....	1945
II. LA AUSENCIA DE SEGURO OBLIGATORIO Y FONDO DE GARANTÍA EN LA DIRECTIVA 85/374, DE 25 DE JULIO DE 1985, RELATIVA A LA APROXIMACIÓN DE LAS DISPOSICIONES LEGALES, REGLAMENTARIAS Y ADMINISTRATIVAS DE LOS ESTADOS MIEMBROS EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS.....	1946
III. EL SEGURO OBLIGATORIO Y EL FONDO DE GARANTÍA EN LOS INFORMES DE LA COMISIÓN EUROPEA AL PARLAMENTO Y AL CONSEJO SOBRE LA APLICACIÓN DE LA DIRECTIVA 85/374 CEE Y SU REPERCUSIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	1948
IV. EL SISTEMA VIGENTE DE SEGURO OBLIGATORIO Y FONDO DE GARANTÍA EN LA LCU, LA LRPD Y EL TRLCU.....	1953

CAPÍTULO II

Responsabilidad

<i>Artículo 132. Responsabilidad solidaria.....</i>	1957
JUAN PABLO PÉREZ VELÁZQUEZ	

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y FINALIDAD DE LA NORMA.....	1957
II. LA SOLIDARIDAD ENTRE LOS RESPONSABLES POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS Y POR SERVICIOS DEFECTUOSOS.....	1959
III. LA PRESCRIPCIÓN.....	1963
IV. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.....	1964

<i>Artículo 133. Intervención de un tercero.....</i>	1965
JUAN PABLO PÉREZ VELÁZQUEZ	

I. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS.....	1965
II. FINALIDAD DEL PRECEPTO.....	1966
III. CONCEPTO DE TERCERO.....	1967

<i>Artículo 134. Retraso en el pago de la indemnización.....</i>	1969
FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ	

I. EL RETRASO EN EL PAGO DE LA INDEMNIZACIÓN: CONSECUENCIAS.....	1969
II. LOS INTERESES DE LA MORA PROCESAL DEL ART. 576 LEC.....	1970

TÍTULO II

Disposiciones específicas en materia de responsabilidad

CAPÍTULO I

Daños causados por productos

<i>Artículo 135. Principio general</i>	1973
ANDREA MACÍA MORILLO	
I. INTRODUCCIÓN	1973
II. EL PRINCIPIO DE ATRIBUCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD A LOS PRODUCTORES	1974
III. EL CRITERIO DE IMPUTACIÓN DE RESPONSABILIDAD	1975
<i>Artículo 136. Concepto legal de producto</i>	1979
ANDREA MACÍA MORILLO	
I. INTRODUCCIÓN	1979
II. LOS BIENES MUEBLES COMO PRODUCTO	1980
III. EL CONCEPTO AMPLIO DE BIENES MUEBLES	1983
IV. EL GAS Y LA ELECTRICIDAD COMO PRODUCTO	1990
<i>Artículo 137. Concepto legal de producto defectuoso</i>	1993
ANDREA MACÍA MORILLO	
I. INTRODUCCIÓN	1993
II. LA FALTA DE SEGURIDAD QUE CABRÍA LEGÍTIMAMENTE ESPERAR	1996
III. EL CRITERIO DEL «APARTAMIENTO DE LA SERIE»	2009
IV. LA COMERCIALIZACIÓN POSTERIOR DE UNA VARIANTE MÁS PERFECTIONADA	2010
<i>Artículo 138. Concepto legal de productor</i>	2013
ANDREA MACÍA MORILLO	
I. LA ENUMERACIÓN INCOMPLETA DE RESPONSABLES EN EL ARTÍCULO 138	2013
II. LA TRIPLE EXTENSIÓN NORMATIVA DEL CONCEPTO DE PRODUCTOR	2015
III. LOS SUJETOS RESPONSABLES	2020
<i>Artículo 139. Prueba</i>	2035
ANDREA MACÍA MORILLO	
I. INTRODUCCIÓN	2035
II. LA ATRIBUCIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA AL PERJUDICADO	2037
III. LA PRUEBA DE LOS ELEMENTOS ATRIBUIDOS AL PERJUDICADO	2041
<i>Artículo 140. Causas de exoneración de la responsabilidad</i>	2049
JOSEP SOLÉ FELIU	
I. INTRODUCCIÓN Y ASPECTOS GENERALES	2050
II. LA FALTA DE PUESTA EN CIRCULACIÓN DEL PRODUCTO POR PARTE DEL FABRICANTE	2052
III. LA PRESUNCIÓN DE INEXISTENCIA DEL DEFECTO EN EL MOMENTO DE LA PUESTA EN CIRCULACIÓN	2057
IV. LA AUSENCIA DE FABRICACIÓN O DISTRIBUCIÓN CON FINALIDAD ECONÓMICA O EN EL MARCO DE UNA ACTIVIDAD EMPRESARIAL O PROFESIONAL	2062
V. DEFECTO DEBIDO AL CUMPLIMIENTO DE NORMAS IMPERATIVAS	2066
VI. LA EXONERACIÓN POR RIESGOS DE DESARROLLO	2070

VII. LA EXONERACIÓN DEL PRODUCTOR DE UNA PARTE INTEGRANTE (ART. 140.2)	2081
<i>Artículo 141. Límite de responsabilidad</i>	2087
JOSEP SOLÉ FELIU	
I. INTRODUCCIÓN	2087
II. LA DEDUCCIÓN DE UNA FRANQUICIA DE 500 EUROS POR DAÑOS MATERIALES	2088
III. LÍMITE INDEMNIZATORIO MÁXIMO POR LOS DAÑOS DERIVADOS DE MUERTE Y LESIONES PERSONALES	2096
<i>Artículo 142. Daños en el producto defectuoso</i>	2105
MIQUEL MARTÍN CASALS	
I. EL CARÁCTER POCO INTUITIVO DE LA EXCLUSIÓN DEL DAÑO EN EL PROPIO PRODUCTO	2105
II. DEFECTOS DE UTILIDAD Y DEFECTOS DE SEGURIDAD EN CASO DE DAÑO EN EL PROPIO PRODUCTO	2107
III. LA RESARCIBILIDAD DEL DAÑO CAUSADO EN UN INMUEBLE POR UN PRODUCTO DEFECTUOSO INCORPORADO AL MISMO	2115
<i>Artículo 143. Prescripción de la acción</i>	2117
ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUTIÁN	
I. NOTAS INTRODUCTORIAS	2117
II. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN INDEMNIZATORIA POR LOS DAÑOS CAUSADOS POR PRODUCTOS DEFECTUOSOS	2118
III. PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN	2128
IV. LA INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN	2132
<i>Artículo 144. Extinción de la responsabilidad</i>	2135
ALMA MARÍA RODRÍGUEZ GUTIÁN	
I. FUNCIÓN DEL PLAZO DECENAL DE PRECLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL FABRICANTE	2135
II. NATURALEZA JURÍDICA DEL PLAZO DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD	2143
III. CÓMPUTO DEL PLAZO DE EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD	2145
IV. EXCEPCIÓN A LOS EFECTOS DEL PLAZO DE PRECLUSIÓN: LA RECLAMACIÓN JUDICIAL	2148
<i>Artículo 145. Culpa del perjudicado</i>	2151
DAVINIA CADENAS OSUNA	
I. PRECEDENTES	2151
II. CONCURRENCIA DEL DEFECTO DEL PRODUCTO Y LA CULPA DEL PERJUDICADO	2152
III. CULPA EXCLUSIVA DEL PERJUDICADO	2157
IV. CONTRIBUCIÓN DE UN TERCERO A LA CAUSACIÓN DEL DAÑO	2159
V. CARGA DE LA PRUEBA	2160
<i>Artículo 146. Responsabilidad del proveedor</i>	2161
FRANCISCO OLIVA BLÁZQUEZ	
I. LA EXCLUSIÓN DE LA RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR COMO REGLA GENERAL	2161
II. LA RESPONSABILIDAD EXCEPCIONAL DEL PROVEEDOR: SUPUESTOS	2163

III. REQUISITOS Y RÉGIMEN DEL ART. 146 TRLCU	2166
IV. RESPONSABILIDAD DEL PROVEEDOR EX ART. 1902 CC	2167

CAPÍTULO II

Daños causados por otros bienes y servicios

<i>Artículo 147. Régimen general de responsabilidad</i>	2169
FRANCISCO JOSÉ INFANTE RUIZ	
I. PANORAMA GENERAL DEL CAPÍTULO Y FUNCIÓN DE LA NORMA	2169
II. LA RESPONSABILIDAD POR SERVICIOS DEFECTUOSOS (RÉGIMEN GENERAL)	2172
III. LA PRESTACIÓN DEL SERVICIO EN EL QUE SE EMPLEA UN PRODUCTO DEFECTUOSO	2181
<i>Artículo 148. Régimen especial de responsabilidad</i>	2185
FRANCISCO JOSÉ INFANTE RUIZ	
I. FUNCIÓN DE LA NORMA	2185
II. LA RESPONSABILIDAD POR SERVICIOS DEFECTUOSOS (RÉGIMEN ESPECIAL)	2187
III. LOS SUPUESTOS CONTEMPLADOS	2192
IV. LÍMITE DE RESPONSABILIDAD	2202
<i>Artículo 149. Responsabilidad por daños causados por la vivienda</i>	2203
FRANCISCO JOSÉ INFANTE RUIZ	
I. FUNCIÓN DE LA NORMA	2203
II. RESPONSABILIDAD POR DAÑOS CAUSADOS POR LA VIVIENDA	2204
Bibliografía	2207

LIBRO CUARTO

Viajes combinados y servicios de viaje vinculados

TÍTULO I

Disposiciones generales

CAPÍTULO I

Ámbito de aplicación y definiciones

<i>Artículo 150. Ámbito de aplicación</i>	2219
MARÍA DEL CARMEN LUQUE JIMÉNEZ	
I. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DE LA REGULACIÓN DEL VIAJE COMBINADO	2220
II. ÁMBITO DE APLICACIÓN	2224
<i>Artículo 151. Definiciones</i>	2231
MARÍA DEL CARMEN LUQUE JIMÉNEZ	
I. CONCEPTO DE VIAJE COMBINADO	2233
II. LOS SERVICIOS DE VIAJE VINCULADOS	2239
III. SUJETOS DEL CONTRATO	2241
IV. OTRAS DEFINICIONES RELATIVAS AL CUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO	2243

CAPÍTULO II

Disposiciones comunes en materia de responsabilidad

<i>Artículo 152. Responsabilidad por errores en la reserva</i>	2247
MARÍA DEL CARMEN LUQUE JIMÉNEZ	
I. LOS ERRORES EN LA RESERVA: CONCEPTO	2247
II. CLASES DE ERRORES EN LA RESERVA	2249
III. SUJETOS RESPONSABLES DEL ERROR	2252

TÍTULO II

Viajes combinados

CAPÍTULO I

Obligaciones de información y contenido del contrato de viaje combinado

<i>Artículo 153. Información precontractual</i>	2257
SILVIA ALGABA ROS	
I. NOTAS PREVIAS	2259
II. NATURALEZA DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL	2260
III. FORMA DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL	2262
IV. LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR LA INFORMACIÓN: SUJETOS Y EFICACIA	2272
<i>Artículo 154. Carácter vinculante de la información precontractual</i>	2275
SILVIA ALGABA ROS	
I. NOTAS PREVIAS	2275
II. INTEGRACIÓN Y VINCULACIÓN DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN EL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO	2276
III. CONSECUENCIAS DE LA AUSENCIA DE CONTENIDOS INFORMATIVOS Y CONTENIDOS INFORMATIVOS INCOMPLETOS O ENGAÑOSOS	2281
IV. INTEGRACIÓN DE LA PUBLICIDAD	2283
V. LA INADECUADA O INEXISTENTE INTEGRACIÓN	2284
<i>Artículo 155. Contenido del contrato de viaje combinado y documentos que se entregarán antes del inicio del viaje</i>	2285
SILVIA ALGABA ROS	
I. NOTAS PREVIAS	2287
II. FORMA DEL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO	2288
III. ESPECIALIDADES DE LA FORMA EN EL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO A QUE SE REFIERE EL ART. 151.1.B).2.ºV)	2295
IV. OBLIGACIONES DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN, POSTERIORES A LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO	2295
<i>Artículo 156. Carga de la prueba</i>	2297
SILVIA ALGABA ROS	
I. NOTAS PREVIAS	2297
II. LA CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL CUMPLIMIENTO DE LOS REQUISITOS DE INFORMACIÓN: NATURALEZA	2298
III. EL EMPRESARIO TIENE LA CARGA DE LA PRUEBA	2300
IV. CONSECUENCIAS QUE DERIVAN FALTA DE ACREDITACIÓN DE LOS REQUISITOS DE LA INFORMACIÓN	2301

CAPÍTULO II**Modificaciones del contrato antes del inicio del viaje combinado**

<i>Artículo 157. Cesión del contrato de viaje combinado a otro viajero</i>	2303
ANTONIA NIETO ALONSO	
I. INTRODUCCIÓN	2303
II. LAS CONDICIONES PARA LA EFICACIA DE LA CESIÓN	2306
III. LA RESPONSABILIDAD SOLIDARIA ENTRE EL CEDENTE DEL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO Y EL CESIONARIO	2309
<i>Artículo 158. Modificación del precio</i>	2311
ANTONIA NIETO ALONSO	
I. INTRODUCCIÓN	2312
II. LOS REQUISITOS PARA EL INCREMENTO DEL PRECIO TRAS LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO Y ANTES DEL INICIO DEL VIAJE	2314
III. LAS ALTERNATIVAS DEL VIAJERO ANTE UN AUMENTO SIGNIFICATIVO DEL PRECIO DEL VIAJE	2321
<i>Artículo 159. Alteración de otras cláusulas del contrato</i>	2323
ANTONIA NIETO ALONSO	
I. INTRODUCCIÓN	2324
II. LA MODIFICACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR EL ORGANIZADOR ANTES DEL INICIO DEL VIAJE COMBINADO: PRESUPUESTOS	2325
III. LAS CONSIDERADAS COMO ALTERACIONES SUSTANCIALES EN EL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO	2327
IV. LOS DEBERES DE COMUNICACIÓN AL VIAJERO	2330
V. LAS CONSECUENCIAS DE LA ALTERACIÓN DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO	2332

CAPÍTULO III**Terminación del contrato de viaje combinado**

<i>Artículo 160. Resolución, cancelación y derecho de desistimiento antes del inicio del viaje</i>	2339
ANTONIA NIETO ALONSO	
I. INTRODUCCIÓN	2340
II. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO POR EL VIAJERO ANTES DEL INICIO DEL VIAJE	2341
III. LA CANCELACIÓN DEL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO POR EL ORGANIZADOR	2347
IV. EL DERECHO DE DESISTIMIENTO DEL VIAJERO EN EL CASO DE LOS CONTRATOS DE VIAJE COMBINADO CELEBRADO FUERA DEL ESTABLECIMIENTO ...	2348

CAPÍTULO IV**Ejecución del viaje combinado**

<i>Artículo 161. Responsabilidad por la ejecución del viaje combinado y derecho de rescate</i>	2351
ANTONIA NIETO ALONSO	
I. INTRODUCCIÓN	2354
II. LA RESPONSABILIDAD DE LOS ORGANIZADORES Y DE LOS MINORISTAS POR LA EJECUCIÓN DEL CONTRATO DE VIAJE COMBINADO	2356

III. LA FALTA DE CONFORMIDAD CON EL CONTRATO DE LOS SERVICIOS INCLUIDOS EN EL VIAJE	2362
IV. EL OFRECIMIENTO POR EL ORGANIZADOR O, EN SU CASO, POR EL MINORISTA DE FÓRMULAS ALTERNATIVAS ADECUADAS	2365
V. CONSECUENCIAS DE LA IMPOSIBILIDAD DE GARANTIZAR EL RETORNO DEL VIAJERO SEGÚN LO CONVENIDO EN EL CONTRATO	2367

<i>Artículo 162. Reducción del precio e indemnización por daños y perjuicios</i>	2369
--	------

ANTONIA NIETO ALONSO

I. INTRODUCCIÓN	2370
II. LA COMPATIBILIDAD DE REMEDIOS A DISPOSICIÓN DEL VIAJERO	2372
III. EL DERECHO DEL VIAJERO A LA REDUCCIÓN ADECUADA DEL PRECIO DEL VIAJE	2374
IV. EL DERECHO DEL VIAJERO A LA REPARACIÓN DE CUALQUIER DAÑO O PERJUICIO QUE SUFRA	2377
V. LA INCIDENCIA DE LOS REGLAMENTOS EUROPEOS Y DE LOS CONVENIOS INTERNACIONALES EN LA DETERMINACIÓN DEL ALCANCE DE LOS DERECHOS DEL VIAJERO	2383

<i>Artículo 163. Posibilidad de ponerse en contacto con el organizador a través del minorista y obligación de prestar asistencia</i>	2387
--	------

ANTONIA NIETO ALONSO

I. INTRODUCCIÓN	2387
II. LA POSIBILIDAD DEL VIAJERO DE PONERSE EN CONTACTO CON EL ORGANIZADOR A TRAVÉS DEL MINORISTA	2388
III. EL DEBER DEL ORGANIZADOR Y DEL MINORISTA DE ASISTENCIA ADECUADA AL VIAJERO EN DIFICULTADES	2390

CAPÍTULO V**Garantías**

<i>Artículo 164. Efectividad y alcance de la garantía frente a la insolvencia</i>	2395
---	------

MARGARITA HERRERO OVIEDO

I. INTRODUCCIÓN	2396
II. ANTECEDENTES DE LA GARANTÍA	2398
III. SUJETOS OBLIGADOS	2400
IV. LA GARANTÍA	2402
V. LA INSOLVENCIA	2413
VI. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA	2416

<i>Artículo 165. Garantía de la responsabilidad contractual</i>	2421
---	------

MARGARITA HERRERO OVIEDO

I. ANTECEDENTES	2421
II. REQUISITOS DE LA GARANTÍA	2423

<i>Artículo 166. Reconocimiento mutuo de la protección frente a la insolvencia y cooperación administrativa</i>	2429
---	------

MARGARITA HERRERO OVIEDO

I. INTRODUCCIÓN	2430
II. EL RECONOCIMIENTO MUTUO Y LA COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA	2431
III. EL PUNTO DE CONTACTO CENTRAL	2432

TÍTULO III

Servicios de viaje vinculados

<i>Art. 167. Requisitos de protección frente a la insolvencia.....</i>	2435
MARGARITA HERRERO OVIEDO	
I. INTRODUCCIÓN	2436
II. SUJETOS OBLIGADOS	2437
III. LA GARANTÍA	2439
IV. LA INSOLVENCIA	2440
V. EJECUCIÓN DE LA GARANTÍA	2441
VI. COOPERACIÓN ADMINISTRATIVA.....	2442
<i>Art. 168. Requisitos de información.....</i>	2443
MARGARITA HERRERO OVIEDO	
I. VISIÓN GENERAL.....	2444
II. CONTENIDO Y FORMA DE LA INFORMACIÓN	2445
III. CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES PRECONTRACTUALES	2447

TÍTULO IV

De la prescripción de las reclamaciones y régimen sancionador

<i>Artículo 169. Prescripción de las reclamaciones.....</i>	2451
MARGARITA HERRERO OVIEDO	
<i>Artículo 170. Régimen sancionador.....</i>	2455
MARGARITA HERRERO OVIEDO	
Bibliografía.....	2459

DISPOSICIONES ADICIONALES

<i>Única. Nulidad de determinadas cláusulas.....</i>	2465
MÓNICA GARCÍA GOLDAR	
I. INTRODUCCIÓN	2465
II. LA <i>RATIO LEGIS</i>	2466
III. LA NULIDAD DE LA EXCLUSIÓN.....	2467

DISPOSICIONES TRANSITORIAS

<i>Primera. Garantía comercial.....</i>	2469
JAVIER LETE ACHIRICA	
I. INTRODUCCIÓN	2470
II. LA GARANTÍA COMERCIAL DE PRODUCTOS PUESTOS EN CIRCULACIÓN ANTES DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2003.....	2470
III. LA GARANTÍA DE PRODUCTOS DE NATURALEZA DURADERA PUESTOS EN CIRCULACIÓN ANTES DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2003.....	2471
<i>Segunda. Productos de naturaleza duradera.....</i>	2475
JAVIER LETE ACHIRICA	
I. INTRODUCCIÓN	2475
II. LOS PRODUCTOS DE NATURALEZA DURADERA.....	2475

<i>Tercera. Responsabilidad civil por los daños causados por productos defectuosos puestos en circulación con anterioridad al 8 de julio de 1994</i>	2479
ANDREA MACÍA MORILLO	
I. EL <i>ITER</i> HISTÓRICO DE LA DISPOSICIÓN TRANSITORIA TERCERA	2480
II. EL RÉGIMEN TRANSITORIO PREVISTO PARA LOS PRODUCTOS DEFECTUOSOS PUESTOS EN CIRCULACIÓN ANTES DE 8 DE JULIO DE 1994	2483

DISPOSICIONES FINALES

<i>Primera. Modificación de cuantías.....</i>	2485
M. ^a ISABEL DOMÍNGUEZ YAMASAKI	
I. INTRODUCCIÓN	2485
II. REFERENCIA A LA VALIDEZ CONSTITUCIONAL DEL PODER DEL GOBIERNO PARA LA MODIFICACIÓN DE LAS CUANTÍAS DE MULTAS E INDEMNIZACIONES.....	2485
II. CRITERIO DE ACTUALIZACIÓN DE LAS CUANTÍAS CONFORME AL «IPC»	2487
III. CRITERIO DE ACTUALIZACIÓN DE LAS CUANTÍAS CONFORME A LA NORMATIVA EUROPEA	2488
<i>Segunda. Desarrollo reglamentario.....</i>	2489
JAVIER LETE ACHIRICA	
I. DESARROLLO DEL TEXTO REFUNDIDO	2489
II. LA DETERMINACIÓN DE LOS PRODUCTOS DE NATURALEZA DURADERA....	2492
<i>Tercera. Aplicabilidad del régimen reglamentario en materia de infracciones y sanciones.....</i>	2493
M. ^a ISABEL DOMÍNGUEZ YAMASAKI	
I. INTRODUCCIÓN	2493
II. EL REAL DECRETO-LEY 24/2021, DE 2 DE NOVIEMBRE: UNA OPORTUNIDAD PERDIDA	2494
<i>Cuarta. Ampliación a otras enfermedades</i>	2497
MÓNICA GARCÍA GOLDAR	
I. INTRODUCCIÓN	2497
II. LA TAREA DE DETERMINACIÓN.....	2498

ANEXO I

Información sobre el ejercicio del derecho de desistimiento

ROCÍO DIÉGUEZ OLIVA	
I. INTRODUCCIÓN	2502
II. MODELO DE DOCUMENTO DE INFORMACIÓN AL CONSUMIDOR Y USUARIO SOBRE EL DESISTIMIENTO	2503
III. MODELO DE FORMULARIO DE DESISTIMIENTO	2504

ANEXO II

SILVIA ALGABA ROS	
I. NOTAS PREVIAS.....	2511
II. SUJETOS Y PLAZO	2512
III. INFORMACIÓN SOBRE LA NATURALEZA DEL CONTRATO.....	2513
IV. LA FORMA DEL ANEXO	2514
V. INCUMPLIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN DE PROPORCIONAR EL ANEXO	2517

ANEXO III

MARÍA DEL CARMEN LUQUE JIMÉNEZ

Bibliografía	2527
--------------------	------

TÍTULO IV

Garantías y servicios posventa

CAPÍTULO I

Disposiciones generales sobre garantía

Artículo 114. Ámbito de aplicación

1. Están incluidos en el ámbito de aplicación de este título los contratos de compraventa de bienes existentes o de bienes que hayan de producirse o fabricarse y los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, incluyendo como tales todos aquellos que tengan por objeto la entrega de soportes materiales que sirvan exclusivamente como portadores de contenidos digitales.

El Reglamento (UE) 2016/679, General de Protección de Datos, así como la Ley 9/2014, de 9 de mayo, General de Telecomunicaciones y su normativa de desarrollo, se aplicarán a cualesquiera datos personales tratados en las relaciones contempladas en los apartados anteriores, prevaleciendo sus disposiciones en caso de conflicto, con lo regulado en este Título.

2. Lo previsto en este título no será de aplicación a:

- a) Los animales vivos.
- b) Los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores y usuarios puedan asistir personalmente.
- c) La prestación de servicios distintos de los servicios digitales, independientemente de que el empresario haya utilizado formas o medios digitales para obtener el resultado del servicio o para entregarlo o transmitirlo al consumidor o usuario.
- d) Los servicios de comunicaciones electrónicas prestados por lo general a cambio de una remuneración a través de redes de comunicaciones electrónicas, con la excepción de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ello, y que incluyen:

1.º El servicio de acceso a internet, entendido según la definición del punto 2) del párrafo segundo del artículo 2 del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta.

2.º El servicio de comunicaciones interpersonales, excepto los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración.

3.º Los servicios consistentes, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales, como son los servicios de transmisión utilizados para la prestación de servicios máquina a máquina y para la radiodifusión.

e) Los contenidos o servicios digitales relacionados con la salud prescritos o suministrados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, la dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios.

f) Los servicios de juego que impliquen apuestas de valor pecuniario en juegos de azar, incluidos aquellos con un elemento de destreza, como las loterías, los juegos de casino, los juegos de póquer y las apuestas, por medios electrónicos o cualquier otra tecnología destinada a facilitar la comunicación y a petición individual del receptor de dichos servicios.

g) Los servicios financieros.

h) El programa (software) ofrecido por el empresario bajo una licencia libre y de código abierto, cuando el consumidor o usuario no pague ningún precio y los datos personales facilitados por el consumidor o usuario sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de mejorar la seguridad, compatibilidad o interoperabilidad de ese programa (software) concreto.

i) El suministro de los contenidos digitales cuando se pongan a disposición del público en general por un medio distinto de la transmisión de señales como parte de una actuación o acontecimiento, como las proyecciones cinematográficas digitales.

j) El contenido digital proporcionado de conformidad con la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector por organismos del sector público de cualquier Estado miembro de la Unión Europea.

En el caso a que se refiere la letra e), los consumidores o usuarios podrán acceder fácilmente a información clara y comprensible de que no se aplican los derechos derivados del presente título.

3. Los artículos 126 y 126 bis no se aplicarán cuando un paquete en el sentido del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas incluya elementos de un servicio de acceso a internet, tal como se define en el artículo 2.2) del Reglamento (UE) 2015/2120, o un servicio de comunicaciones interpersonales basado en numeración, según la definición del citado Código.

COMENTARIO

Por Javier Lete Achirica

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO. 2.1 Empresario. 2.2 Consumidor. III. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO. 3.1 Tipos de contratos. 3.1.1 Contrato de compraventa.

3.1.2 Contrato de compraventa de bienes que han de producirse o fabricarse. 3.1.3 Contrato de suministro de contenidos o servicios digitales. 3.2 Objeto del contrato. 3.3 Supuestos excluidos. IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 114 del TRLCU contiene el ámbito de aplicación del Título IV del Libro II, relativo a las garantías y servicios postventa, que antes de la reforma operada por el RD-Ley 7/2021, aparecía en el antiguo artículo 115 del TRLCU. La nueva normativa procede de la transposición en Derecho español de la Directiva (UE) 2019/771 sobre los contratos de compraventa de bienes y de la Directiva (UE) 2019/770 sobre los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales. El legislador ha transpuesto las dos Directivas en un único texto legal (artículos 114 a 127 bis del TRLCU) a través del RD-Ley 7/2021.

II. ÁMBITO DE APLICACIÓN SUBJETIVO

El régimen jurídico contenido en los artículos 114 a 127 bis del TRLCU se aplica a los contratos de compraventa de bienes existentes o de bienes que hayan de producirse o fabricarse, y a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales celebrados entre un vendedor profesional (ahora denominado «empresario») y un consumidor. Por consiguiente, quedan fuera de su ámbito de aplicación, tanto los contratos celebrados entre particulares no profesionales, como entre empresarios o profesionales entre sí. Además del empresario y el consumidor, el régimen de garantías se aplica también a otros sujetos: al productor del bien a que se refiere el artículo 125.1 del TRLCU, al «responsable de la falta de conformidad», que es el sujeto pasivo de la acción de repetición del artículo 125.2 del TRLCU y a quien ofrezca la garantía comercial que regula el artículo 127 del TRLCU, que puede ser el vendedor, el productor o un tercero¹. E incluso debería asimismo aplicarse al proveedor, que

¹ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 115 del TRLCU» en AA.VV. (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentario del Texto Refundido de la Ley general para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1679.

define el artículo 7 del TRLCU, en el supuesto del artículo 115 quater, letra b), del TRLGDC a propósito de las instrucciones proporcionadas al consumidor que hubiera adquirido un bien con elementos digitales incorporados.

2.1 Empresario

A diferencia de la noción de «vendedor», que ha sido la utilizada por la Directiva 1999/44/CE, así como por la Ley 23/2003 que transpuso esa Directiva en nuestro ordenamiento, y reiterada después por el Texto Refundido de 2007, y, por último, de nuevo por la Directiva (UE) 2019/771, la versión actual del régimen jurídico de las garantías y servicios postventa ha resuelto incorporar en su lugar el término «empresario». En consecuencia, tanto el vendedor de bienes (o bienes con elementos digitales) como el suministrador de contenidos o servicios digitales debe ser un empresario. El artículo 4 del TRLCU considera empresario a toda persona física o jurídica, ya sea privada o pública, que actúe directamente o a través de otra persona en su nombre o siguiendo sus instrucciones, con un propósito relacionado con su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión.

2.2 Consumidor

En materia de garantías y servicios postventa no existe una noción especial de consumidor, sino que se aplica la contenida en el artículo 3 del TRLCU.

En primer lugar, es consumidor, según el artículo 3.1, párr. 1.º, del TRLCU, la persona física que actúa con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. A ello se añade la «nueva» definición de consumidor vulnerable, introducida en nuestra legislación de consumo por el RD-Ley 1/2021. En este sentido, el artículo 3.2 del TRLCU señala que a los efectos de esta ley y sin perjuicio de la normativa sectorial que en cada caso resulte de aplicación, tiene la consideración de persona vulnerable respecto de relaciones concretas de consumo, aquella persona física que, de forma individual o colectiva, por sus características, necesidades o circunstancias personales, económicas, educativas o sociales, se encuentre, aunque sea territorial, sectorial o temporalmente, en una especial situación de subordinación, indefensión o desprotección que le impida el ejercicio de sus derechos como persona consumidora en condiciones de

igualdad. Sin embargo, esta prolija, y discutible definición², no tiene ninguna influencia en la normativa sobre garantías y servicios postventa, pues en su ámbito todos los consumidores ostentan la misma condición³.

Por otra parte, también son consumidores las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial, tal y como indica el artículo 3.1, párr. 2.º, del TRLCU. Se trata de las asociaciones y las fundaciones sin ánimo de adquirir y repartir beneficios entre sus socios, a las que hay que añadir los entes sin personalidad, que serán consumidores cuando reúnan esos mismos requisitos (actuar sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad empresarial). Tal es el caso de una comunidad de propietarios que adquiera bienes muebles para el uso de los miembros de la comunidad.

Por último, algunos autores se han planteado la cuestión de aplicar nuestra normativa sobre garantías y servicios postventa al sujeto que, pese a no ser el comprador inicial, llega a ser el destinatario final del bien adquirido, por ejemplo, porque el comprador adquirió el bien para regalárselo, o porque se trata de un subadquirente del bien no profesional. Ni la Directiva (UE) 2019/771 ni la Directiva (UE) 2019/770 lo consideran consumidor. Si bien es verdad que nuestra legislación no contiene una solución expresa al respecto, se ha defendido la tesis de considerar consumidor a ese tercero de modo que pueda exigir al primer vendedor la conformidad del bien con el contrato en caso de falta de conformidad. Naturalmente, siempre que en el contrato entre ese vendedor y el primer consumidor concurren los requisitos que la ley exige para poder hacer responsable al vendedor (por ejemplo, la preexistencia de la falta de conformidad, el desconocimiento del defecto por parte del primer consumidor, la manifestación de la falta de conformidad en los plazos que correspondan, etc.)⁴. Esta hipótesis no parece, sin embargo, plausible en caso de contratos de suministro de contenidos o servicios digitales.

² MARÍN LÓPEZ, M. J., «El concepto de consumidor vulnerable en el Texto Refundido de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2021, núm. 37, pp. 116-118.

³ MARÍN LÓPEZ, M. J., «El concepto de consumidor vulnerable...», *cit.*, p. 118.

⁴ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 116 TRLCU» en AA.VV. (dir. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *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), 2.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1682.

III. ÁMBITO DE APLICACIÓN OBJETIVO

El estudio de la regulación contenida en los artículos 114-127 bis del TRLCU implica abordar la cuestión de saber a qué contratos se aplican dichas disposiciones, determinar cuál debe ser el objeto del contrato sobre el que recae la obligación de conformidad y, por último, saber qué contratos están excluidos del régimen de las garantías y de los servicios postventa.

3.1 Tipos de contratos

El artículo 114.1 del TRLCU señala que «están incluidos en el ámbito de aplicación de este título los contratos de compraventa de bienes existentes o de bienes que hayan de producirse o fabricarse y los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, incluyéndose como tales todos aquellos que tengan por objeto la entrega de soportes materiales que sirvan exclusivamente como portadores de contenidos digitales».

3.1.1 Contrato de compraventa

El artículo 2, núm. 1, de la Directiva (UE) 2019/771 define el contrato de compraventa como «todo contrato en virtud del cual el vendedor transmite o se compromete a transmitir la propiedad de los bienes aun consumidor, y el consumidor paga o se compromete a pagar su precio». Será indiferente si se trata de una venta «normal» o de una venta con alguna especificación, como podría ser la venta con pacto de retro, con pacto de exclusiva, a prueba, de cosa ajena, de cosa futura, bajo condición o a término. Esta noción se aplicará a los contratos a distancia, a los contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil, a la venta automática, a la venta en pública subasta (salvo en el caso previsto en el artículo 114.1, letra b), del TRLCU), y en general, a las ventas que constituyen una actividad de promoción de ventas, en los términos señalados en la Ley 7/1996 (venta en rebajas, venta de promoción, venta de saldos, ventas en liquidación, venta con obsequio o prima y venta directa). También es intrascendente, a estos efectos, cuál sea el objeto de la compraventa (bien fungible o no fungible, consumible o no consumible, presente o futuro, cosa genérica o específica, etc.), si está sometida a condición o término, si el precio lo satisface un tercero o el comprador al contado o a plazos, y en este último caso, si se ha

pactado algún tipo de garantía que asegure al vendedor el cobro del precio (por ejemplo, una reserva de dominio)⁵.

Por su parte, el artículo 59 bis, apartado 1, letra f), del TRLCU define el «contrato de compraventa o venta» como todo contrato celebrado, en el ámbito de una relación de consumo, en virtud del cual el empresario transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes al consumidor pudiendo llevar incluido la prestación de servicios. El legislador se ha dejado por el camino la contraprestación del precio a cargo del consumidor.

3.1.2 Contrato de compraventa de bienes que han de producirse o fabricarse

También quedan sometidos al régimen de las garantías los contratos de compraventa de bienes «que hayan de producirse o fabricarse».

Son los contratos en los que el empresario, además de entregar el bien, se obliga con carácter previo a fabricarlo o producirlo. En nuestra terminología, se trata del contrato de obra, definido en el Código civil como el contrato por el que una de las partes se obliga a ejecutar una obra por precio cierto (artículo 1544 del CC). No obstante, el régimen de las garantías y los servicios postventa solo se aplicará a los contratos de obra tengan por objeto la producción o fabricación de un bien mueble, y no su reparación o su transformación en otro bien. Será indiferente si los materiales necesarios para producir o fabricar el bien son suministrados por el propio empresario (contratista) o, en todo o en parte, por el propio consumidor (comitente). El hecho de que el consumidor pudiera aportar los materiales no impide el sometimiento del contrato a los artículos 114 y sigs. del TRLCU.

3.1.3 Contrato de suministro de contenidos o servicios digitales

El artículo 3.1 de la Directiva (UE) 2019/770 regula todo contrato en virtud del cual el empresario suministra o se compromete a suministrar contenidos o servicios digitales al consumidor y éste paga o se compromete a pagar un precio. Por consiguiente, los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales son también objeto del régimen de las garantías y servicios postventa. Por «contenido digital» debe entenderse los datos producidos y suministrados en formato digital (artículo 59 bis, apartado

⁵ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 115 TRLCU», *cit.*, p. 1667.

1, letra d), del TRLCU). «Servicio digital» es todo servicio que permite al consumidor o usuario crear, tratar, almacenar o consultar datos en formato digital, o un servicio que permite compartir datos en formato digital cargados o creados por el consumidor u otros usuarios de ese servicio, o interactuar de cualquier otra forma con dichos datos (artículo 59 bis, apartado 1, letra o), del TRLCU).

3.2 Objeto del contrato

El régimen jurídico de las garantías y servicios postventa se aplica a los contratos de venta y a otros contratos que tengan por objeto «bienes». Deben ser bienes muebles de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 59 bis, apartado 2, del TRLCU, que caracteriza como tales, a efectos de la aplicación del Título IV del TRLCU, «a las cosas muebles corporales». En este sentido, el agua, el gas y la electricidad solo se considerarán «bienes» cuando estén envasados para su comercialización en un volumen delimitado o en cantidades determinadas.

Por tanto, se trata de bienes muebles en el sentido de la definición del artículo 335 del CC, que se refiere a los bienes muebles por naturaleza, o bienes tangibles según el considerando 12 de la Directiva (UE) 2019/771. En consecuencia, deben excluirse los denominados bienes muebles por analogía a que alude el artículo 336 del CC, como son los bienes inmateriales (derechos de crédito, derechos de propiedad intelectual o industrial), las rentas o pensiones, las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios y las sustancias intangibles (como el agua, el gas o la electricidad) que no estuvieran envasadas para su comercialización en las condiciones que menciona el artículo 59 bis, apartado 2, del TRLCU. Podrán ser bienes consumibles o no consumibles, bienes perecederos, bienes elaborados o materias primas, alimentos, medicamentos, bienes fungibles o infungibles, bienes que se caracterizan por su pertenencia a un género, bienes específicos. El sistema de garantías y servicios postventa se aplica, por tanto, a todo tipo de bienes, con independencia de su naturaleza y del precio de adquisición, con algunas excepciones importantes como las relativas a los animales vivos y a los bienes de segunda mano.

También hay que incluir a los bienes con elementos digitales, que son todos los objetos muebles tangibles que incorporen contenidos o servicios digitales o que estén interconectados con ellos de tal modo que la ausencia de dichos contenidos o servicios impediría que los bienes realizasen sus funciones (artículo 59 bis, apartado 1, letra a), del TRLCU).

3.3 Supuestos excluidos

Se excluyen del ámbito de aplicación del régimen de garantías y servicios postventa de los artículos 114 a 127 bis del TRLCU:

a) Los animales vivos.

A diferencia del antiguo artículo 115 del TRLCU, que no trataba esta cuestión, y, por consiguiente, permitía que los contratos de adquisición de animales vivos se incluyeran en el ámbito de las garantías en las ventas de bienes de consumo, el artículo 114.2 del TRLCU ha hecho uso de la habilitación contenida en el artículo 3.5, letra b), de la Directiva (UE) 2019/771 con el fin de excluir a los animales vivos del ámbito de aplicación de la nueva regulación de las garantías y servicios postventa. Esta postura resulta coherente con el nuevo régimen jurídico de los animales, introducido en nuestro ordenamiento mediante la Ley 17/202. Definidos ahora los animales por el apartado 1 del artículo 333 bis del CC como seres vivos dotados de sensibilidad, «solo les será aplicable el régimen jurídico de los bienes y de las cosas en la medida en que sea compatible con su naturaleza o con las disposiciones destinadas a su protección».

b) Los bienes de segunda mano adquiridos en subasta administrativa a la que los consumidores puedan asistir personalmente.

Se repite en este caso el error de nuestra legislación anterior sobre la materia, concretamente por el antiguo artículo 115.2 *in fine* del TRLCU, que tenía el mismo tenor literal que la actual norma en vigor. Mientras que el artículo 3.5 de la Directiva (UE) 2019/771 permite a los Estados miembros excluir del ámbito de aplicación de las garantías «los contratos relativos a la compraventa de: a) bienes de segunda mano vendidos en subasta pública», la ley española solo excluye de su ámbito los bienes de segunda mano «adquiridos en subasta administrativa» a la que los consumidores puedan asistir personalmente⁶. Esto implica que el mercado de venta de bienes usados o de segunda mano, entre empresarios y consumidores, estará en teoría sujeto a las disposiciones de los artículos 114 y sigs. del TRLCU, incluyéndose las transacciones que se realicen mediante

⁶ Según el artículo 143.1 de la Ley 3/2003, la enajenación de bienes muebles del Patrimonio del Estado «tendrá lugar mediante subasta pública por bienes individualizados o por lotes». La forma de realizar las pujas la detalla el artículo 137.2 de la Ley 3/2003.

subasta⁷. Sin embargo, el legislador español parece olvidar que el mismo significado de defecto o falta de conformidad de bienes naturaleza artística o antigüedades (pinturas o incunables) es completamente distinto al que puede entenderse en bienes de uso cotidiano (ordenadores, electrodomésticos, o mobiliario de jardín). Mientras que el aspecto clave de los primeros es la autenticidad y el valor, el de los segundos es la fiabilidad, capacidad de trabajo o adecuación para una determinada función o propósito⁸.

El último párr. del artículo 114.2 del TRLCU indica que en el supuesto de este apartado b) los consumidores «podrán acceder fácilmente a información clara y comprensible de que no se aplican los derechos derivados del Título IV sobre garantías y servicios postventa».

c) La prestación de servicios distintos de los servicios digitales, independientemente de que el empresario haya utilizado formas o medios digitales para obtener el resultado del servicio o para entregarlo o transmitirlo al consumidor

Se excluyen los contratos de prestación de servicios profesionales, distintos de los servicios digitales, al margen de que el empresario hubiera utilizado formas o medios digitales para obtener el resultado del servicio o para entregarlo o transmitirlo al consumidor. En este sentido, el considerando 27 de la Directiva (UE) 2019/770 alude, a título de ejemplo, a servicios profesionales «como los de traducción, arquitectura, asesoramiento jurídico u otros servicios de asesoramiento profesional que el empresario suele realizar personalmente». El elemento de la habilidad humana es la característica a tener en cuenta en la prestación de los servicios profesionales al margen del uso que pueda hacerse de medios digitales. En consecuencia, quedarán excluidos los servicios profesionales en que las formas o medios digitales solo se utilicen para el resultado del servicio o para entregarlo o transmitirlo al consumidor. Este sería el caso de un traductor, incluso cuando realice su trabajo usando un programa de traducción, que

⁷ El artículo 59 bis, apartado 1, letra r) del TRLCU define la «subasta pública» como el método de venta en el que el empresario ofrece bienes o servicios a los consumidores, que asisten o se les da la posibilidad de asistir a la subasta en persona, aunque sea por medios telemáticos, mediante un procedimiento de puja transparente y competitivo, dirigido por un subastador y en el que el adjudicatario esté obligado a comprar los bienes o servicios por un subastador y en el que el adjudicatario esté obligado a comprar los bienes o servicios.

⁸ GÓMEZ, F., «Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo: una perspectiva económica», *InDret*, 4/2001, p. 14.

envía el resultado final de su labor a través de Dropbox, o de un abogado que proporciona asesoramiento legal y lo comunica en formato digital y por medios digitales⁹.

También se excluyen los servicios públicos, como los de la seguridad social o los registros públicos «cuando los medios digitales se utilicen únicamente para la transmisión o comunicación del servicio al consumidor», y los instrumentos auténticos y otros actos notariales, «independientemente de si se realizan, registran, reproducen o transmiten por medios digitales»¹⁰. En cambio, como regla de principio, todas las prestaciones de servicios dirigidos al público en que intervenga un empresario y un consumidor, y se incluya un servicio digital, estarán dentro del ámbito de la normativa sobre garantías; con independencia de que tales servicios se realicen por un registro público o por una institución pública.

d) Los servicios de comunicaciones electrónicas prestados por lo general a cambio de una remuneración a través de redes de comunicaciones electrónicas, con la excepción de los servicios que suministren contenidos transmitidos mediante redes y servicios de comunicaciones electrónicas o ejerzan control editorial sobre ello, y que incluyen:

1.º El servicio de acceso a internet, entendido según la definición del punto 2) del párrafo segundo del artículo 2 del Reglamento (UE) 2015/2120 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de noviembre de 2015, por el que se establecen medidas en relación con el acceso a una internet abierta.

2.º El servicio de comunicaciones interpersonales, excepto los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración.

3.º Los servicios consistentes, en su totalidad o principalmente, en el transporte de señales, como son los servicios de transmisión utilizados para la prestación de servicios máquina a máquina y para la radiodifusión.

El contenido de esta letra d) coincide con lo dispuesto por el artículo 2, núm. 4, de la Directiva (UE) 2018/1972 del Parlamento Europeo y del

⁹ STAUDENMAYER, D., «Comentario al art. 3 Directiva (UE) 2019/771» en AA.VV. (ed. SCHULZE, R./STAUDENMAYER, D.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 80.

¹⁰ Considerando 27 de la Directiva (UE) 2019/770. Este considerando expresa un compromiso de los Estados miembros adoptado en el seno del Consejo Europeo, ya que varios Estados pretendían excluir del ámbito de la regulación de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales todo tipo de servicios de carácter público, incluyendo los de naturaleza notarial.

Consejo de 11 de diciembre de 2018 por la que se establece el Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas. El servicio de comunicaciones interpersonales incluye todos los servicios que permiten un intercambio de información directo, interpersonal e interactivo a través de redes de comunicaciones electrónicas entre un número finito de personas¹¹, los cuales pueden ser servicios de comunicaciones interpersonales basados en numeración¹² y servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración¹³. Son ejemplos de los servicios de comunicaciones interpersonales basados en numeración la red pública de comunicación telefónica y los SMS.

Los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, que no conectan a través de recursos de numeración pública asignados, no están excluidos del ámbito de aplicación del régimen de las garantías, como se desprende de lo dispuesto por el artículo 114.2, letra d), núm. 2.º, *in fine* del TRLCU. Como ejemplos de tales servicios, pueden mencionarse WhatsApp, llamadas a través de Skype o correos electrónicos en línea (*Web-based email*) como Hotmail o Yahoo Mail. El considerando 28 de la Directiva (UE) 2019/770 justifica la aplicación de su normativa a los servicios de comunicaciones interpersonales independientes de la numeración, porque «en los últimos años, la aparición de nuevos servicios digitales que permiten las comunicaciones interpersonales por internet, como el correo electrónico en línea y los servicios de mensajería en línea, ha llevado a más consumidores a utilizar estos servicios».

e) Los contenidos o servicios digitales relacionados con la salud prescritos o suministrados por un profesional sanitario a pacientes para evaluar, mantener o restablecer su estado de salud, incluidos la receta, la dispensación y provisión de medicamentos y productos sanitarios.

Se excluyen los contenidos o servicios digitales relacionados con la «asistencia sanitaria», que define el artículo 3, letra a) de la Directiva 2011/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo de 2011 relativa a la aplicación de los derechos de los pacientes en la asistencia sanitaria transfronteriza, y que transcribe literalmente esta letra e).

Esta exclusión debe, por tanto, aplicarse también a cualquier contenido o servicio digital que constituya un producto sanitario tal como se define

¹¹ Artículo 2, núm. 5, de la Directiva (UE) 2018/1972.

¹² Artículo 2, núm. 6, de la Directiva (UE) 2018/1972.

¹³ Artículo 2, núm. 7, de la Directiva (UE) 2018/1972.

en las Directivas 93/42/CEE o 90/385/CEE del Consejo o en la Directiva 98/79/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, cuando dicho producto haya sido prescrito o suministrado por un profesional sanitario, tal como se define en la Directiva 2011/24/UE. No obstante, las disposiciones sobre garantías se aplicarán a todo contenido o servicio digital que constituya un producto sanitario, como las aplicaciones sanitarias, que el consumidor pueda obtener sin que sea prescrito o suministrado por un profesional de la salud¹⁴.

f) Los servicios de juego que impliquen apuestas de valor pecuniario en juegos de azar, incluidos aquellos con un elemento de destreza, como las loterías, los juegos de casino, los juegos de póquer y las apuestas, por medios electrónicos o cualquier otra tecnología destinada a facilitar la comunicación y a petición individual del receptor de dichos servicios.

Esta definición procede de lo dispuesto por el artículo 3, núm. 14, de la cuarta Directiva destinada a responder a la amenaza del blanqueo de capitales¹⁵.

g) Los servicios financieros.

Según el artículo 2, letra b), de la Directiva 2002/65/CE es servicio financiero «todo servicio bancario, de crédito, de seguros, de jubilación personal, de inversión o de pago»¹⁶. El considerando 30 de la Directiva (UE) 2019/770, tras indicar que los contenidos o servicios digitales relacionados con los servicios financieros o que den acceso a ellos quedan comprendidos en el Derecho de la Unión Europea sobre servicios financieros, añade que los contratos relacionados con los contenidos o servicios digitales que constituyan servicios financieros «deben quedar excluidos del ámbito de aplicación de la presente Directiva». DE manera más específica, el considerando 23 de la Directiva (UE) 2019/770 que las representaciones digitales de valor (como los vales o los cupones electrónicos), dado que no tienen

¹⁴ Considerando 29 de la Directiva (UE) 2019/770.

¹⁵ Directiva (UE) 2015/849 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo, y por la que se modifica el Reglamento (UE) núm. 648/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, y se derogan la Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y la Directiva 2006/70/CE de la Comisión.

¹⁶ Directiva 2002/65/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de septiembre de 2002, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores, y por la que se modifican la Directiva 90/619/CEE del Consejo y las Directivas 97/7/CE y 98/27/CE.

otra finalidad que servir como método de pago, «no deben ser consideradas por sí mismas un contenido digital o un servicio digital en el sentido de la presente Directiva».

h) El programa (*software*) ofrecido por el empresario bajo una licencia libre y de código abierto, cuando el consumidor no pague ningún precio y los datos personales facilitados por el consumidor o usuario sean tratados exclusivamente por el empresario con el fin de mejorar la seguridad, compatibilidad o interoperabilidad de ese programa (*software*) concreto.

La expresión «programa (*software*) bajo una licencia libre y de código abierto», que no aparece incluida entre las definiciones del artículo 59 bis del TRLCU, es una denominación híbrida que procede al artículo 3.5, letra f), de la Directiva (UE) 2019/770 con la que se intenta englobar todo lo que tiene que ver tanto con los sistemas de código abierto como con el denominado «movimiento del *software* libre». El programa (*software*) libre y de código abierto no tiene nada que ver con el hecho de que sea gratuito, sino con que el código fuente se comparte abiertamente y los usuarios pueden acceder libremente al programa (*software*) o a las versiones modificadas de este, utilizarlo, modificarlo y redistribuirlo, puede contribuir a la investigación y la innovación en el mercado de los contenidos y servicios digitales. Con el fin de evitar que se impongan trabas a esta evolución del mercado, la normativa de garantías no debe aplicarse al programa (*software*) libre y de código abierto, siempre que este no se suministre a cambio de un precio y que los datos personales del consumidor se utilicen exclusivamente para mejorar la seguridad, la compatibilidad o la interoperabilidad del programa (*software*)¹⁷.

i) El suministro de los contenidos digitales cuando se pongan a disposición del público en general por un medio distinto de la transmisión de señales como parte de una actuación o acontecimiento, como las proyecciones cinematográficas digitales.

El considerando 31 de la Directiva (UE) 2019/770 se refiere, con más detalle, a los contenidos o servicios digitales que se faciliten a un público en general como parte de una actuación artística u otro acontecimiento, «como una proyección cinematográfica o una representación teatral audiovisual». Por el contrario, el mismo considerando 31 declara, con rotundidad, que la Directiva (UE) 2019/770 «debe aplicarse si los contenidos o

servicios digitales se facilitan a una audiencia mediante la transmisión de señales, como los servicios de televisión digital».

La exclusión de esta letra i) fue introducida por el Consejo Europeo durante la tramitación de la Directiva (UE) 2019/770 con el fin de evitar que actuaciones artísticas concretas que se suministren por medio de transmisión de señales quedaran incluidas en el ámbito de aplicación de la Directiva¹⁸.

j) El contenido digital proporcionado de conformidad con la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector por organismos del sector público de cualquier Estado Miembro de la Unión Europea.

Las diferentes administraciones y organismos del sector público recogen, producen, reproducen y difunden documentos para llevar a cabo la misión de servicio público que tienen encomendada. La utilización de dichos documentos por otros motivos, ya sean con fines comerciales o no comerciales, constituye una reutilización. Cuando esa reutilización se haga por medios digitales quedará excluida de la normativa de garantías. Si bien la reutilización de los documentos será gratuita, podrá aplicarse una tarifa por el suministro de documentos para su reutilización, que deberá limitarse a los costes marginales en que se incurra para su reproducción, puesta a disposición, difusión, anonimización de datos personales y las medidas adoptadas para proteger información comercial confidencial. La ausencia de ánimo de lucro justifica la exclusión.

Por lo que se refiere a las plataformas de contratación online, aunque el considerando 23 de la Directiva (UE) 2019/771 señala que los prestadores de plataformas pueden ser considerados vendedores, empresarios según la terminología de la ley española, a los efectos de la Directiva «si actúan con fines relacionados con sus propias actividades y en calidad de socio contractual directo del consumidor en la compraventa de bienes»¹⁹, tanto la Directiva (UE) 2019/771 como la Directiva (UE) 2019/770 dejaron fuera de su ámbito de aplicación dichas plataformas. En consecuencia, la responsabilidad de incluirlas en la normativa sobre las garantías se ha dejado en manos de los Estados miembros, permitiéndoles incluso la libertad de ampliar su aplicación «a los prestadores de plataformas que no cumplan los requisitos para ser considerados vendedores». En cualquier caso, la le-

¹⁷ Considerando 32 de la Directiva (UE) 2019/770.

¹⁸ STAUDENMAYER, D., «Comentario al art. 3 Directiva (UE) 2019/771», *cit.*, p. 83.

¹⁹ Respecto del suministro de contenidos o servicios digitales, considerando 18 de la Directiva (UE) 2019/770.

gislación española no contiene ninguna norma al respecto. Solo aparecen alguna referencia como contenida en el apartado 1 del artículo 115 ter, letra d), del TRLCU, que, dentro de los requisitos objetivos para la conformidad, alude a las declaraciones públicas realizadas «por otras personas en fases previas en la cadena de transacciones»²⁰. Parece lógico que las plataformas que optimizan la presentación de las ofertas de sus vendedores, y que incluso en ocasiones también las promocionan, deberían haberse incluido en el nuevo régimen jurídico de las garantías y servicios postventa. No está tan claro, en cambio, respecto de las plataformas que solo ofrezcan comentarios o reseñas de los consumidores²¹.

Finalmente, según el artículo 114.3 del TRLCU, «los artículos 126 y 126 bis no se aplicarán cuando un paquete en el sentido del Código Europeo de las Comunicaciones Electrónicas incluya elementos de un servicio de acceso a internet, tal como se define en el artículo 2.2) del Reglamento (UE) 2015/2120, o un servicio de comunicaciones interpersonales basado en numeración, según la definición del citado Código». Se trata

Los contenidos o servicios digitales suelen combinarse con el suministro de bienes u otros servicios y ofrecerse al consumidor dentro del mismo contrato, que comprende un paquete de distintos elementos, como la prestación de servicios de televisión digital y la adquisición de equipamiento electrónico. En tales casos, el contrato entre el consumidor y el empresario incluye elementos de un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, pero también elementos de otros tipos de contratos, como los de compraventa de bienes o de prestación de servicios. Esto implica que la normativa de garantías de la Directiva (UE) 2019/770 debe aplicarse únicamente a los elementos del contrato global que consistan en el suministro de contenidos o servicios digitales. Los demás elementos del contrato deben regirse por las normas aplicables a dichos contratos en virtud

²⁰ Se corresponde con lo dispuesto por el artículo 7.1, letra d), de la Directiva (UE) 2019/771. Mientras que el artículo 18 de dicha Directiva, a propósito del derecho de repetición, indica que el vendedor podrá entablar acciones «contra la persona o personas responsables de la cadena de transacciones», el artículo 125.2 del TRLCU se limita a indicar que quien haya respondido frente al consumidor podrá repetir «frente al responsable de la falta de conformidad».

²¹ GÓMEZ, F., «El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44», *InDret*, 4/2019, p. 7, y ARROYO AMAYUELAS, E., «Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2022, núm. 41, p. 23.

del Derecho nacional o, según corresponda, de otros actos de Derecho de la Unión que regulen un sector o una materia específicos. Del mismo modo, deben regirse por el Derecho nacional los efectos que pueda tener la resolución de un elemento del paquete contratado en las demás partes del paquete contratado. No obstante, para garantizar la coherencia con las disposiciones sectoriales de la Directiva (UE) 2018/1972 que regulan los paquetes contratados, cuando un empresario ofrece, en el sentido de esa Directiva, contenidos digitales o un servicio digital en combinación con un servicio de comunicaciones interpersonales basado en números o un servicio de acceso a internet, las disposiciones de la Directiva (UE) 2019/770 sobre la modificación de los contenidos digitales no deben aplicarse a los contenidos o servicios digitales del paquete. Las disposiciones aplicables de la Directiva (UE) 2018/1972 deben aplicarse, en cambio, a todos los elementos del paquete, incluidos los contenidos o servicios digitales²².

IV. ÁMBITO DE APLICACIÓN TEMPORAL

La Disp. Final octava del RD-Ley 7/2021 estableció su entrada en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» excepto en lo relativo su artículo decimosexto, que entró en vigor el 1 de enero de 2022, salvo los artículos 126 y 126 bis, que se aplicarán solo a los contratos celebrados a partir de esa fecha. Por consiguiente, la regulación española sobre las garantías y los servicios postventa entró en vigor el 1 de enero de 2022, aplicándose no solo a los contratos de venta de bienes y de suministro de contenidos o servicios digitales celebrados a partir de entonces, sino también a los concluidos con anterioridad a esa fecha y que aún subsistan. Se exceptúan los artículos 126 y 126 bis del TRLCU sobre modificación de los contenidos o servicios digitales y sobre resolución del contrato por modificación de los contenidos o servicios digitales, respectivamente, los cuales se aplicarán solo a los contratos (de contenidos o servicios) celebrados a partir del 1 de enero de 2022.

²² Considerando 33 de la Directiva (UE) 2019/770.

Artículo 115. Conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales

Los bienes, los contenidos o servicios digitales que el empresario entregue o suministre al consumidor o usuario se considerarán conformes con el contrato cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación siempre que, cuando corresponda, hayan sido instalados o entregados correctamente, todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 117.

COMENTARIO

Por Javier Lete Achirica

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS CRITERIOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DE LA CONFORMIDAD.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 115 del TRLCU contiene el principio general de conformidad con el contrato de los bienes, que es sobre el que se ha basado el régimen de la garantía legal en la venta de bienes de consumo en el Derecho europeo de contratos desde la entrada en vigor de la Directiva 1999/44/CE¹. La ampliación de este principio a los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales resulta obligada por la promulgación simultánea por el legislador europeo de la Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, así como por la transposición conjunta de ambas Directivas que ha realizado en nuestro ordenamiento el legislador español a través del RD-Ley 7/2021. En definitiva, el actual artículo 115 del TRLCU es un trasunto del artículo 5 de la Directiva (UE) 2019/771 y del artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/770.

Esta noción de la conformidad procede de lo dispuesto por el artículo 35 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, que obliga al vendedor a entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo, e incluso su envase y embalaje, sean idénticos a los estipulados en el contrato. Es una noción que supera ampliamente el anti-

¹ Conforme a lo dispuesto en su artículo 13, la Directiva 1999/44/CE entró en vigor el 7 de julio de 1999.

guo régimen jurídicos del saneamiento por vicios ocultos del Código civil, permitiendo englobar en ella todo un conjunto de problemas relativos al exacto cumplimiento del contrato de compraventa, a los que se les aplica un sistema articulado de remedios². Por consiguiente, la conformidad con el contrato abarca las nociones de defecto, de vicio o de falta de calidad de la cosa vendida, o, más en general, todo supuesto de incumplimiento o inejecución del contrato, distinto de la no entrega del bien objeto de dicho contrato³. Se trata de un concepto unitario que pretende describir cualquier desviación de los bienes respecto de las expectativas del comprador en el contrato de compraventa⁴.

La relevancia de la noción de conformidad ya fue puesta de relieve por la Directiva 1999/44/CE, cuyo considerando 6 indica que «las principales dificultades de los consumidores y la principal fuente de conflictos con los vendedores se refieren a la falta de conformidad del bien con el contrato», lo cual justificaba aproximar las legislaciones de los Estados miembros sobre la venta de bienes de consumo en este ámbito. Teniendo en cuenta, además, que «el principio de conformidad con el contrato puede considerarse como una base común a las diferentes tradiciones jurídicas nacionales»⁵.

Tanto en los casos de contratos de venta de bienes, o de bienes con elementos digitales, como en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales las reglas sobre requisitos de conformidad han sido objeto de armonización plena al amparo de lo dispuesto por el artículo 4 de la Directiva (UE) 2019/771 y de la Directiva (UE) 2019/770, con el

² MORALES MORENO, A. M., «Comentario al art. 35 CNUCCIM» en AA.VV. (dir. y coord. DÍEZ-PICAZO, L.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Thomson-Civitas, Madrid, 1997, p. 292.

³ MOTA PINTO, P., «Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português», *Estudos do direito do consumidor*, Coimbra, 2000, p. 222, GARCÍA RUBIO, M. P., «La transposición de la directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo», *La Ley*, 2003, p. 1532 y MARCO MOLINA, J., «La incorporación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo por la Ley alemana de modernización del derecho de obligaciones» en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. LUIS DÍEZ-PICAZO, Tomo II, Derecho civil - Derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 2427 y sigs.

⁴ VAQUER ALOY, A., «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?», *Anuario de derecho civil*, 1/2011, p. 11.

⁵ Considerando 7 de la Directiva 1999/44/CE.

fin de incrementar el nivel de protección de los consumidores⁶. Sin embargo, esto no quiere decir que los Estados miembros no dispongan de cierto margen de maniobra para mantener o introducir otras disposiciones en materia de incumplimiento contractual. De hecho, en el supuesto de incumplimiento del suministro de contenidos o servicios digitales o de faltas de conformidad en tales contenidos o servicios, el considerando 14 de la Directiva (UE) 2019/770 indica que los Estados miembros tendrán la libertad de regular las consecuencias de esas situaciones «cuando dicho incumplimiento en el suministro o dicha falta de conformidad se deban a un impedimento fuera del control del empresario que hubiese evitado o superado el impedimento o sus consecuencias, tales como en caso de fuerza mayor». Esta definición de fuerza mayor se ha inspirado en lo dispuesto por el artículo 88(1) del CESL⁷, que a su vez tomó ejemplo de los dispuestos por el artículo 79.1 de la Convención de Viena⁸.

II. LOS CRITERIOS SUBJETIVOS Y OBJETIVOS DE LA CONFORMIDAD

A diferencia del antiguo artículo 116.1 del TRLCU, que incluía en un solo precepto los criterios de naturaleza subjetiva y objetiva de la conformidad de los bienes con el contrato, ahora, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 115 del TRLCU, el bien vendido, o los contenidos o servicios digitales suministrados, serán conformes cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos, que aparecen respectivamente en los nuevos artículos 115 bis y 115 ter del TRLCU, que les sean de aplicación. A dichos requisitos subjetivos y objetivos se añade, naturalmente, la instalación correcta del bien o la integración correcta de los contenidos o servicios digitales

⁶ Considerando 10 de la Directiva (UE) 2019/771 y considerando 11 de la Directiva (UE) 2019/770.

⁷ «A party's non-performance of an obligations is excused if it is due to an impediment beyond that party's control and if that party could not be expected to have taken the impediment into account at the time of the conclusion of the contract, or to have avoided or overcome the impediment or its consequences».

⁸ «Una parte no será responsable de la falta de cumplimiento de cualquiera de sus obligaciones si prueba que esa falta de cumplimiento se debe a un impedimento ajeno a su voluntad y si no cabía razonablemente esperar que tuviese en cuenta el impedimento en el momento de la celebración del contrato, que lo evitase o superase o que evitase o superase sus consecuencias».

como supuesto de conformidad, como ya hacía el apartado 2 del antiguo artículo 116 del TRLCU solo respecto de los bienes. En la nueva regulación sobre garantías y servicios postventa la instalación incorrecta de los bienes y la integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales aparece en el artículo 115 quater del TRLCU. Todo ello, dice el último inciso del artículo 115 del TRLCU, «sin perjuicio de los derechos de terceros a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 117».

De esta manera, se ha producido un cambio en el enfoque que legislador tiene a propósito del sistema de las garantías. Si la Directiva 1999/44/CE, y las legislaciones de los Estados miembros que la transpusieron en sus respectivos ordenamientos, utilizaban entonces la expresión «conformidad con el contrato», que incluía elementos subjetivos y objetivos, ahora se distingue entre requisitos subjetivos y objetivos «para la conformidad». Sin embargo, que los bienes los contenidos o servicios digitales que el empresario entregue o suministre al consumidor y usuario se consideren conformes con el contrato «cuando cumplan los requisitos subjetivos y objetivos establecidos que sean de aplicación», como señala expresamente el artículo 115 del TRLCU, no quiere decir que deban cumplirse todos y cada uno de los requisitos que aparecen en los artículo 115 bis y 115 ter del TRLCU, sino que solamente deberán cumplir aquellos «que sean de aplicación»⁹. En este contexto, los requisitos subjetivos vendrán determinados por el contrato de venta de bienes y por el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales. Por su parte, los requisitos objetivos constituyen criterios que las partes deberán respetar al margen del contrato específico que celebren entre ellas, pues constituyen criterios de naturaleza legal que reflejan estándares objetivos impuestos por el ordenamiento. Por tanto, es el ordenamiento, y no el contrato, el que define los criterios objetivos que deben cumplirse¹⁰.

La alusión que hace inciso último del artículo 115 del TRLCU a la no vulneración de los derechos de terceros, cuando afirma «todo ello sin perjuicio de los derechos de terceros a los que se refiere el segundo párrafo del artículo 117» implica que, por primera vez en el ámbito de la regu-

lación de las garantías y los servicios posventa, se extiende la noción de conformidad a la ausencia de controversia jurídica sobre la titularidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales¹¹. En definitiva, se introduce la «conformidad jurídica», y no solo la conformidad material de dichos bienes o contenidos y servicios digitales¹². Esta conformidad jurídica, que no aparecía en la Convención de Viena ni tampoco en la Directiva 1999/44/CE, se ha plasmado ahora de forma expresa en la nueva legislación europea sobre esta materia. Como señala el considerando 35 de la Directiva (UE) 2019/771, «la conformidad debe aplicarse tanto a los vicios materiales como a los vicios jurídicos. Las restricciones resultantes de una vulneración de los derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual o industrial, podrían impedir o limitar la utilización de los bienes con arreglo al contrato. Los Estados miembros deben garantizar que, en tales supuestos, el consumidor tenga derecho a las medidas correctoras por falta de conformidad prevista en la presente Directiva a menos que, en tales supuestos, el Derecho nacional disponga la nulidad del contrato o su rescisión».

Esta noción de «conformidad jurídica» ya fue introducida en la Propuesta para la modernización del Derecho de obligaciones y contratos, elaborada por la sección civil de la Comisión general de codificación y publicada por el Ministerio de Justicia en 2009, pues el artículo 1445 de la PMDOC dice que por el contrato de compraventa el vendedor se obliga a entregar una cosa que sea conforme con el contrato «y esté libre de derechos de tercero que no hayan sido contemplados en él». A ello se añade que el artículo 1490 de la PMDOC dispone que «si un tercero estuviere en condiciones de ejercitar contra el comprador un derecho relativo a la cosa no contemplado en el contrato, anterior a la entrega o creado posteriormente con intervención del vendedor, el comprador podrá, a su elección, ejercitar los derechos mencionados en el artículo 1482», que son precisamente los remedios legales previstos para la falta de conformidad.

⁹ Se sigue de esta manera el criterio establecido por el artículo 5 de la Directiva (UE) 2019/771, para los contratos de compraventa de bienes, y por el artículo 6 de la Directiva 2019/770 para los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales.

¹⁰ STAUDENMAYER, D., «Comentario al art. 6 Directiva (UE) 2019/770» en AA.VV. (SCHULZE, R./STAUDENMAYER, D.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 113.

¹¹ MARTÍNEZ GÓMEZ, S., «Novedades (en vigor a partir del 01.01.2022) en el régimen de la compraventa de bienes al consumo tras la transposición de la Directiva (UE) 2019/771 mediante el RD-Ley 7/2021 de 27 de abril», CESCO, Publicaciones jurídicas, p. 7.

¹² Así lo establecen los artículos 9 de la Directiva (UE) 2019/771 y 10 de la Directiva (UE) 2019/770.

Artículo 115 bis. Requisitos subjetivos para la conformidad

Para ser conformes con el contrato, los bienes y los contenidos o servicios digitales deberán cumplir, en particular y cuando sean de aplicación, los siguientes requisitos:

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

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

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

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

COMENTARIO

Por Javier Lete Achirica

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS REQUISITOS SUBJETIVOS PARA LA CONFORMIDAD. 2.1 Descripción, tipo, cantidad y calidad. 2.2 Funcionalidad, compatibilidad interoperabilidad y demás características. 2.3 Aptos para fines específicos. 2.4 Accesorios y asistencia. 2.5 Actualizaciones.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 115 bis del TRLCU es, prácticamente, una copia literal de lo dispuesto por los artículos 6 de la Directiva (UE) 2019/771 y 7 de la Directiva (UE) 2019/770. Salvo el apartado b) de este artículo 115 bis del TRLCU, que ya aparecía en el antiguo artículo 116.1 c) del TRLCU (adecuación del bien al fin específico requerido por el consumidor), los otros tres son nuevos. La característica común de los criterios incluidos en este artículo objeto de comentario es que surgen del propio contrato celebrado entre el empresario y el consumidor, lo cual implica que habrá que

atenerse, en primer lugar, a lo pactado entre ambas partes para poder determinar si los bienes o los contenidos o servicios digitales son conformes por poseer las características o cualidades acordadas. En este sentido, los criterios legales de conformidad del artículo 115 bis del TRLCU tienen carácter supletorio, en defecto de los criterios que al respecto pudieran haber pactado las partes contratantes¹. Así se desprende del propio tenor literal de dicho artículo, que, al referirse inicialmente a los requisitos que a continuación enumera, señala que los bienes y los contenidos digitales deberán cumplirlos, en particular «y cuando sean de aplicación»². Esto implica que el artículo 115 bis del TRLCU contiene unos requisitos «contractuales» mínimos que intentan facilitar la protección del consumidor en esta materia, pues no resulta fácil de imaginar cómo podría defender sus intereses en la mayoría de los casos a través de una negociación individual con el empresario³.

En cualquier caso, los requisitos del contrato de compraventa de bienes y del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales deben también incluir los que resulten de la información precontractual que, de acuerdo con la Directiva 2011/83/UE, forma parte integrante del contrato de compraventa⁴. A esa información previa se refiere el artículo 60 del TRLCU, a cuyo comentario me remito.

¹ MORALES MORENO, A. M., «La conformidad de la cosa vendida según la Directiva 1999/44/CE» en AA.VV. (ed. LETE ACHIRICA, J.), *Garantías en la venta de bienes de consumo/Les garanties dans la vente de biens de la consommation*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2004, pp. 49-50 y MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 116 TRLCU» en AA.VV. (coord. R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentarios del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1692.

² Según el considerando 26 de la Directiva (UE) 2019/771, «los bienes deben cumplir los requisitos pactados entre el vendedor y el consumidor en el contrato de compraventa. Estos requisitos podrían incluir, entre otros aspectos, la cantidad, la calidad el tipo y la descripción de los bienes, su aptitud para un propósito específico, así como la entrega de los bienes con los accesorios pactados e instrucciones».

³ TWIGG-FLESNER, Ch., «Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services», en AA.VV. (dirs. ARROYO AMAYUELAS, E./CÁMARA LAPUENTE, S.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, pp. 52-53.

⁴ Considerando 26 *in fine* de la Directiva (UE) 2019/771 y considerando 42 de la Directiva (UE) 2019/770.

II. LOS REQUISITOS SUBJETIVOS PARA LA CONFORMIDAD

Para ser conformes con el contrato, los bienes y los contenidos o servicios digitales deberán cumplir, en particular y cuando sean de aplicación, los siguientes requisitos:

2.1 Descripción, tipo, cantidad y calidad

Deberán ajustarse a la descripción, tipo de bien, cantidad y calidad (artículo 115 bis, letra a), del TRLCU).

La descripción, de los bienes (de los bienes con elementos digitales) y de los contenidos o servicios digitales, ha sido calificada como el aspecto más importante de los distintos elementos que configuran la noción de conformidad, puesto que dichos bienes o contenidos o servicios digitales que se entreguen o suministren al consumidor deben ser aquellos que fueron previamente descritos en el contrato celebrado entre las partes. Cuestión distinta es si en esa descripción deben incluirse todos los términos utilizados para explicar en detalle los bienes o los contenidos o servicios digitales a efectos de configurar el cumplimiento de la obligación de conformidad; o, por el contrario, si sería suficiente que la descripción se limite a enumerar «las características principales de los bienes o servicios», en la medida adecuada al soporte utilizado y a los bienes o servicios⁵, como señala respecto de la información precontractual el artículo 60.2, letra a) del TRLCU. Este último precepto, y asimismo la referencia que hace el propio artículo 115 bis, letra a) *in fine* del TRLCU a las «demás características que se establezcan en el contrato», permiten a mi juicio considerar que la descripción de los bienes y de los contenidos o servicios digitales pueden aludir simplemente a sus características principales.

El término «tipo», que contiene el apartado a) del artículo 115 bis del TRLCU, aparece por primera vez en el artículo 6, letra a), de la Directiva (UE) 2019/771⁶ y ha causado extrañeza a algún autor anglosajón por la dificultad de distinguirlo del término «descripción»⁷. Es comprensible, porque el artículo 35.1 de la Convención de Viena, que ha inspirado el te-

⁵ TWIGG-FLESNER, Ch., «Conformity of Goods...», *cit.*, p. 60.

⁶ Por el contrario, no lo utiliza el artículo 7, letra a), de la Directiva (UE) 2019/770, que habla de la descripción, la cantidad y la calidad, aparte de la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características.

⁷ TWIGG-FLESNER, Ch., «Conformity of Goods...», *cit.*, p. 60.

nor literal del artículo 6 de la Directiva (UE) 2019/771, utiliza expresiones distintas respecto de los bienes a entregar según se trate de su versión en inglés («*of the quantity, quality and description required by the contract*») o en español («cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato»). Según el diccionario de la RAE, tipo es «ejemplo característico de una especie, de un género, etc.» La identificación de «tipo» con clase o grupo, que debe aplicarse solo a los bienes o a los bienes con elementos digitales, viene corroborado por el artículo 2.2, letra c), de la Directiva 1999/44/CE, que establece la presunción de que los bienes de consumo serán conformes con el contrato si son aptos «para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo».

Al igual que en el supuesto anterior, la referencia a la cantidad es también nueva en esta materia, ya que no aparecía en el antiguo artículo 116.1 letra d) del TRLCU⁸. Su inclusión implica reconocer en toda su amplitud la noción de conformidad que recoge el artículo 35.1 de la Convención de Viena, pues este precepto impone al vendedor la entrega de mercancías «cuya cantidad, calidad y tipo correspondan a los estipulados en el contrato»⁹. Si el empresario entrega una cantidad equivocada, el consumidor podrá utilizar los remedios por falta de conformidad salvo si dicha falta de conformidad fuese de escasa importancia (respecto de la resolución del contrato al amparo del artículo 119 ter, apartado 2, del TRLCU). En lo que se refiere a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, la cantidad puede aludir, por ejemplo, al número de archivos musicales, o de otro tipo, a los que se puede acceder¹⁰.

El criterio de la calidad no solo forma parte de los requisitos subjetivos para la conformidad, sino que también se incluye entre los requisitos objetivos. Esto implica que la calidad que se incluya en el contrato solo será relevante para considerar que no existe falta de conformidad, cuando el nivel de dicho criterio sea más elevado que el de la calidad exigida por el requisito objetivo de conformidad respecto de los bienes o de los conte-

⁸ Como tampoco aparecía en el artículo 2.2 letra d) de la Directiva 1999/44/CE.

⁹ Sobre la no inclusión de la cantidad en la noción de conformidad en la Directiva 1999/44/CE, cfr. MORALES MORENO, A. M., «La conformidad de la cosa vendida...», *cit.*, p. 44.

¹⁰ Considerando 42 de la Directiva (UE) 2019/770.

nidos o servicios digitales¹¹. En materia de estos contenidos o servicios, la calidad podría referirse, por ejemplo, a la resolución de las imágenes¹².

2.2 Funcionalidad, compatibilidad interoperabilidad y demás características

Deberán poseer la funcionalidad, compatibilidad, interoperabilidad y demás características que se establezcan en el contrato (artículo 115 bis, letra a) del TRLCU).

Según el artículo 59 bis letra l) del TRLCU, la funcionalidad es «la capacidad de los contenidos o servicios digitales de realizar sus funciones teniendo en cuenta su finalidad». Este concepto de funcionalidad debe entenderse que se refiere a las formas en que pueden utilizarse los contenidos o servicios digitales. Así, por ejemplo, la ausencia o la presencia de restricciones técnicas, tales como la protección mediante la Administración de Derechos Digitales o la codificación de la región podrían afectar a la capacidad de los contenidos o servicios digitales de cumplir todas sus funciones teniendo en cuenta su finalidad¹³. La compatibilidad consiste, señala el artículo 59 bis letra c) del TRLCU, en «la capacidad de los bienes de funcionar con los aparatos (*hardware*) o programas (*software*) con los cuales se utilizan normalmente los bienes del mismo tipo, sin necesidad de convertir los bienes, aparatos (*hardware*) o programas (*software*), así como la capacidad de los contenidos o servicios digitales de funcionar con los aparatos (*hardware*) o programas (*software*) con los cuales se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, sin necesidad de convertir los contenidos o servicios digitales». En cuanto a la interoperabilidad, el artículo 59 bis, letra ñ), del TRLCU, indica que consiste en «la capacidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales de funcionar con aparatos (*hardware*) o programas (*software*) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los bienes o los contenidos o servicios digitales del mismo tipo». El concepto de interoperabilidad se refiere a si, y en qué medida, los contenidos o servicios digitales pueden funcionar con aparatos (*hardware*) o programas (*software*) distinto de aquellos con los que se utilizan normalmente los contenidos o servicios digitales del mismo

¹¹ TWIGG-FLESNER, Ch., «Conformity...», *cit.*, p. 61.

¹² Considerando 42 de la Directiva (UE) 2019/770.

¹³ Considerando 43, primer inciso, de la Directiva (UE) 2019/770.

tipo¹⁴. El buen funcionamiento podría incluir, por ejemplo, la capacidad de los bienes para intercambiar información con esos otros programas (*software*) o aparatos (*hardware*) y utilizar la información intercambiada¹⁵.

Al igual que en el caso de la calidad, los criterios de la funcionalidad, la compatibilidad y la interoperabilidad pueden formar parte tanto de los requisitos subjetivos como de los objetivos para la conformidad. En el primer caso, las especificaciones que se puedan establecer al respecto en el contrato podrían determinar una funcionalidad, compatibilidad e interoperabilidad que fuesen más allá de lo que pueda ser habitual en el tráfico desde un punto de vista objetivo. Es decir, más lejos que «los fines a los que normalmente se destinan bienes o contenidos o servicios digitales del mismo tipo» a que se refiere el artículo 115 ter, apartado 1, letra a), del TRLCU¹⁶.

La referencia final a las «demás características que se establezcan en el contrato» es una fórmula amplia que permite incluir cualquier otro aspecto de los bienes o de los contenidos o servicios digitales que no son mencionados por el artículo 115 bis del TRLCU.

2.3 Aptos para fines específicos

Deberán ser aptos para los fines específicos para los que el consumidor los necesite y que este haya puesto en conocimiento del empresario como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, y respecto de los cuales el empresario haya expresado su aceptación (artículo 115 bis, letra b), del TRLCU).

Esta regla se inspira en el artículo 35.2, letra b) de la Convención de Viena y ha sido aceptada en la mayoría de las legislaciones. Por consiguiente, el consumidor deberá poner en conocimiento del empresario, como muy tarde en el momento de la celebración del contrato, los fines específicos para los que deban ser aptos los bienes o los contenidos o servicios digitales que pretenda adquirir, «y respecto de los cuales el empresario haya expresado su aceptación». A diferencia de la mayoría de los casos en que se menciona al consumidor, en este supuesto no se trata de la noción del consumidor «medio», sino al contrario de un consumidor «individual» que

¹⁴ Considerando 27, segundo inciso, de la Directiva (UE) 2019/771 y considerando 43, segundo inciso, de la Directiva (UE) 2019/770.

¹⁵ Considerando 27 *in fine* de la Directiva (UE) 2019/771 y considerando 43 *in fine* de la Directiva (UE) 2019/770.

¹⁶ TWIGG-FLESNER, Ch., «Conformity...», *cit.*, p. 62.

pretende conseguir ciertas especificaciones que el empresario, a priori, no puede prever. Por eso se exige su aceptación¹⁷.

Para la aplicación de este criterio se exigen dos requisitos:

a) Que el consumidor ponga en conocimiento del empresario los fines específicos a los que quiera destinar los bienes o los contenidos o servicios digitales, «como muy tarde en el momento de la celebración del contrato».

Con carácter previo, se requiere que el consumidor pretenda utilizar los bienes o los contenidos o servicios digitales para determinados fines específicos, los cuales serán todos aquellos que se aparten de los normales o habituales en los bienes o contenidos o servicios de que se traten¹⁸. Esos fines específicos deberán ser conocidos por el empresario¹⁹, no siendo suficiente el hecho de que puedan haber sido conocidos por el empresario, o hubieran debido haber sido conocido por él de acuerdo con las circunstancias objetivas que precedieron o acompañaron a la celebración del contrato²⁰. Por tanto, el consumidor tendrá que comunicar al empresario los fines específicos para los que deban ser aptos los bienes o los contenidos o servicios digitales. Podrá utilizar el medio que estime más conveniente: una declaración expresa, una declaración tácita, o incluso que su voluntad se manifieste a través de las circunstancias en que se celebró el contrato. Pero el consumidor deberá ponerla en conocimiento del empresario «como muy tarde en el momento de la celebración del contrato». Es preciso que en ese momento el empresario ya tenga conocimiento de los fines específicos requeridos por el consumidor, aunque quizás será frecuente que los tenga antes de esa fecha, en concreto, durante los tratos previos que el empresario y el consumidor hubieran tenido antes de la conclusión del contrato²¹.

¹⁷ STAUDENMAYER, D., «Comentario al art. 7 Directiva (UE) 2019/770» en AA.VV. (ed. SCHULZE, R./STAUDENMAYER, D.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 128.

¹⁸ ORTÍ VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la directiva 1999/44CE*, Comares, Granada, 2002, p. 64.

¹⁹ DE CRISTOFARO, G., *Difetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2000, p. 99.

²⁰ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 116 TRLCU», *cit.*, p. 1695.

²¹ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 116 TRLCU», *cit.*, p. 1696.

b) El empresario debe aceptar los fines específicos a los que quiera destinar el consumidor los bienes o los contenidos o servicios digitales.

Aunque el artículo 115 bis, letra d), del TRLCU dice literalmente que el empresario debe expresar «su aceptación» de los fines especiales especificados por el consumidor, no parece que eso implica la necesidad de emitir una manifestación de voluntad expresa en ese sentido. De lo contrario, se trataría de un pacto expreso entre las partes que haría innecesario acudir a los criterios legales de conformidad²². En consecuencia, parece que será suficiente con un simple acto de aquiescencia del empresario, que podría considerarse cumplido en todos aquellos casos en los que el empresario, de cualquier forma, e incluso mediante actos concluyentes, tome nota de la indicación manifestada por el consumidor²³. Este sería el caso del empresario que hubiera recibido la comunicación del fin específico requerido por el consumidor y no formule ninguna reserva u objeción, procediéndose poco después a la celebración del contrato. De esta forma, recaería sobre el empresario la carga de comunicar al consumidor la inaptitud de los bienes o de los contenidos o servicios digitales para servir a los fines específicos indicados por el consumidor.

A efectos de prueba, el consumidor que pretenda usar este criterio de conformidad tendrá que acreditar que puso en conocimiento del empresario, como muy tarde antes de la celebración del contrato, el fin específico al que pretendía destinar los bienes o los contenidos o servicios digitales. Sin embargo, le bastará con alegar que el empresario admitió ese fin específico, es decir, que no se opuso al mismo. Será entonces el empresario quien tenga que acreditar que no admitió la especificación de consumidor, si quiere evitar la aplicación del criterio legal de conformidad²⁴.

2.4 Accesorios y asistencia

Deberán ser entregados o suministrados junto con todos los accesorios, instrucciones, también en materia de instalación o integración, y asistencia

²² *Ibidem*.

²³ MARCO MOLINA, J., «La garantía legal sobre bienes de consumo en 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», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2002, p. 2309.

²⁴ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 116 TRLCU», *cit.*, p. 1696.

al consumidor en caso de contenidos digitales (artículo 115 bis, letra c) del TRLCU)²⁵.

Resulta obvio que los accesorios e instrucciones pueden referirse tanto a la venta de bienes, incluidos los bienes que incorporen contenidos o servicios digitales o que los tengan interconectados con ellos, como al suministro de contenidos o servicios digitales. En cambio, la asistencia solo tiene sentido en esta última hipótesis, como lo corrobora el hecho de que la letra c) se refiere a la asistencia «en caso de contenidos digitales según disponga el contrato». Se trataría, en este último supuesto, de un contrato de servicios incorporado al contrato principal de suministro de los contenidos o servicios digitales.

Los accesorios se refieren a todos los elementos secundarios tanto respecto de los bienes como de los contenidos o servicios digitales, pudiendo tener impacto en el uso de los bienes y en el uso o acceso de los contenidos o servicios. Pero también podrían tratarse del embalaje o la presentación de unos y otros. Si bien en la mayoría de los casos los contenidos o servicios digitales se suministrarán al consumidor vía online, podría considerarse que en los supuestos de suministro de contenidos digitales sobre soportes materiales (música en CD, película en formato DVD o Blu-ray) el embalaje de dichos soportes tendrá el carácter de «accesorio» de la letra d) del artículo 115 bis del TRLCU a efectos de proteger el contenido digital suministrado²⁶.

Las instrucciones serán las necesarias para el uso de los bienes, incluyéndose asimismo las que se requieran para su instalación, y las que tengan que ver con el uso y el acceso del consumidor a los contenidos digitales. Deberán ser completas, precisas, claras y comprensibles²⁷, resultando indiferente la forma en que se faciliten al consumidor.

La asistencia al consumidor, «en caso de contenidos digitales según disponga el contrato», se explica por la complejidad que puede tener el acceso a los contenidos o servicios digitales para un consumidor medio.

²⁵ Dicho requisito, que procede de lo dispuesto por el artículo 7, letra c), de la Directiva (UE) 2019/770, tiene su origen en el artículo 99(1)(c) del CESL.

²⁶ STAUDENMAYER, D., «Comentario al art. 7 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 129.

²⁷ DE CRISTOFARO, «Diffeto di conformità...», *cit.*, p. 135.

2.5 Actualizaciones

Deberán ser suministrados con actualizaciones o, en el caso de contenidos o servicios digitales, ser actualizados, según se establezca en el contrato en ambos casos (artículo 115 bis, letra d) del TRLCU).

Se incluyen aquí los bienes con elementos digitales incorporados o interconectados con ellos y el suministro de contenidos o servicios digitales. Se parte de que los contenidos o servicios se encuentran en constante desarrollo y que, en consecuencia, los empresarios pueden convenir con los consumidores, en los contratos de venta de bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales, que se ponga a su disposición las actualizaciones para dichos bienes y contenidos o servicios a medida que vayan estando disponibles. La falta de suministro de las actualizaciones que hubieran sido acordadas en los contratos correspondientes deberá ser considerada una falta de conformidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales. Además, las actualizaciones defectuosas o incompletas también deberán ser consideradas faltas de conformidad de los bienes o de los contenidos o servicios, por cuanto ello supondría que dichas actualizaciones no se hubieran realizado de la forma estipulada en el contrato²⁸.

El término «actualizaciones» abarca todas las modificaciones de los contenidos o servicios digitales de acuerdo con lo estipulado en el contrato. Es decir, que el contrato deberá determinar, en primer lugar, si deben suministrarse o no actualizaciones de los contenidos o servicios, y, en segundo lugar, de responderse afirmativamente a la cuestión anterior, las modalidades de dichas actualizaciones (por ejemplo, su grado o nivel, y su frecuencia). En todo caso, si las actualizaciones pactadas por las partes fueran más allá del umbral fijado por el artículo 115 ter, apartado 2, del TRLCU, que se refiere a «las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener la conformidad», no se trataría entonces de una actualización propiamente dicha, sino más bien de una «mejora». El considerando 44 de la Directiva (UE) 2019/770 parece aludir a ello, cuando menciona el suministro de actualizaciones «y características»²⁹.

²⁸ Considerandos 28 de la Directiva (UE) 2019/771 y 44 de la Directiva (UE) 2019/770.

²⁹ STAUDENMAYER, D., «Comentario al art. 7 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 130.

Artículo 115 ter. Requisitos objetivos para la conformidad

1. Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad, los bienes y los contenidos digitales deberán cumplir todos los siguientes requisitos:

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

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

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

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

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

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

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

2. En el caso de contratos de compraventa de bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales, el empresario velará por que se comuniquen y suministren al consumidor o usuario las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener la conformidad, durante cualquiera de los siguientes períodos:

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

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

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

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

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

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

5. No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad en el sentido de lo dispuesto en los apartados 1 o 2 cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor o usuario hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes o de los contenidos o servicios digitales se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en los apartados 1 o 2 y el consumidor o usuario hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia.

6. Salvo que las partes lo hayan acordado de otro modo, los contenidos o servicios digitales se suministrarán de conformidad con la versión más reciente disponible en el momento de la celebración del contrato.

COMENTARIO

Por Javier Lete Achirica

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS REQUISITOS OBJETIVOS PARA LA CONFORMIDAD. 2.1 Ser aptos para un uso normal. 2.2 Corresponder con la muestra o modelo. 2.3 Accesorios, embalaje e instrucciones. 2.4 Cantidad, cualidades y otras características que el consumidor pueda razonablemente esperar. 2.5 Actualizaciones. **III. LAS DECLARACIONES PÚBLICAS REALIZADAS POR EL EMPRESARIO.** 3.1 La responsabilidad del empresario por las declaraciones públicas. 3.2 Excepciones a la responsabilidad del empresario por las declaraciones públicas. **IV. EXCLUSIONES DE LA OBLIGACIÓN DE CONFORMIDAD.** 4.1 La no instalación por el consumidor de las actualizaciones. 4.2 Previa información de que una característica de los bienes o de los contenidos o servicios digitales se aparta de los requisitos objetivos de conformidad. 4.2.1 Requisitos. 4.2.2 Aceptación por el consumidor.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 115 ter del TRLCU es una copia casi literal de los artículos 7 de la Directiva 2019/771 y 8 de la Directiva (UE) 2019/770. No obstante, en la compraventa de bienes este precepto incorpora un nuevo requisito objetivo que no aparecía en el antiguo artículo 116.1 del TRLCU, que es el relativo a la entrega del bien junto con los accesorios, en particular el embalaje, y las instrucciones de instalación o de otro tipo que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir¹. La referencia al embalaje procede de nuevo de lo dispuesto por el artículo 35.1 de la Convención de Viena, según el cual, el vendedor deberá entregar mercaderías «que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato». En su apartado 2 dicho artículo añade que, salvo pacto en contrario, las mercaderías no serán conformes con el contrato a menos «d) que estén envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas».

¹ MARTÍNEZ GÓMEZ, S., «Novedades (en vigor a partir de 01.01.2022) en el régimen de la compraventa de bienes al consumo tras la transposición de la Directiva (UE) 2019/771 mediante el RD-Ley 7/2021 de 27 de abril», CESCO, Publicaciones jurídicas, 20-05-2021, p. 10.

II. LOS REQUISITOS OBJETIVOS PARA LA CONFORMIDAD

Además de cumplir cualesquiera requisitos subjetivos para la conformidad, los bienes y los contenidos o servicios digitales deberán cumplir todos los siguientes requisitos:

2.1 Ser aptos para un uso normal

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

Este requisito reproduce el artículo 35.2, letra a), de la Convención de Viena. Se trata de un criterio que reconoce el artículo 1484 del CC cuando afirma que el vendedor estará obligado al saneamiento por los defectos ocultos que tuviere la cosa vendida, «si la hacen impropia para el uso a que se la destina». Cuando el contrato no haya establecido nada de forma expresa, la utilidad del bien será la que el tráfico asigna normalmente a los objetos del mismo género o tipo². Por tanto, a falta de otros elementos, el criterio del apartado 1 del artículo 115 ter, letra a), del TRLCU refleja lo que puede esperar un consumidor medio en las mismas circunstancias³, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes o de los servicios o contenidos digitales⁴, las condiciones del mercado de que se trate y, además, «cuando sea de aplicación, toda norma vigente, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico

² MORALES MORENO, A. M., «Comentario al art. 1484 CC» en AA.VV. (dir. PAZARES RODRÍGUEZ, C./DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L./BERCOVITZ, R./SALVADOR CODERCH, P.), *Comentario del Código civil, Tomo II*, Ministerio de Justicia, 1991, p. 956.

³ MORALES MORENO, A. M., «Comentario al art. 35 CNUCCIM» en AA.VV. (dir. y coord. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN), *La compraventa internacional de mercancías. Comentario de la Convención de Viena*, Thomson Civitas, Madrid, 1997, p. 300.

⁴ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 116 TRLCU» en AA.VV. (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *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*, 2.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1697.

de la industria del sector»⁵. Al utilizar en plural la palabra «fines» parece evidente que los bienes o los contenidos o servicios digitales deberán ser aptos para todos los fines a que normalmente se destinan los del mismo tipo, y no solo para alguno o algunos de ellos. En caso contrario, se produciría una falta de conformidad⁶.

2.2 Corresponder con la muestra o modelo

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

Este requisito está inspirado en el artículo 35.2, letra c), de la Convención de Viena. En este supuesto se trata de una venta de bienes o de un suministro de contenidos o servicios digitales caracterizados por la especial forma de determinación del género o tipo al que han de pertenecer dichos bienes o contenidos o servicios digitales. El empresario, al presentar al consumidor los bienes como muestra o modelo, o una versión o vista previa de los contenidos o servicios digitales, lo que hace es garantizar que los bienes vendidos presentan las características que se aprecian en la muestra o modelo o que los contenidos o servicios digitales suministrados son conformes con la versión de prueba o vista previa, en ambos casos puestos a disposición por el empresario.

En relación con la conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales, la muestra, o la versión de prueba o vista previa, tienen una doble función, atributiva y excluyente. En su función atributiva, el consumidor tiene derecho a requerir que los bienes que se le entreguen y los contenidos o servicios que se le suministren sean del mismo tipo y calidad que la muestra o la versión de prueba o vista previa manifiesten. No obstante, también pueden tener una función excluyente. Esta sirve para que el comprador conozca los bienes y los contenidos servicios digitales

⁵ STAUDENMAYER, D., «Comentario al art. 8 Directiva (UE) 2019/770» en AA.VV. (ed. SCHULZE, R./STAUDENMAYER, D.), *EU Digital law. Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 137.138.

⁶ TWIGG-FLESNER, Ch., «Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services» en AA.VV. (dirs. ARROYO AMAYUELAS, E./CÁMARA LAPUENTE, S.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 62.

sobre los que contrata, como si estuvieran «a la vista» en el momento de la compra o de la conclusión del contrato de suministro. De esta manera, el consumidor no podrá invocar posteriormente faltas de conformidad de los bienes o de los contenidos o servicios si conoce, o puede conocer a través del examen de la muestra o de la versión de prueba o vista previa, que los bienes o los contenidos o servicios digitales carecen de determinadas características, o adolecen de ciertos defectos⁷. En este sentido, la venta sobre muestra supone ventajas para el empresario en cuanto a la determinación de la conformidad, pues no responderá si existe identidad entre la muestra y el objeto específicamente entregado al consumidor⁸.

En todo caso, que los bienes y los contenidos o servicios digitales deban poseer «la calidad y corresponder con la descripción de la muestra o modelo del bien o ser conformes con la versión de prueba o vista previa del contenido o servicio digital que el empresario hubiese puesto a disposición del consumidor o usuario antes de la celebración del contrato», como requiere expresamente la letra b) del apartado 1 del artículo 119 ter del TRLCU no se refiere a todas las características que pueda descubrir en la muestra o en la versión de prueba o vista previa, sino solo a aquellas con que le empresario pueda contar. En consecuencia, no se le puede imponer que los bienes y los contenidos o servicios digitales deban tener las características inferidas de la muestra o de la versión de prueba o vista previa por el consumidor, que ni hayan podido ser tenidas en cuenta por el empresario. La muestra, o la versión de prueba o vista previa, solo abarca las características directamente perceptibles en ella, así como también las que según el tráfico puedan considerarse propias el tipo de objetos a los que corresponde la muestra o la versión de prueba o vista previa y las que puedan ser conocidas por el empresario. En ningún caso, las que unilateralmente pueda encontrar en la muestra, o en la versión de prueba o vista previa, el consumidor. El hecho de que la presentación de la muestra o modelo, o la versión de prueba o vista previa vayan acompañadas de descripciones hechas por el empresario respecto a determinadas características del bien o de los contenidos o servicios digitales implica que, si esa descripción no es contradictoria con las cualidades que resultan de la muestra o de la versión de prueba o vista previa, será un elemento complementario para caracterizar al objeto del contrato. Si, por el contrario, existe contradicción, no será aplicable la regla de la letra b) del apartado 1 del artículo 115 ter del

⁷ MORALES MORENO, A. M., «Comentario al art. 35 CNUCCIM», *cit.*, p. 303.

⁸ MARÍN LÓPEZ, A. M., «Comentario al art. 116 TRLCU», *cit.*, p. 1694.

TRLCU, y habrá que establecer, por medio de la interpretación del contrato, qué cualidades son exigibles en el bien o en los contenidos o servicios digitales⁹.

La venta sobre muestra presenta particulares problemas de prueba. El primero de ellos tiene que ver con la propia existencia de este tipo de venta de bienes o de suministro de contenidos o servicios digitales. En este caso, la prueba de la existencia de una venta bajo muestra o de la celebración de un contrato de suministro, en este caso previa puesta a disposición de la versión de prueba o vista previa, corresponderá a la parte contratante que la quiera hacer valer en su interés en virtud del principio *onus probandi incumbit actori*. El segundo problema de prueba se refiere a la identidad de la muestra o de la versión de prueba o vista previa. Siempre que no se haya previsto un medio que facilite esa identificación, tal prueba corresponderá a la parte que aporte la muestra, o la justificación de que se le puso a disposición la versión de prueba o vista previa, en su interés¹⁰.

2.3 Accesorios, embalaje e instrucciones

Cuando sea de aplicación, deberá entregarse o suministrarse junto con los accesorios, en particular el embalaje, y las instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir¹¹.

Determinar qué se entiende por accesorios, de los que parecen formar parte el embalaje en el caso de la venta de bienes, tal como se ha redactado la letra b) el apartado 1 del artículo 115 ter el TRLCU, resulta problemático por su falta de concreción. De hecho, ha sido objeto de crítica en las propias Directivas de compraventa de bienes de suministro de contenidos o servicios digitales¹². Tampoco está claro qué sentido tiene vincular esos accesorios a los que el consumidor «pueda razonablemente esperar recibir».

⁹ MORALES MORENO, A. M., «Comentario al art. 35 CNUCCIM», *cit.*, p. 304.

¹⁰ MORALES MORENO, A. M., «Comentario al art. 35 CNUCCIM», *cit.*, p. 311.

¹¹ Los considerandos 24 de la Directiva (UE) 2019/771 y 46 de la Directiva (UE) 2019/770 señalan que el criterio de razonabilidad debe ser objetivamente determinable teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas en las ventas de bienes y la naturaleza de los contenidos o servicios digitales en los contratos de suministro de tales contenidos o servicios.

¹² TWIGG-FLESNER, Ch., «Conformity of Goods...», *cit.*, p. 64.

El requisito del embalaje procede de lo dispuesto por el artículo 35 de la Convención de Viena, cuyo apartado 1 dice que el vendedor deberá entregar mercaderías «que estén envasadas o embaladas en la forma fijada por el contrato». Además, la letra d) del apartado 2 de dicho artículo 35 estipula que las mercaderías, para ser conformes, deberán estar «envasadas o embaladas en la forma habitual para tales mercaderías o, si no existe tal forma, de una forma adecuada para conservarlas y protegerlas». De lo expuesto se infiere que el requisito de la letra c) del apartado 2 del artículo 115 ter del TRLCU, relativo al embalaje, cumple una doble función: función de protección o de conservación, que consiste en proteger los bienes o los bienes con elementos digitales durante el transporte, si este fuera necesario, y función de comercialización. Los criterios legales de interpretación del contrato que utiliza la Convención de Viena para indicar cómo debe ser el embalaje pueden utilizarse también en el ámbito de los consumidores. En primer lugar, se aplicaría el criterio del tráfico (lo habitual para los bienes o los bienes con elementos digitales en el sector de que se trate) y, subsidiariamente, el criterio funcional (lo requerido por la función de conservación y protección de los bienes). Este segundo criterio funcional plantea la cuestión de saber durante qué período de tiempo el embalaje debe asegurar la protección o conservación de los bienes. Parece que, al menos, durante el transporte hasta el lugar en que deba recibirlos el consumidor. En cualquier caso, resulta evidente que, una vez transcurrido el período en que el embalaje debe cumplir su función protectora, y no habiéndose producido ningún daño en los bienes u otro perjuicio al consumidor (por ejemplo, un incremento de precio), el consumidor no podrá reclamar por defectos en el embalaje. La otra función que puede cumplir el embalaje es la relativa a la comercialización de los bienes. Una determinada presentación podría ser necesaria para la comercialización de los bienes por imposición de la normativa del lugar en el que han de ser distribuidos o por establecerlo así los usos del tráfico. Al tratarse de ventas de bienes de consumo no resulta verosímil, a diferencia de otro tipo de contratos, que las partes puedan llegar a pactar nada al respecto¹³.

No parece tener mucho sentido vincular el embalaje, como hace la letra c) del apartado 2 del artículo 115 ter del TRLCU siguiendo fielmente la normativa europea¹⁴, a las expectativas «razonables» del consumidor, al menos si solo se tienen en cuenta las dos funciones ya mencionadas al

¹³ MORALES MORENO, A. M., «Comentario al art. 35 CNUCCIM», *cit.*, pp. 305-306.

¹⁴ Artículo 7.1, letra c) de la Directiva (UE) 2019/771.

respecto (protección o conservación y comercialización). En este contexto, la única opción para dotar de sentido a la relación entre el embalaje y las expectativas que sobre él pudiera tener el consumidor en la venta de bienes implicaría superar las dos funciones típicas que cumple el embalaje en el tráfico de mercancías y extenderlo a otros aspectos, como podrían ser las propias características físicas o materiales del embalaje (si es o no reciclable)¹⁵.

Las instrucciones de los bienes y de los contenidos o servicios digitales son relevantes para configurar la noción objetiva de conformidad y deberán proporcionarse con los bienes y los contenidos o servicios. De no hacerlo de esta manera, ni unos ni otros serán conformes con el contrato. Por otra parte, su importancia se manifiesta asimismo a propósito de la instalación de los bienes y de la instalación de los contenidos o servicio digitales con posterioridad a la celebración del contrato de venta o de suministro. Así, el artículo 115 quater del TRLCU determina que la falta de conformidad que resulte de una instalación incorrecta del bien o una integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales en el entorno digital del consumidor se equipará a la falta de conformidad cuando en el contrato esté que la instalación o la integración la realice el consumidor, haya sido realizada por éste y la instalación o la integración incorrecta «se deba a deficiencias en las instrucciones de instalación o integración proporcionadas por el empresario o, en el caso de bienes con elementos digitales, proporcionadas por el empresario».

Los accesorios, el embalaje y las instrucciones de los bienes y de los contenidos o servicios digitales deberán estar incluidos en el precio a pagar por el consumidor.

2.4 Cantidad, cualidades y otras características que el consumidor pueda razonablemente esperar

Deberán presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad del bien, la accesibilidad y continuidad del contenido o servicio digital y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presenten normalmente los bienes y los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor pueda razona-

¹⁵ TWIGG-FLESNER, Ch., «Conformity of Goods...», *cit.*, p. 64.

blemente esperar, dada la naturaleza de los bienes o de los contenidos o servicios digitales.

Llama la atención la referencia a la «cantidad» en este ámbito de los requisitos objetivos de la conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales, ya que dicho requisito ya está incluido entre los de carácter subjetivo en la letra a) del artículo 115 bis del TRLCU. Su ubicación entre los requisitos subjetivos parece más apropiada al estar directamente vinculada a la voluntad del consumidor, pudiendo ser, además, objeto de una negociación particular con el empresario. No obstante, la parte principal tiene que ver con la circunstancia de que los bienes y los contenidos o servicios «posean las cualidades y otras características» que presentan normalmente los bienes y los contenidos o servicios digitales del mismo tipo, y que el consumidor pueda razonablemente esperar. Se trata de un requisito flexible para poder determinar si los bienes entregados o los servicios o contenidos digitales suministrados cumplen las expectativas «razonables» del consumidor con respecto a sus cualidades y otras características. Esto dependerá de las circunstancias particulares de cada contrato y, asimismo, de una amplia gama de factores que puedan tenerse en cuenta con el fin de averiguarlo¹⁶. De hecho, en este sentido, el artículo 61.2 del TRLCU declara que las prestaciones propias de cada bien o servicio serán exigibles por los consumidores, aun cuando no figuren expresamente en el contrato celebrado, «y deberán tenerse en cuenta en la determinación del principio de conformidad con el contrato».

A título de ejemplo, y sin carácter exhaustivo, se mencionan la durabilidad de los bienes, la accesibilidad y continuidad de los contenidos o servicios digitales y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad que presentan normalmente los bienes y los contenidos o servicios digitales. Por durabilidad de los bienes, la letra i) del apartado 1 del artículo 59 bis del TRLCU entiende su capacidad de mantener sus funciones y rendimiento requeridos en condiciones normales de utilización durante el tiempo que sea razonable en función del tipo de bien. Es un requisito nuevo en el ámbito de la compraventa de bienes de consumo, y que no se aplica a los contenidos o servicios digitales¹⁷. Pretende lograr patrones de consumo más sostenibles que permitan desarrollar lo que se denomina una «economía circular». Como señala el considerando 32 de la Directiva (UE) 2019/771, «debe referirse a la capacidad de los bienes de mantener sus funciones y

rendimiento obligatorios en condiciones normales de utilización. Para que los bienes sean conformes deben poseer la durabilidad que sea habitual en bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar habida cuenta de la naturaleza de los bienes específicos, incluida la posible necesidad de un mantenimiento razonable de los bienes, como la revisión periódica o el cambio de los filtros de un vehículo».

La funcionalidad y compatibilidad son características definidas, respectivamente, en las letras l) y c) del apartado 1 del artículo 59 bis del TRLCU, y ya han sido estudiadas en el comentario de los requisitos subjetivos de conformidad del artículo 115 bis del TRLCU. Aunque no se menciona la característica de la «interoperabilidad», que sí incluye el artículo 59 bis, apartado 1, letra ñ), del TRLCU¹⁸, esto podría explicarse por el hecho de que el legislador español ha seguido el criterio establecido por los artículos 6, letra a), de la Directiva (UE) 2019/771, y 7, letra a), de la Directiva (UE) 2019/770, que solo la incluyen entre los requisitos subjetivos de la conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales. Como el artículo 115 ter, apartado 1, letra d), del TRLCU utiliza la locución «en particular», antes de referirse a las características que a continuación menciona, podría considerarse que la «interoperabilidad» también podría incluirse si la presentan normalmente los bienes y los contenidos o servicios digitales del mismo tipo y el consumidor puede razonablemente esperar dicha característica, dada la naturaleza de los bienes o de los contenidos o servicios digitales.

2.5 Actualizaciones

En los casos de contratos de compraventa de bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales, el empresario velará por que se comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener la conformidad.

Ante todo, hay que destacar que del tenor literal de lo dispuesto por el apartado 2 del artículo 115 ter del TRLCU se desprende que las actualizaciones se deberán proporcionar al consumidor en las ventas de bienes

¹⁶ TWIGG-FLESNER, Ch., «Conformity of Goods...», *cit.*, p. 65.

¹⁷ No aparece en el artículo 8.1, letra b), de la Directiva (UE) 2019/770.

¹⁸ Lo define como «la capacidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales de funcionar con aparatos (hardware) o programas (software) distintos de aquellos con los cuales se utilizan normalmente los bienes o los contenidos o servicios digitales del mismo tipo».

con elementos digitales incorporados y en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales. Las actualizaciones a que se refiere dicho precepto no tienen ningún sentido en las ventas de bienes que no incorporen elementos digitales. Se impone así al empresario el deber de cerciorarse de que se comuniquen y suministren las actualizaciones, «incluidas las relativas a la seguridad», al consumidor, lo que supone que él no está propiamente obligado a informar ni a suministrar dichas actualizaciones. Podría ser un tercero el que debiera hacerlo. También podría ocurrir que el empresario se limitase a enviar un correo electrónico al consumidor, informándole de las actualizaciones necesarias, incluyendo un enlace que le permitiese descargar esas actualizaciones. En la práctica, será más frecuente que el consumidor disponga en el propio contenido o servicio digital de la opción de instalarlas automáticamente, o que se le comunique la disponibilidad de las actualizaciones a través de una notificación efectuada desde el contenido o servicio digital. En cualquier caso, el artículo 115 ter, apartado 2, del TRLCU solo se refiere a las actualizaciones necesarias para que los bienes con elementos digitales y los contenidos o servicios digitales sean conformes. No para que esas actualizaciones pongan a disposición del consumidor nuevas características de los bienes o de los contenidos o servicios que no existían en el momento de la celebración del contrato, o que el propio contrato hubiera previsto¹⁹.

La duración de la obligación de comunicar y suministrar las actualizaciones tendrá lugar a lo largo de cualquiera de los siguientes períodos:

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

Por tanto, las actualizaciones deberán estar disponibles para el consumidor durante el tiempo que «pueda razonablemente esperar», teniendo en cuenta el tipo y la finalidad de los bienes con elementos digitales o de los contenidos o servicios digitales, y también las circunstancias y la naturaleza del contrato. Sin embargo, ese período de tiempo no podrá exceder del límite temporal de los plazos a que se refiere el artículo 120 del TRLCU para exigir la responsabilidad del empresario por las faltas de conformidad de los bienes con elementos digitales y de los contenidos o servicios digitales

que se manifiesten en un plazo de tres años desde la entrega en el caso de los bienes y de dos años desde el suministro de los contenidos o servicios.

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

En estos supuestos la obligación del empresario de proporcionar las actualizaciones al consumidor se extenderá durante el período de tiempo previsto en el momento de la celebración del contrato de suministro de los contenidos o servicios digitales. Cuando el contrato de venta de bienes con elementos digitales prevea un plazo de suministro continuo igual o inferior a tres años, entonces dicha obligación se extenderá durante tres años a partir del momento de la entrega de los bienes.

Como ya se ha indicado, el empresario debe cerciorarse de que se suministren las actualizaciones al consumidor, pero no de que se instalen de manera efectiva. La responsabilidad de realizar la instalación de las actualizaciones recae sobre el consumidor, quien, obviamente, es libre de decidir efectuar o no dicha instalación. Si no lo hace, no podrá esperar que los contenidos o servicios digitales sigan siendo conformes²⁰. Así lo indica el artículo 115 ter, apartado 3, del TRLCU, cuando afirma que el empresario no será responsable de ninguna falta de conformidad causada «únicamente» por la ausencia de la correspondiente actualización, siempre que se cumplan las condiciones que detalla a continuación. Otra cosa es que las faltas de conformidad de los contenidos o servicios digitales no se deba solamente a la no instalación de las correspondientes actualizaciones.

En cualquier caso, según el artículo 115 ter, apartado 6, del TRLCU, «salvo que las partes lo hayan acordado de otro modo, los contenidos o servicios digitales se suministrarán de conformidad con la versión más reciente disponible en el momento de la celebración del contrato».

¹⁹ TWIGG-FLESNER, Ch., «Conformity of Goods...», *cit.*, p. 69.

²⁰ Considerando 47 de la Directiva (UE) 2019/770.

III. LAS DECLARACIONES PÚBLICAS REALIZADAS POR EL EMPRESARIO

3.1 La responsabilidad del empresario por las declaraciones públicas

El inciso final del artículo 115 ter, apartado 1, letra d), del TRLCU contiene otro requisito objetivo para la conformidad de los bienes o de los servicios o contenidos digitales. Para ser conformes deberán presentar la cantidad y poseer las cualidades y otras características que presentan normalmente los bienes y los contenidos o servicios del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar, «teniendo en cuenta cualquier declaración pública realizada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado».

Las declaraciones públicas constituyen así un criterio de conformidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales. En consecuencia, el empresario queda vinculado por las declaraciones públicas sobre características concretas de los bienes vendidos o de los contenidos o servicios suministrados hechas por él mismo, o en su nombre, o por otras personas en fases previas en la cadena de transacciones, incluido el productor o fabricante. Si los bienes o los contenidos o servicios digitales no presentan la calidad y las prestaciones explicitadas en las declaraciones públicas, existirá entonces falta de conformidad, de modo que el consumidor podrá ejercitar contra el empresario los derechos reconocidos en el artículo 117 del TRLCU. Se trata de la denominada «integración del contrato mediante la publicidad», que ya aparecía en el artículo 8.1 de la LGDCU de 1984, y que hoy contiene el artículo 61.2 del TRLCU. Por tanto, la novedad del artículo 115 ter, apartado 1, letra d), del TRLCU no estriba en que el empresario se vea vinculado por las declaraciones que él mismo realizó antes de la conclusión del contrato con el consumidor, sino en otras dos cuestiones. De un parte, ahora se aclara que la vinculación se producirá incluso cuando las declaraciones públicas provengan también de un tercero, por ejemplo, de otra persona en nombre del empresario o del productor o fabricante de los bienes o los contenidos digitales. De otro, se enumeran tres hipótesis en las que esas declaraciones públicas no vincularán al empresario²¹.

Para que el contenido de las declaraciones públicas se integre en el contrato, deberán concurrir los requisitos siguientes:

²¹ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 116 TRLCU», *cit.*, p. 1701.

a) Deberán emitirse unas «declaraciones públicas». Aunque el artículo 115 ter, apartado 1, letra d), del TRLCU no las define, señala que podrán plasmarse, «especialmente», en la publicidad y el etiquetado. Por tanto, habrá que considerar como declaración pública cualquier forma de comunicación, comprensiva de la publicidad o el etiquetado, pero que no excluye cualquier otro modo de comunicación, cualquiera que sea su soporte²². La «publicidad» debe entenderse en los amplios términos previstos por el artículo 2 de la LGP²³, lo que equivale a cualquier forma de comunicación. Por su parte, el «etiquetado», que tampoco define el artículo 115 ter, apartado 1, letra d), del TRLCU, también debe interpretarse en sentido amplio, incluyendo no solo el embalaje exterior, sino también los prospectos o folletos que a menudo acompañan a ciertos bienes²⁴.

b) Las declaraciones públicas fueron hechas «por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor».

c) Solo vincularán al empresario las declaraciones públicas sobre cualidades y «otras características» de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, «en particular respecto de la durabilidad del bien, la accesibilidad y continuidad del contenido o servicio digital y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad». Se trata de publicidad informativa, y no persuasiva, pues solo la publicidad informativa vincula al empresario al tener un contenido suficientemente concreto²⁵.

d) Solo vincularán las declaraciones públicas sobre las cualidades y otras características de los bienes o de los contenidos o servicios digitales «que presentan normalmente» esos bienes o contenidos o servicios. Las declaraciones públicas que se refieran a otros aspectos de la comercialización de unos o de otros (por ejemplo, el precio o las condiciones de pago) no

²² MORALES MORENO, A. M., «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», *Anuario de derecho civil*, 1/1999, p. 269.

²³ «Toda forma de comunicación realizada por una persona física o jurídica, pública o privada, en el ejercicio de una actividad comercial, industrial, artesanal o profesional, con el fin de promover de forma directa o indirecta la contratación de bienes muebles o inmuebles, servicios, derechos y obligaciones».

²⁴ ORTÍ VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002, p. 68 y CASTILLA BAREA, M., *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 129.

²⁵ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 116 TRLCU», *cit.*, p. 1702.

se integrarán en el contrato *ex* artículo 115 ter, apartado 1, letra d), del TRLCU, pues no afectan a la conformidad de los bienes o de los contenidos o servicios²⁶, pero sí por aplicación de lo dispuesto por el artículo 61.2 del TRLCU.

e) Vincularán al empresario declaraciones públicas sobre las cualidades y otras características de los bienes o de los contenidos o servicios digitales que presentan normalmente esos bienes o contenidos o servicios que el consumidor «pueda razonablemente esperar». Se trata de un parámetro de referencia objetivo, y no subjetivo, teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas²⁷.

f) El empresario responderá, aunque actúe de buena fe e ignore que las declaraciones públicas del tercero eran inexactas, pues la integración de la publicidad no requiere la negligencia o la intención de engañar del anunciante²⁸. Tampoco será preciso que el consumidor acredite que tuvo conocimiento de la publicidad y que existió una relación causal entre el mensaje publicitario y el contrato celebrado²⁹.

3.2 Excepciones a la responsabilidad del empresario por las declaraciones públicas

El artículo 115 ter, apartado 1, letra d), del TRLCU señala que el empresario no quedará obligado por las declaraciones públicas, si demuestra alguno de los siguientes hechos:

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

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

²⁶ MORALES MORENO, A. M., «Declaraciones públicas...», *cit.*, p. 274 y CASTILLA BAREA, M., *El nuevo régimen...*, *cit.*, p. 114.

²⁷ Considerando 24 de la Directiva (UE) 2019/771.

²⁸ PASQUAU LIAÑO, M., «Comentario al artículo 8.1 y 2 LGDCU» en AA.VV. (coord. BERCOVITZ, R./SALAS, J.), *Comentarios a la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 166 y 169.

²⁹ CAMACHO PEREIRA, C., *La protección del consumidor frente al mensaje publicitario. Integración de la publicidad en el contrato*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2012, p. 279.

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

Son supuestos alternativos, y no acumulativos. Por tanto, bastará con que concurra alguno de ellos para que el empresario no quede vinculado por las declaraciones públicas. La prueba de la existencia de alguna de estas causas de exoneración de responsabilidad corresponderá al empresario.

a) El empresario no quedará vinculado por las declaraciones públicas, y, por tanto, no responderá de la falta de conformidad, si «desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión».

Este supuesto, cuya inclusión ha sido objeto de crítica³⁰, está sometido a una doble restricción, no recogida expresamente en el precepto: no se aplicará cuando la declaración pública provenga del propio empresario, y tampoco entrará en juego cuando la declaración pública aparezca en el etiquetado de los bienes o de los contenidos digitales si se suministran en un soporte material. Para exonerarse de responsabilidad, el empresario tendrá que probar que desconocía las declaraciones públicas, prueba difícil, por no decir imposible, al tratarse de un hecho negativo. Pero, además, deberá acreditar que no era razonable esperar que conociera las declaraciones. Se parte de la base de que el empresario es un profesional, y, en consecuencia, tiene el deber de conocer las manifestaciones que en torno a él se realizan en el mercado en su nombre, o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor. El cumplimiento de dicho deber tendrá que valorarse en términos objetivos de razonabilidad en el sentido de si, dadas las circunstancias, es razonable o no que se conozcan las declaraciones públicas.

En esta primera excepción, la publicidad realizada en nombre del empresario o por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, se integra en el contrato, de modo que existirá falta de conformidad si el bien entregado o el contenido o servicio digital suministrado no tiene las características anunciadas en la publicidad. No obstante, en este caso, el empresario quedará exonerado de responsabilidad. Pero el consumidor podrá ejercitar sus derechos contra el productor en los términos previstos en el artículo 125 del TRLCU, ya que le resultará imposible dirigirse contra el empresario³¹.

³⁰ CILLERO DE CABO, P., «Consideraciones en torno a la armonización europea en materia de venta y garantías de bienes de consumo y su futura incorporación al ordenamiento jurídico español», *Estudios de consumo*, 2001, p. 153.

³¹ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 116 TRLCU», *cit.*, p. 1704.

b) El empresario no quedará vinculado por las declaraciones públicas si prueba «que, en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo o similar modo en el que había sido realizada».

El fundamento de esta exclusión se basa en el hecho de que la confianza del consumidor merecedora de protección ya no existe, porque la declaración pública que la generó ha sido «corregida» por otra posterior. La declaración podrá hacerla el mismo sujeto que hizo las declaraciones públicas originales (en nombre del empresario, otras personas en fases previas en la cadena de transacciones, incluido el productor) o el propio empresario. Por otro lado, la corrección de la declaración pública deberá realizarse «del mismo o similar modo en el que había sido realizada». Aunque el artículo 115 ter, apartado 1, letra d), del TRLCU dice que deberá llevarse a cabo «en momento de celebración del contrato», parece más razonable exigir que se efectúe antes de esa fecha, pues el período intermedio entre la corrección y la celebración del contrato es necesario para la destrucción de la confianza del consumidor. Sólo excepcionalmente podría admitirse la corrección en el propio contrato. Por ejemplo, cuando se realiza, no en condiciones generales de la contratación, sino en cláusulas negociadas en las que el consumidor acepte expresamente los cambios introducidos respecto a la publicidad. Si existe un verdadero acuerdo «negociado» entre las partes, a él habrá que atenerse. Este es el criterio establecido por el artículo 97.5 del TRLCU en materia de contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil³².

En esta segunda excepción, la publicidad original no se integrará en el contrato, porque ha sido convenientemente corregida. Por tanto, no habrá falta de conformidad.

c) No responderá el empresario cuando demuestre «que la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir el bien o el contenido o servicio digital».

En ocasiones, la influencia de la declaración pública en el consumidor podrá probarse sin gran dificultad. Por ejemplo, si el empresario demuestra que las condiciones del contrato en cuanto al objeto estaban ya determinadas antes de que se produjeran las declaraciones públicas (publicidad)³³. Sin embargo, tal y como está formulada la norma, el empresario también

³² MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 116 TRLCU», *cit.*, p. 1705.

³³ MORALES MORENO, A. M., «Declaraciones públicas...», *cit.*, p. 278.

podrá quedar exonerado si logra probar que una cualidad o característica del bien o del contenido o servicio digital ofrecida en la publicidad no era determinante de la adquisición, de modo que el consumidor habría tomado la misma decisión aun sin haber conocido las declaraciones públicas. En tal caso, el empresario tendría que indagar sobre las motivaciones internas del comprador, y valorar hasta qué punto las declaraciones públicas influyeron en su decisión de adquirir el bien o el contenido o servicio³⁴. Al margen de que la prueba de esa no influencia, entendida en términos subjetivos, sería prácticamente imposible para el empresario, parece más probable que el motivo último para excluir la responsabilidad del empresario tenga que ver con la protección de la confianza del consumidor. No hay ninguna necesidad de proteger al consumidor si se acredita que la publicidad no le generó la confianza de que el bien o el contenido o servicio digital tiene determinadas cualidades o características. Y resulta evidente que no le habrá generado confianza alguna cuando el consumidor, por razones objetivas, no pudo tomar en consideración la publicidad para decidir acerca de la celebración del contrato³⁵.

En esta tercera excepción, el consumidor no tuvo en cuenta la publicidad para celebrar el contrato, por lo que no podía esperar que el bien o el contenido o servicio digital tuviera las características utilizadas en la publicidad. Parece, pues, que la publicidad no se integrará en el contrato. Por eso, no puede afirmarse que exista falta de conformidad, de manera que el consumidor no podrá reclamar al empresario, pero tampoco al productor en virtud del artículo 125 del TRLCU.

IV. EXCLUSIONES DE LA OBLIGACIÓN DE CONFORMIDAD

Durante el período de tiempo que el consumidor pueda razonablemente esperar, el empresario debe facilitarle actualizaciones, en particular, actualizaciones de seguridad, con el fin de mantener la conformidad y seguridad de los contenidos o servicios digitales. Si en lo que respecta a los contenidos o servicios digitales cuya finalidad es limitada en el tiempo, la obligación de facilitar actualizaciones deberá limitarse a ese período de tiempo, para otros tipos de contenidos o servicios, el período durante el cual deben facilitarse actualizaciones al consumidor podría

³⁴ CASTILLA BAREA, M., «El nuevo régimen...», *cit.*, p. 138.

³⁵ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 116 TRLCU», *cit.*, p. 1706.

ser igual al período de responsabilidad por falta de conformidad o ampliarse más allá del mismo, lo cual podría ser el caso, en particular, de las actualizaciones de seguridad. Sin embargo, el consumidor debe seguir siendo libre de decidir instalar o no dichas actualizaciones. Si decidiera no instalarlas, no debería entonces esperar que los contenidos o servicios digitales sigan siendo conformes. En este sentido, el empresario deberá informar al consumidor de que su decisión de no instalar las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad de los contenidos o servicios digitales, incluidas las actualizaciones de seguridad, repercutirá en la responsabilidad del empresario por la conformidad de aquellas características de los contenidos o servicios cuya conformidad deben mantener las correspondientes actualizaciones³⁶.

4.1 La no instalación por el consumidor de las actualizaciones

Según el apartado 3 del artículo 115 ter del TRLCU, en caso de que el consumidor no instale en un plazo razonable las actualizaciones proporcionadas de conformidad con el apartado anterior, el empresario no será responsable de ninguna falta de conformidad causada únicamente por la ausencia de la correspondiente actualización, siempre que se cumplan las siguientes condiciones:

- a) El empresario hubiese informado al consumidor acerca de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias de su no instalación; y
- b) El hecho de que el consumidor no instalase la actualización o no lo hiciese correctamente no se debiera a deficiencias en las instrucciones facilitadas.

En primer lugar, el empresario deberá informar al consumidor de la disponibilidad de la actualización y de las consecuencias que puede acarrearle su no instalación. Como se infiere de la letra a) del artículo 115 ter, apartado 3, del TRLCU, solo se menciona el deber de información, a cargo del empresario, de la «disponibilidad» de la actualización de que se trate y, a continuación, de las posibles consecuencias que tendría para el consumidor su no instalación desde el punto de vista de la conformidad y la seguridad de los contenidos o servicios digitales que se le hubieran suministrado con anterioridad. Nada se dice, como tampoco hace el artículo 8.3 de la Directiva (UE) 2019/770, sobre la extensión

³⁶ Considerando 47 de la Directiva (UE) 2019/770.

del deber de información de la actualización (por ejemplo, detalles técnicos). Este planteamiento llama la atención, si se compara con el artículo 126 del TRLCU, sobre la modificación de los contenidos o servicios digitales, el cual exige que el consumidor sea informado «de forma clara y comprensible acerca de la modificación»³⁷. Por otra parte, al indicarse de forma literal que el empresario debe informar al consumidor «de la disponibilidad de la información», no parece posible que pueda considerarse cumplido dicho deber por el empresario de una forma breve y rápida en el momento de la celebración del contrato de suministro de los contenidos o servicios digitales. Y mucho menos de forma general, refiriéndose a futuras actualizaciones que pudieran aparecer en el mercado. Por tanto, el empresario solo deberá informar al consumidor si hay alguna actualización que pueda afectar a los contenidos o servicios que contrató y en el momento en que esa actualización ya esté o fuera a estar próximamente disponible³⁸. A mi juicio, este razonamiento es el único coherente con lo dispuesto por el artículo 115 ter, apartado 6, del TRLCU, que indica que «salvo que las partes lo hayan acordado de otro modo, los contenidos o servicios digitales se suministrarán de conformidad con la versión más reciente disponible en el momento de la celebración del contrato».

En segundo lugar, si la no instalación o la instalación incorrecta de la actualización se debiera a deficiencias en las instrucciones facilitadas por el empresario, eso implicaría un supuesto de falta de conformidad al amparo de lo dispuesto por el artículo 115 quater, letra b), del TRLCU, a cuyo comentario me remito.

La obligación de información sobre la disponibilidad de la actualización no tiene que ver con la obligación del artículo 115 bis, letra d), del TRLCU. No obstante, las partes podrían incluir en el contrato de suministro de venta de bienes con elementos digitales incorporados o en el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales una cláusula similar a la del artículo 115 ter, apartado 3, letra a), del TRLCU.

³⁷ Artículo 19.1, letra c), de la Directiva (UE) 2019/770.

³⁸ STAUDENMAYER, D., «Comentario al art. 8 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 162.

4.2 Previa información de que una característica de los bienes o de los contenidos o servicios digitales se aparta de los requisitos objetivos de conformidad

El apartado 5 del artículo 115 ter del TRLCU señala que no habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad en el sentido de lo dispuesto en los apartados 1 o 2 cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes o de los contenidos o servicios digitales se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en los apartados 1 o 2 y el consumidor hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia. Se trata de una exención de responsabilidad del empresario que se inspira en lo dispuesto por el artículo 35.3 de la Convención de Viena, según el cual, el vendedor no será responsable «de ninguna falta de conformidad de las mercaderías que el comprador conociera o no hubiera podido ignorar en el momento de la celebración del contrato».

Como dice el considerando 53 de la Directiva (UE) 2019/770, las restricciones del uso por el consumidor de los contenidos o servicios digitales podrían derivarse de las limitaciones impuestas por el titular de los derechos de propiedad intelectual de conformidad con el Derecho en materia de propiedad intelectual. Dichas restricciones pueden derivarse del acuerdo de licencia del usuario final en virtud del cual se suministren al consumidor los contenidos o servicios digitales. Este puede ser el caso cuando, por ejemplo, el acuerdo de licencia de un usuario final prohíba al consumidor utilizar determinadas características relacionadas con la funcionalidad de los contenidos o servicios digitales. Tal restricción podría hacer que los contenidos o servicios digitales incumplan los requisitos objetivos de conformidad, si se refiere a características que suelen encontrarse en contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor puede razonablemente esperar. En tales casos, el consumidor deberá poder exigir las medidas correctoras por falta de conformidad frente al empresario que suministró los contenidos digitales. El empresario solo podrá eludir su responsabilidad si cumple las condiciones que establece el apartado 5 del artículo 115 ter del TRLCU.

4.2.1 Requisitos

El empresario está obligado a informar «de manera específica» al consumidor de que una determinada característica de los bienes o de los conte-

nidos o servicios digitales se aparta de los requisitos objetivos de conformidad. Esto implica que el consumidor debe tener un conocimiento positivo de esa divergencia como consecuencia de la acción informativa desempeñada por el empresario, quien no está obligado a proporcionarle la información en un soporte material. El empresario deberá actuar de forma activa a la hora de suministrar al consumidor la información pertinente sin que resulte imprescindible que el consumidor deba tomar ninguna iniciativa al respecto. El momento en que deberá proporcionarse la información es el de la celebración del contrato. Teniendo en cuenta que el apartado 5 del artículo 115 ter del TRLCU exige que la información se refiera a una «determinada característica» de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, no parece suficiente que el empresario cumpla su obligación de una manera abstracta o general. Más bien, todo lo contrario, ya que deberá señalar de forma concreta la característica afectada de modo que el consumidor pueda tomar una decisión con conocimiento de causa³⁹.

4.2.2 Aceptación por el consumidor

El apartado 5 del artículo 115 ter del TRLCU requiere que el consumidor acepte «de forma expresa y por separado» la divergencia de los bienes o de los contenidos o servicios digitales respecto de los requisitos objetivos de conformidad.

La exigencia de que la aceptación sea expresa implica una conducta activa e inequívoca por parte del consumidor⁴⁰, lo cual excluye una aceptación tácita o por hechos concluyentes. La aceptación «por separado» quiere decir que debe ser una aceptación «separada» de otros acuerdos concluidos con el empresario y que debe referirse de forma exclusiva a la divergencia concreta que afecte a los bienes o a los contenidos o servicios digitales. No se imponen requisitos de forma, así que podrá cumplirse, por ejemplo, marcando una casilla, apretando un botón o activando una función similar cuando se trate de contratos concluidos por un medio de comunicación a distancia⁴¹.

La exclusión de responsabilidad del empresario que supone los dispuestos por el apartado 5 de artículo 115 ter del TRLCU es, más que probable,

³⁹ STAUDENMAYER, D., «Comentario al art. 8 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, pp. 164-165.

⁴⁰ Considerando 49 de la Directiva (UE) 2019/770.

⁴¹ *Ibidem*.

que no haya sido negociada de forma individual entre el empresario y el consumidor, lo que conllevaría la aplicación de la legislación sobre cláusulas abusivas y la correspondiente jurisprudencia nacional y europea.

Artículo 115 quater. Instalación incorrecta de los bienes e integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales

La falta de conformidad que resulte de una instalación incorrecta del bien o integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales en el entorno digital del consumidor o usuario se equipará a la falta de conformidad, cuando se de alguna de las siguientes condiciones:

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

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

COMENTARIO

Por Javier Lete Achirica

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. SUPUESTOS DE FALTA DE CONFORMIDAD.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 115 quater del TRLCU reproduce, incluyendo los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, el texto del antiguo artículo 116.2 del TRLCU, el cual ya contemplaba el supuesto específico de la falta de conformidad por incorrecta instalación del bien, y se corresponde de forma casi literal con lo dispuesto en el artículo 8 de la Directiva 2019/771 y en el artículo 9 de la Directiva 2019/770.

La instalación de un bien en un determinado lugar o la integración de contenidos o servicios digitales no aparecen incluidos en el tenor literal del artículo 114.1 del TRLCU, cuando delimita el ámbito de aplicación objetivo del nuevo régimen jurídico de las garantías y servicios postventa. En efecto, dicho precepto solo se refiere a los contratos de compraventa de bienes existentes o de bienes que hayan de producirse o fabricarse, y a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, sin aludir a la

instalación de bienes ni tampoco a la integración de contenidos o servicios digitales, que serían ejemplos de contratos de obra. Sin embargo, nada más lejos de la realidad. De una parte, el artículo 59 bis del TRLCU, relativo a las definiciones incluidas en el Libro II («Contratos y garantías») del Texto Refundido, indica en su letra f) que el contrato de compraventa o venta es todo contrato, celebrado en el ámbito de una relación de consumo, en virtud del cual el empresario transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes al consumidor, añadiendo en su inciso final que dicho contrato podrá llevar incluida «la prestación de servicios». De otra, el considerando 17 de la Directiva (UE) 2019/771 señala que «una instalación de bienes podría entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva si la instalación forma parte del contrato de compraventa y tiene que ser realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad». Es decir, que el legislador español ha seguido el criterio que insinúa el preámbulo de la Directiva (UE) 2019/771, aunque lo haga de refilón en el mencionado artículo 59 bis del TRLCU. Por consiguiente, la instalación de un bien y la integración de contenidos o servicios digitales que se incluyan en el contrato de compraventa del bien o del suministro de los contenidos o servicios están sometidos al régimen de la conformidad en las condiciones que establece el artículo 115 quater del TRLCU.

Esto implica que el vendedor de bienes existentes (o que hayan de producirse o fabricarse) y el suministrador de contenidos o servicios digitales responden de la instalación o de la integración incorrectas de esos bienes o contenidos o servicios. A diferencia del antiguo artículo 116.3 del TRLCU, que utilizaba de forma indistinta los adjetivos «incorrecto» y «defectuoso», el artículo 115 quater del TRLCU solo menciona el primero, lo cual no plantea problemas de interpretación porque ambos adjetivos son sinónimos¹.

El término «instalación» debe entenderse en un sentido amplio y comprenderá los casos en los que el bien debe ser montado o ensamblado, mediante la combinación de los diversos elementos que lo componen, pero también los supuestos en los que sean necesarias operaciones más o menos complejas de puesta en marcha de un bien que se coloca o que ya está colocado en un determinado lugar (por ejemplo, la puesta en marcha de una caldera situada en una vivienda)². No obstante, no se aplicará

¹ Diccionario Espasa en www.wordreference.com/sinonimos/.

² DE CRISTOFARO, G., *Diffetto di conformità al contratto e diritti del consumatore. L'ordinamento italiano e la direttiva 99/44/CE sulla vendita e le garanzie dei beni di consumo*, Cedam, Padova, 2000, p. 134.

el artículo 115 quater del TRLCU a los casos en los que el empresario (o sus auxiliares) entreguen los bienes o suministren los contenidos o servicios digitales, pero, aun estando obligado, no realice la instalación o la integración necesarias. En sentido estricto, en estos supuestos no se habría producido una instalación o una integración «incorrectas», sino una falta o ausencia de instalación o de integración. Esta hipótesis implicaría que el consumidor no podría ejercitar los derechos del artículo 117 del TRLCU, pero sí exigir el cumplimiento (la instalación del bien o la integración de los contenidos o servicios digitales) o la resolución al amparo de lo dispuesto por los artículos 1101 y 1124 del CC³. Al fin y al cabo, el párrafo 2.º del artículo 59.2 del TRLCU indica que los contratos con consumidores se regirán, en todo lo que no esté expresamente establecido en esta norma o en leyes especiales, «por el derecho común aplicable a los contratos».

II. SUPUESTOS DE FALTA DE CONFORMIDAD

El artículo 115 quater del TRLCU señala que la falta de conformidad que resulte de una instalación incorrecta del bien o de la integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales en el entorno digital del consumidor se equiparará a la falta de conformidad, cuando se de alguna de las siguientes condiciones:

- a) Que la instalación o integración incorrecta haya sido realizada por el empresario o bajo su responsabilidad y, en el supuesto de tratarse de una compraventa de bienes, su instalación esté incluida en el contrato.
- b) Que en el contrato esté previsto que la instalación o la integración la realice el consumidor, haya sido realizada por éste y la instalación o la integración incorrecta se deba a deficiencias en las instrucciones de instalación o integración proporcionadas por el empresario, supuesto este último que se extiende a los bienes con elementos digitales.

La falta de conformidad debe ser consecuencia de la instalación incorrecta del bien o de la integración incorrecta de los contratos o servicios

³ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 116 del TRLCU» en AA.VV., (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentario*, 2.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1707.

digitales en el entorno digital del consumidor⁴. Una relación de causalidad entre falta de conformidad e instalación o integración incorrecta es *conditio sine qua non* para la aplicación de este precepto. Cuestión diferente es que en el ámbito de los contenidos digitales la integración incorrecta pudiera no ser la única causa de falta de conformidad. Este podría ser el caso en que la integración del contenido digital fue incorrecta, pero solo se produjo la falta de conformidad después de una segunda integración de otro contenido digital. Si solo la primera integración fue incorrecta, solo sería responsable el primer empresario. Si también la segunda integración fue incorrecta, responderían todos los empresarios implicados⁵.

El artículo 115 quater del TRLCU contempla dos supuestos de falta de conformidad, que son de carácter alternativo.

a) Hay falta de conformidad cuando la instalación o la integración haya sido realizada por el empresario o bajo su responsabilidad, y la instalación o la integración sea incorrecta. Cuando se trate de una compraventa de bienes, su instalación deberá estar incluida en el contrato. Los elementos que conforman este supuesto de hecho son los siguientes:

1.º Es necesario que en el contrato de compraventa o de obra se haya pactado la instalación del bien. Se trata de una obligación de hacer accesoria a la obligación principal de entregar un bien que sea conforme⁶. La responsabilidad del vendedor en este caso deriva del incumplimiento del contrato, al no cumplir el empresario una de las obligaciones asumidas. Como se puede observar en el tenor literal del artículo 115 ter, letra a), del TRLCU, la instalación de los bienes debe estar «incluida en el contrato», requisito que, sin embargo, no se exige de forma explícita respecto de la integración de los contenidos o servicios digitales en el entorno digital del consumidor⁷. Al margen de que esa ausencia de mención del contrato en materia de contenidos o servicios pudiera deberse a un error del legislador europeo, debe tenerse en cuenta que lo habitual en el suministro de con-

⁴ El artículo 59 bis, apartado 1, letra j), del TRLCU define el entorno digital como «el aparato (hardware), programa (software) y cualquier conexión a la red que el consumidor y usuario utilice para acceder a los contenidos o servicios digitales para hacer uso de ellos».

⁵ STAUDENMAYER, D. «Comentario al art. 9 Directiva (UE) 2019/770» en AA.VV. (ed. SCHULZE, R./STAUDENMAYER, D.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 176.

⁶ DE CRISTOFARO, G., «Difetto di conformità...», *cit.*, p. 134.

⁷ Se sigue así el criterio establecido por el artículo 9, letra a), de la Directiva (UE) 2019/770.

tenidos digitales es que tengan que ser integrados en el entorno digital del consumidor. Esto implica que en la mayoría de los casos dicha integración dependerá de una obligación de hacer, de carácter complementario, que se habría añadido al contrato de suministro de los contenidos o servicios⁸.

2.º El pacto de instalación ha de incluirse en un contrato de compraventa o de obra sometido al ámbito de aplicación de los artículos 114 y sigs. del TRLCU, con la matización indicada respecto de la integración de los contenidos digitales.

3.º La instalación y la integración debe haber sido realizada por el empresario «o bajo su responsabilidad». Dentro de esta última hipótesis se incluyen los casos en que los auxiliares del empresario sean los que lleven a cabo la instalación o la integración, así como también cuando las realice el servicio técnico del fabricante o productor, el cual estaría actuando por cuenta del empresario⁹.

En caso de venta de un bien con elementos digitales debería incluirse asimismo al proveedor de los contenidos o servicios digitales, al menos si así se estableció en el contrato.

4.º La instalación del bien o la integración de los contenidos o servicios digitales ha de ser «incorrecta». Será incorrecta cuando la ejecución de ese hacer en que consista la instalación o la integración se lleve a cabo de manera inexacta, lo que provoque que el bien o los contenidos o servicios no puedan ser utilizados o presenten una calidad y unas prestaciones inferiores a las exigidas, o que el bien haya sufrido algún defecto o deterioro como consecuencia de la operación de instalación o integración, o ambas cosas al mismo tiempo¹⁰. En el caso de la integración de los contenidos o servicios digitales parece claro que habrá que atenerse a un estándar obje-

⁸ STAUDENMAYER, D., «Comentario al art. 9 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 177.

⁹ ORTÍ VALLEJO, A., *Los defectos de la cosa en la compraventa civil y mercantil: el nuevo régimen jurídico de las faltas de conformidad según la Directiva 1999/44/CE*, Comares, Granada, 2002, p. 71, MARCO MOLINA, J., «La garantía legal sobre bienes de consumo en 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 en la venta de bienes de consumo», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2002, p. 2317, nota 147. y CASTILLA BAREA, M., *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 147.

¹⁰ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 116 TRLCU», *cit.*, p. 1708.

tivo, lo cual implicará cumplir los criterios técnicos que al respecto existan en el mercado¹¹.

b) Hay falta de conformidad cuando la instalación o la integración haya sido realizada por el consumidor y resulte incorrecta por deficiencias en las instrucciones de instalación o de integración proporcionadas por el empresario. Es la denominada «regla Ikea». Los elementos que conforman este supuesto de hecho son los siguientes

1.º Es el consumidor quien debe realizar la instalación del bien o la integración de los contenidos o servicios digitales, porque así ha sido previsto en el contrato.

2.º La instalación del bien o la integración de los contenidos o servicios digitales ha sido realizada por el consumidor. Sin embargo, la instalación o la integración podría ser realizada personalmente por el consumidor o por un tercero, incluso por un profesional; siempre que para efectuar la instalación o la integración hubiera seguido las instrucciones del empresario¹². En el caso de venta de un bien con elementos digitales incorporados las instrucciones podrían haber sido proporcionadas por el proveedor de los contenidos o servicios digitales de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 8, letra b), *in fine* de la Directiva (UE) 2019/770, y que el legislador español ha obviado¹³.

3.º La instalación del bien o la integración de los contenidos o servicios digitales debe ser «incorrecta».

4.º Es preciso que la instalación o la integración incorrecta se deba a «deficiencias en las instrucciones de instalación o integración». A diferencia de la legislación anterior, que utilizaba la expresión de «error en las instrucciones de instalación», ahora es el término de «deficiencias» por el que se ha decantado el artículo 115 quater del TRLCU tanto para la instalación de un bien como para la integración de contenidos o servicios digitales, o de bienes con elementos digitales, siguiendo la terminología de los artículos 8 de la Directiva (UE) 2019/771 y 9 de la Directiva (UE) 2019/770. En cualquier caso, según el diccionario de la RAE, deficiencia es todo «defecto» o «imperfección», lo que permite incluir en su ámbito

¹¹ STAUDENMAYER, D., «Comentario al art. 9 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 175.

¹² Podría ser el caso de un amigo o familiar del consumidor.

¹³ FERRER GUARDIOLA, J. A., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», *Revista de derecho civil*, 4/2021, p. 211.

toda circunstancia de las instrucciones que cause la instalación incorrecta del bien o la integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales por parte del consumidor.

El artículo 115 quater del TRLCU, cuando se refiere a los contenidos o servicios digitales, solo alude a las «instrucciones de integración» de dichos contenidos o servicios¹⁴, lo cual permitiría considerar que solo las instrucciones, o parte de ellas, que se refieran específicamente a la integración de los contenidos o servicios digitales entrarían dentro del ámbito de aplicación de dicho precepto. Naturalmente, siempre y cuando esas instrucciones de integración tuviesen alguna deficiencia y esta fuese causa de una integración incorrecta de los contenidos o servicios. Por el contrario, otras instrucciones, o parte de ellas, como manuales operativos, por ejemplo, quedarían fuera de su ámbito. En el caso de ser erróneas o inexactas podrían justificar la falta de conformidad del contenido digital por la vía de lo dispuesto por los artículos 115 bis y 115 ter del TRLCU¹⁵. En todo caso, las deficiencias de las instrucciones pueden deberse a su carácter incompleto, falta de claridad, redacción en una lengua extranjera, omisión de datos esenciales, etc., que las hagan difíciles de utilizar por un consumidor medio¹⁶.

Las instrucciones de instalación o de integración deben ser proporcionadas al consumidor por el empresario. No está claro que deba hacerse responsable de las que pudiera facilitar por su cuenta el fabricante o productor, a salvo los supuestos en que el empresario asuma las instrucciones proporcionadas por terceros a través, por ejemplo, de acuerdos de distribución. Las instrucciones podrán entregarse en cualquier formato, incluido el digital, como un archivo o en una web.

Ya se ha indicado que para que exista falta de conformidad imputable al empresario es preciso que haya una relación de causalidad entre las instrucciones, que poseen «deficiencias», y la instalación incorrecta del bien o la integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales. Por eso, cuando las instrucciones adolezcan de deficiencias solo durante una determinada fase del proceso de instalación o de integración del bien o de los contenidos o servicios digitales, no habrá falta de conformidad si la instalación o la integración se hubieran producido incorrectamente en otra fase

¹⁴ Artículo 9, letra b) de la Directiva (UE) 2019/770.

¹⁵ STAUDENMAYER, D., «Comentario al art. 9 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 178.

¹⁶ Considerando 52 de la Directiva (UE) 2019/770.

posterior, en la que las instrucciones no planteaban ningún problema. Lo mismo sucedería cuando la instalación o integración incorrecta se deba a un mal proceder del consumidor, el cual realizase la instalación o la integración sin consultar siquiera las instrucciones. En estos casos no habría relación de causalidad¹⁷.

Artículo 116. Incompatibilidad de acciones

El ejercicio de las acciones que contempla este título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento previstas en el Código Civil.

En todo caso, el consumidor o usuario tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad.

COMENTARIO

Por Javier Lete Achirica

SUMARIO: I. LA COMPATIBILIDAD CON OTRAS ACCIONES. 1.1 La compatibilidad con las acciones edilicias. 1.2 La compatibilidad con las acciones generales de incumplimiento. **II. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS.**

I. LA COMPATIBILIDAD CON OTRAS ACCIONES

1.1 La compatibilidad con las acciones edilicias

Nuestro ordenamiento contiene un régimen especial para los vicios ocultos en la compraventa en los artículos 1484 y sigs. del CC. Ante la existencia de un vicio oculto, el comprador podrá optar, según el artículo 1486 del CC, entre «desistir» del contrato (acción redhibitoria) u obtener una rebaja proporcional del precio (acción estimatoria o *quantum minoris*). Si el vendedor actuó de mala fe, pues conocía los defectos y lo ocultó, el comprador podrá, además, exigir una indemnización de daños y perjuicios si opta por la acción redhibitoria al amparo del artículo 1486, párr. 2.º, del CC.

El artículo 116, párr. 1.º, del TRLCU establece que «el ejercicio de las acciones que contempla este título será incompatible con el ejercicio de las acciones derivadas del saneamiento previstas en el Código Civil». Por consiguiente, a diferencia del antiguo artículo 117 del TRLCU, ya no solo son incompatibles las acciones derivadas del saneamiento por vicios ocultos, contenidas en los artículos 1484 a 1499 del CC, con los remedios del Título IV del Libro II del Texto Refundido, sino que, además, estos son incompatibles con las acciones derivadas del saneamiento por evicción,

¹⁷ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 116 TRLCU», *cit.*, p. 1709.

recogidas en los artículos 1475 a 1483 del CC. El artículo 116 del TRLCU se refiere, literalmente, a las «acciones derivadas del saneamiento previstas en el Código Civil» sin distinguir entre saneamiento por vicios ocultos y saneamiento por evicción. Este planteamiento se explica por el hecho de que el artículo 117.2 del TRLCU recoge, por primera vez en esta materia, la responsabilidad del empresario por la falta de conformidad jurídica de los bienes vendidos o de los contenidos o servicios digitales suministrados.

1.2 La compatibilidad con las acciones generales de incumplimiento

Nuestro ordenamiento permite, ante el incumplimiento de un contratante, que la parte cumplidora pueda solicitar el cumplimiento o la resolución, con fundamento en el artículo 1124 del CC, pudiendo reclamar, además, si procede, los daños y perjuicios causados por el incumplimiento (artículo 1101 del CC). En este contexto, se podría plantear si en las ventas de bienes de consumo, y en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, el consumidor podría, pedir el cumplimiento o la resolución del contrato con base en el artículo 1124 del CC, en lugar de ejercitar los derechos contemplados en el artículo 117 del TRLCU.

La opinión general es que el consumidor no puede ejercitar las acciones generales del incumplimiento, y que únicamente podrá acudir a los remedios contemplados en el artículo 117 del TRLCU. El sometimiento de la venta de bienes y del suministro de contenidos o servicios digitales al régimen de los artículos 114 y sigs. del TRLCU excluye, por tanto, el recurso a las acciones generales de incumplimiento¹.

II. LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Además de los cuatro derechos atribuidos al consumidor en el artículo 117 del TRLCU (reparación, sustitución, rebaja del precio y resolución), el consumidor dispone de la acción de daños y perjuicios. Así lo establece el artículo 116, párr. 2.º, del TRLCU, al afirmar que, en todo caso, el con-

¹ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 117 TRLCU» en AA.VV. (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, 2.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, (Navarra), p. 1719.

sumidor «tendrá derecho, de acuerdo con la legislación civil y mercantil, a ser indemnizado por los daños y perjuicios derivados de la falta de conformidad». La norma se limita a declarar la compatibilidad con los remedios regulados en el artículo 117 del TRLCU, y a hacer una genérica remisión a la normativa reguladora aplicable. No es, por tanto, que el consumidor tenga «en todo caso» que ser indemnizado, sino que habrá que aplicar el régimen de daños vigente en nuestro ordenamiento y resolver, caso por caso, si procede la indemnización. Interpretada literalmente, la norma es superflua. Nada cambiaría si no existiera. Por una parte, llama la atención la remisión a la «legislación mercantil», pues la venta de bienes de consumo y el suministro de contenidos o servicios digitales son contratos de naturaleza civil, y deben por la normativa civil. El precepto se refiere a la indemnización de los daños «derivados de la falta de conformidad». Al margen del significado que haya de darse a dicha expresión, parece claro que deberán indemnizarse no solo los daños contractuales, sino también los extracontractuales. Por otra parte, aunque el derecho a ser indemnizado se atribuye al consumidor, también podría solicitar daños el empresario, que responde frente al consumidor, contra el tercero causante de la falta de conformidad. No se indica en la norma a quién puede solicitar el consumidor la indemnización de daños y perjuicios. Podrá serlo el vendedor, el productor o incluso un tercero, si es el verdadero causante de los daños o conforme a nuestro derecho debe responder de ellos².

² MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 117 TRLCU», *cit.*, p. 1721.

CAPÍTULO II

Responsabilidad del empresario y derechos del consumidor y usuario

Artículo 117. Responsabilidad del empresario y derechos del consumidor y usuario en caso de falta de conformidad de los bienes, contenidos o servicios digitales. Derechos de terceros

1. El empresario responderá ante el consumidor o usuario de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital, pudiendo el consumidor o usuario, mediante una simple declaración, exigir al empresario la subsanación de dicha falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato. En cualquiera de estos supuestos el consumidor o usuario podrá exigir, además, la indemnización de daños y perjuicios, si procede.

El consumidor o usuario tendrá derecho a suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio del bien o del contenido o servicio digital adquirido hasta que el empresario cumpla con las obligaciones establecidas en el presente título.

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

COMENTARIO

Por Javier Lete Achirica

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO. 2.1 La preexistencia de la falta de conformidad. 2.2 La gravedad de la falta de conformidad. 2.3 La disminución del valor del bien no conforme. III. EL DERECHO A SUSPENDER EL PAGO DEL PRECIO. IV. LA VULNERACIÓN DE DERECHOS DE TERCEROS Y LA FALTA DE CONFORMIDAD. 4.1 Requisitos. 4.2 Efectos. 4.3 Prueba.

I. INTRODUCCIÓN

El párrafo 1.º del artículo 117.1 del TRLCU contiene, aunque sea de forma tácita, el principio general de conformidad de los bienes con el contrato que antes de la reforma operada por el RD-Ley 7/2021 aparecía en el antiguo artículo 114 del TRLCU. En consecuencia, el empresario se obliga a entregar al consumidor bienes y contenidos o servicios digitales que sean conformes con el contrato y a responder de cualquier falta de conformidad que pudiera existir en el momento de la entrega de los bienes y de los contenidos o servicios digitales. A pesar de la dicción literal del artículo 117.1 del TRLCU, el momento en el que deben existir los defectos en los contenidos o servicios digitales es el de su suministro.

Como ya se ha indicado en el comentario al artículo 115 del TRLCU, la noción de conformidad, que ya introdujo en el Derecho europeo la Directiva 1999/4/CE, se ha inspirado en lo dispuesto por el artículo 35 de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías de 1980, que obliga al vendedor a entregar mercaderías cuya cantidad, calidad y tipo, e incluso su envase y embalaje, sean idénticos a los estipulados en el contrato. Se trata de una noción que supera ampliamente el antiguo régimen jurídicos del saneamiento por vicios ocultos del Código civil, permitiendo englobar en ella todo un conjunto de problemas relativos al exacto cumplimiento del contrato de compraventa, a los que se les aplica un sistema articulado de remedios¹. Por consiguiente, la conformidad con el contrato abarca las nociones de defecto, de vicio o de falta de calidad de la cosa vendida, o, más en general, todo supuesto de incumplimiento o inexecución del contrato, distinto de la no entrega del bien objeto de dicho contrato². Es un concepto unitario que pretende describir cualquier

desviación de los bienes respecto de las expectativas del comprador en el contrato de compraventa³, y que ahora se extiende también a los contenidos y servicios digitales.

II. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD DEL EMPRESARIO

La responsabilidad del empresario por las faltas de conformidad de los bienes (o bienes con elementos digitales incorporados) y de los contenidos o servicios digitales es una responsabilidad contractual y objetiva: es contractual, porque encuentra su justificación en la celebración, y posterior incumplimiento, de un contrato concluido entre empresario y consumidor; es objetiva, porque el empresario debe responder con absoluta independencia del comportamiento que hubiera observado a lo largo del *iter* contractual, y sin que tenga relevancia el hecho de que conociese o no la preexistencia de las faltas de conformidad que se manifiesten con posterioridad a la entrega de los bienes o al suministro de los contenidos o servicios digitales⁴. Por consiguiente, según el artículo 117.1 del TRLCU, el empresario está obligado a entregar bienes y a suministrar contenidos o servicios digitales que sean conformes con los respectivos contratos de venta o de suministro; siendo el propio empresario, vendedor o suministrador, quien responda ante el consumidor de las faltas de conformidad que existan en los bienes o en los contenidos o servicios digitales. No obstante, para que el empresario responda frente al consumidor, no basta con que existan faltas de conformidad, sino que es necesario, además, que concurren una serie de requisitos con el fin de poder atribuir al empresario esa responsabilidad. Estos requisitos son de dos tipos: unos tienen que ver con las faltas de conformidad y otros con los plazos en lo que deben manifestarse⁵.

¹ MORALES MORENO, A. M., «Comentario al art. 35 CNUCCIM» en AA.VV. (dir. y coord. DÍEZ-PICAZO, L.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Thomson-Civitas, Madrid, 1997, p. 292.

² MOTA PINTO, P., «Conformidade e garantias na venda de bens de consumo. A Directiva 1999/44/CE e o direito português», *Estudos do direito do consumidor*, Coimbra, 2000, p. 222, GARCÍA RUBIO, M. P., «La transposición de la directiva 1999/44/CE al derecho español. Análisis del proyecto de ley de garantías en la venta de bienes de consumo», *La Ley*, 2003, p. 1532 y MARCO MOLINA, J., «La incorporación de la Directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo por la Ley alemana de modernización del derecho de obligaciones» en AA.VV., *Estudios jurídicos en homenaje al Prof. LUIS DÍEZ-PICAZO, Tomo II, Derecho civil - Derecho de obligaciones*, Thomson-Civitas, Madrid, 2003, p. 2427 y sigs.

³ VAQUER ALOY, A., «El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?», *Anuario de derecho civil*, 1/2011, p. 11.

⁴ CASTILLA BAREA, M., *La nueva regulación europea de la venta de bienes muebles a consumidores. Estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su transposición por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril*, Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 165-166.

⁵ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 114 TRLCU» en AA.VV. (coord.) BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias*

2.1 La preexistencia de la falta de conformidad

El empresario deberá responder ante el consumidor de cualquier falta de conformidad que sufran los bienes vendidos o los contenidos o servicios digitales suministrados. Sin embargo, solo lo hará cuando esa falta de conformidad «exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital», a tenor del artículo 117.1, párr. 1.º, del TRLCU. Esta regla, que ya existía en nuestra regulación anterior desde la transposición de la Directiva 1999/44/CE⁶, procede de lo dispuesto por el artículo 36.1 de la Convención de Viena, si bien en este caso el momento relevante para atribuir la responsabilidad al vendedor por la falta de conformidad no es el de la entrega del bien, sino el de la transmisión del riesgo al comprador⁷. Por otra parte, también en materia de saneamiento por vicios ocultos el artículo 1484 del CC exige la preexistencia del vicio al momento de la conclusión del contrato, aunque el plazo de reclamación no corre hasta el momento de la entrega⁸.

Las faltas de conformidad deben existir ya en el momento de la entrega de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, lo que implica que deben ser anteriores a la entrega o al suministro. Pero eso no quiere decir que las faltas de conformidad tengan que manifestarse antes de la entrega de los bienes o del suministro de los contenidos o servicios digitales. Al contrario, el artículo 120 del TRLCU contiene los plazos en que deben manifestarse las faltas de conformidad desde la entrega de los bienes o del suministro de los contenidos o servicios. Con este planteamiento, se hace responsable al empresario solamente de los defectos originarios, que son los que existían ya en el momento de la entrega o del suministro. El fundamento de esta previsión se vincula directamente a la actividad del empresario, es decir, este solo tendrá que responder de las faltas de conformidad que tengan su origen en un momento en el que los bienes o los contenidos o servicios digitales estaban bajo su control, al no haberlos entregado o suministrado todavía al consumidor. En cambio, ya no responderá de las fal-

(*Real Decreto Legislativo 1/2007*), 2.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), p. 1657.

⁶ Artículo 3.1 de la Directiva 1999/44/CE.

⁷ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 114 TRLCU», *cit.*, p. 1657.

⁸ MORALES MORENO, A. M., «Comentario al art. 1484 CC» en AA.VV. (dir. PAZARES RODRÍGUEZ, C./DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L./BERCOVITZ, R./SALVADOR CODERCH, P.), *Comentario del Código civil, Tomo II*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, p. 957.

tas que aparezcan después de este momento, porque proceden de circunstancias que el vendedor no puede controlar al estar fuera de su ámbito⁹.

Teniendo en cuenta que el artículo 117.1 del TRLCU señala que el empresario deberá responder de cualquier falta de conformidad «que exista en el momento de la entrega del bien, contenido o servicio digital», resulta imprescindible resolver la cuestión de cuándo se considera producida la entrega del bien, contenido o servicio. No obstante, antes debe dejarse claro que el criterio de la entrega como parámetro para evaluar la conformidad de los bienes también se aplicará a aquellos bienes que incorporen contenidos o servicios digitales o que estén interconectados con estos y se suministren en un único acto de suministro. Se trata de abarcar así los bienes propiamente dichos, los bienes con elementos digitales incorporados y los bienes que estén interconectados con contenidos o servicios digitales («internet de las cosas»), siempre que dichos contenidos o servicios se suministren «en un único acto de suministro». Por el contrario, cuando esos contenidos o servicios digitales incorporados a los bienes o interconectados con ellos deban suministrarse de forma continua durante un período de tiempo, el momento pertinente a los efectos de establecer la conformidad de un elemento de dichos contenidos o servicios digitales no debe ser un momento concreto, sino un período de tiempo a partir del momento de la entrega. Por razones de seguridad jurídica, dicho período de tiempo debe ser igual al período durante el cual el vendedor sea responsable de la falta de conformidad¹⁰.

La determinación del significado del término «entrega» no es competencia del Derecho europeo, de manera que debe dejarse a la determinación del Derecho nacional, en particular, en lo que respecta a la cuestión de qué tiene que hacer el vendedor para cumplir su obligación de entrega de los bienes¹¹. En este sentido, el apartado 1 del artículo 66 bis del TRLCU indica que, salvo que las partes acuerden otra cosa, el empresario entregará los bienes mediante la transmisión de su posesión material o control al consumidor, sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de treinta días naturales a partir de la celebración del contrato «y suministrará los contenidos o servicios digitales sin demora indebida» también tras la celebración del contrato.

⁹ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 114 TRLCU», *cit.*, p. 1659.

¹⁰ Considerando 37 de la Directiva 2019 (UE) 2019/771.

¹¹ Considerando 38 de la Directiva (UE) 2019/771.

Pero debe tenerse en cuenta que para el empresario existen varias maneras de suministrar los contenidos o servicios digitales al consumidor, lo cual ha obligado a la Directiva (UE) 2019/770 a establecer algunas normas sobre las modalidades y el momento de cumplir esa obligación de suministro, que es la principal obligación contractual del empresario, poniendo los contenidos o servicios digitales a disposición del consumidor o facilitándole el acceso a ellos. Esto supone que debe considerarse que esos contenidos o servicios están disponibles o accesibles para el consumidor cuando los contenidos o servicios digitales, o cualquier medio adecuado para acceder a ellos o descargarlos, hayan llegado al entorno del consumidor y no sea necesario ningún otro acto del empresario para que el consumidor pueda utilizarlos conforme al contrato. Teniendo en cuenta que el empresario no es, en principio, responsable de los actos u omisiones de un tercero que gestione una instalación física o virtual, por ejemplo, una plataforma electrónica o una instalación de almacenamiento en nube, que el consumidor pudiera haber elegido para recibir o almacenar los contenidos o servicios digitales, debe ser suficiente que el empresario suministre los contenidos o servicios digitales a dicho tercero. No obstante, no puede considerarse que el consumidor haya elegido la instalación física o virtual si está sometida al control del empresario o vinculada contractualmente a él, o cuando el consumidor haya seleccionado dicha instalación física o virtual para recibir los contenidos o servicios digitales pero esa opción era la única ofrecida por el empresario para recibir o acceder al contenido digital o al servicio digital. En este caso, cuando no pueda considerarse que el consumidor hubiera elegido la instalación física o virtual, no se debe considerar que se haya cumplido la obligación del empresario de suministrar el contenido o servicio digital si ese contenido o servicio se suministra a la instalación física o virtual, pero el consumidor no puede recibir o acceder al contenido o servicio digital de conformidad con la Directiva (UE) 2019/770¹².

Según el apartado 1 del artículo 66 bis del TRLCU, la obligación del empresario de suministrar los contenidos o servicios digitales al consumidor se entenderá cumplida cuando:

a) El contenido digital o cualquier medio adecuado para acceder al contenido digital o descargarlo sea puesto a disposición del consumidor o sea accesible para él o para la instalación física o virtual elegida por el consumidor para ese fin.

¹² Considerando 41 de la Directiva (UE) 2019/770.

b) El servicio digital sea accesible para el consumidor o usuario o para la instalación física o virtual elegida por el consumidor a tal fin.

Si el empresario no cumple su obligación de entrega de los bienes (o de los bienes con elementos digitales), el consumidor lo emplazará para que cumpla en un plazo adicional adecuado a las circunstancias. En el caso de que el empresario no cumpla su obligación de suministro, el consumidor podrá solicitar que le sean suministrados los contenidos o servicios digitales sin demora indebida o en un período de tiempo adicional acordado expresamente por las partes. En todos los supuestos, si el empresario continúa sin cumplir con la entrega o suministro, el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato, a tenor del artículo 66 bis, apartado 2, del TRLCU.

2.2 La gravedad de la falta de conformidad

Tradicionalmente, uno de los requisitos exigidos en materia de saneamiento para hacer responder al vendedor por los vicios ocultos de la cosa vendida ha sido siempre la gravedad o magnitud del defecto, entendida como la inutilidad total del objeto del contrato o como una disminución significativa de su utilidad¹³. Esto no sucede en nuestra legislación en materia de garantías en las ventas de bienes consumo, pues el artículo 114.1 del TRLCU indica que el empresario responderá «de cualquier falta de conformidad»¹⁴. Por tanto, el empresario debe responder de todas las faltas de conformidad, aunque sean de escasa importancia. Cualquier discrepancia entre las prestaciones pactadas en el contrato (o implícitamente deducidas del mismo) y las realmente ejecutadas implicarán una falta de conformidad al provocar una insatisfacción, aunque sea parcial, del derecho de crédito que tiene el consumidor. Se aplican de esta forma los principios de identidad e integridad en el pago que rigen nuestro Código Civil¹⁵.

En los supuestos de ventas de bienes de segunda mano, parece evidente que el consumidor no podrá pretender que aquellos tengan las mismas características y cualidades que los bienes nuevos. Precisamente porque son bienes usados, su precio será, normalmente, inferior al de un bien

¹³ MORALES MORENO, A. M., «Comentario al art. 1484 CC», *cit.*, p. 957.

¹⁴ Artículo 10 de la Directiva (UE) 2019/771. En cambio, el artículo 11.1 de la Directiva (UE) 2019/770 indica que «el empresario será responsable por cualquier incumplimiento en el suministro de contenidos o servicios digitales de conformidad con el artículo 5».

¹⁵ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 114 TRLCU», *cit.*, pp. 1660-1661.

nuevo (al margen de obras de arte y antigüedades), lo que explica que el consumidor asume que los bienes tienen deterioros y desperfectos propios de usos anteriores. En consecuencia, el consumidor no podrá reclamar contra el empresario cuando esos deterioros sean de escasa importancia y tengan su origen en los usos previos de los bienes, porque en realidad no existe falta de conformidad¹⁶.

No obstante, aunque el empresario deba responder de cualesquiera faltas de conformidad que presenten los bienes o los contenidos o servicios digitales, esto no quiere decir que la mayor o menor gravedad de las faltas de conformidad no tengan relevancia a la hora de saber qué concretos derechos podrá ejercitar el consumidor al amparo de nuestra legislación de consumo. De hecho, el artículo 118.1 del TRLCU señala que el consumidor podrá elegir entre la reparación o sustitución, «salvo que una de estas dos opciones resultare imposible o que, en comparación con la otra medida correctora, suponga costes desproporcionados para el empresario». Esto supone que el consumidor no podrá solicitar la reparación o la sustitución cuando se trate de una falta de conformidad de poca importancia. Además, el artículo 119 ter, apartado 2, del TRLCU declara que la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea «de escasa importancia», a salvo la matización que a continuación indica en el supuesto de que se hubieran facilitado datos personales. Tampoco podrá obtenerse la reducción del precio que regula el artículo 119 bis del TRLCU cuando la escasa entidad de la falta de conformidad no produzca un menor valor en los bienes o en los contenidos o servicios digitales.

2.3 La disminución del valor del bien no conforme

Nuestra doctrina se ha planteado la cuestión de saber si el consumidor tendría derecho a ejercitar los remedios por faltas de conformidad cuando esas faltas no disminuyen el valor de los bienes, o incluso cuando los aumentan. Si bien es verdad que lo habitual es que la falta de conformidad de un bien provoque una pérdida de su valor en el mercado, podrían existir casos en los que no produjese una minusvaloración del bien. Así sucederá cuando, a pesar de carecer de las características, prestaciones o

¹⁶ CARRASCO PERERA, A./MARÍN LÓPEZ, M. J./AGÜERO ORTIZ, A./GARCÍA MONTORO, L., «Sobre la responsabilidad por falta de conformidad y la garantía comercial en los vehículos de segunda mano», *Revista CESCO de Derecho de Consumo*, 2014, núm. 11, pp. 57 y sigs.

cualidades pactadas o de las que se exigen ordinariamente a bienes de ese tipo, el bien presenta otras cualidades superiores que le puedan dotar de un valor más elevado; o incluso que ese carácter defectuoso del bien pudiera ser lo que le dote de un carácter único, y, en consecuencia, de gran valor. Esto, sin embargo, no parece que pueda ocurrir en materia de bienes con elementos digitales incorporados ni tampoco de suministro de contenidos o servicios digitales. En los casos de bienes que alcancen un valor superior parece que sí existiría falta de conformidad y que el empresario debería responder de ella. Otra cosa muy distinta será que al consumidor le interese entonces ejercitar sus derechos contra el empresario. Pero si el consumidor decidiera dirigirse contra el empresario para que responda por falta de conformidad, el valor del bien puede ser tenido en cuenta con el fin de saber qué concretos remedios tendría derecho a ejercitar. De esta manera, «el valor que tendrían los bienes o los contenidos o servicios digitales si no hubiera existido falta de conformidad» será un elemento para tomar en consideración con el fin de determinar si las medidas necesarias para la puesta en conformidad pueden considerarse desproporcionadas al amparo de lo previsto por el artículo 118.3 del TRLCU. Tampoco el consumidor tendrá derecho a exigir la reducción del precio cuando los bienes o los contenidos o servicios digitales tengan un valor de mercado superior al que tendrían de no existir las faltas de conformidad¹⁷.

III. EL DERECHO A SUSPENDER EL PAGO DEL PRECIO

El artículo 117.1, párr. 2.º, del TRLCU señala que el consumidor tendrá derecho a suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio del bien o del contenido o servicio digital adquirido hasta que el empresario cumpla con las obligaciones establecidas en el presente título. Se reconoce así un nuevo derecho al consumidor, el derecho a suspender el pago del precio, que se añade así a los cuatro remedios por falta de conformidad del bien o de los contenidos o servicios digitales. Este derecho no existía en la Directiva 1999/44/CE ni tampoco en nuestra legislación que la transpuso en su momento. Solo podemos encontrar la admisión de su ejercicio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo en materia de defectos en la cosa vendida. Este derecho a suspender el pago del precio es un medio defensivo, que consiste en oponer como justificación de la falta de pago

¹⁷ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 114 TRLCU», *cit.*, p. 1663.

del precio por parte del consumidor la existencia de una falta de conformidad. El consumidor podrá hacerlo tanto por vía judicial como extrajudicial, según se haya planteado por el empresario la reclamación del pago de la parte pendiente del precio del bien o de los contenidos o servicios digitales. Si la reclamación del precio por el empresario se hace por vía judicial, el consumidor podrá ejercitar este derecho por vía de excepción, más concretamente mediante la «excepción de cumplimiento defectuoso o inadecuado» (*exceptio non rite adimpleti contractus*), que puede oponerse al demandante que cumplió parcial o defectuosamente, siempre que lo mal realizado u omitido tenga la suficiente entidad con relación a lo demás bien ejecutado que el interés del acreedor no quede satisfecho [por todas, STS, Sala Primera, de 15 de marzo de 1979 (Tol 1741153)]¹⁸.

El presupuesto necesario para que el consumidor puede ejercitar su derecho a suspender el pago del precio es que esté pendiente, como mínimo, una parte del pago de ese precio. Teniendo en cuenta que el artículo 117.1, párr. 2.º del TRLCU señala que el derecho del consumidor se refiere a suspender el pago «de cualquier parte pendiente del precio», parece posible imaginar que el consumidor que aún no hubiera pagado ninguna parte del precio pactado podría también hacer uso de este derecho. Así parece reconocerlo el artículo 13.6 de la Directiva (UE) 2019/771, a cuyo tenor, el consumidor tendrá derecho a suspender el pago «de cualquier parte pendiente del precio o de parte del importe». Además, nuestra legislación reconoce el derecho a suspender el pago del precio por el consumidor no solo en la venta de bienes y de bienes con elementos digitales incorporados, sino también en los casos de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales¹⁹. Así se desprende del hecho de que el artículo 117.1, párr. 2.º, del TRLCU alude de forma explícita a cualquier parte pendiente del precio «del bien» o del contenido o servicio digital «adquirido». Esta elevación del nivel de protección del consumidor se justifica por lo dispuesto por el considerando 15 de la Directiva (UE) 2019/770, que indica que los Estados miembros deben tener la libertad de regular los derechos de las partes a suspender el cumplimiento de sus obligaciones o parte de estas hasta que la otra parte las cumpla, por ejemplo, «la libertad de regular si un consumidor, en los casos de falta de conformidad, ha de tener derecho

¹⁸ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 118 TRLCU», *cit.*, p. 1729.

¹⁹ CÁMARA LAPUENTE, S., «Un primer balance de las novedades del RD-Ley 7/2021, de 27 de abril, para la defensa de los consumidores en el suministro de contenidos o servicios digitales. (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», La Ley, núm. 9887, 08/07/2021, p. 18.

a suspender el pago del precio o parte de este hasta que el empresario haya puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad»²⁰.

El artículo 117.1, párr. 2.º, del TRLCU permite al consumidor de bienes o de contenidos o servicios digitales suspender el pago de cualquier parte pendiente del precio del bien o del contenido o servicio «hasta que el empresario cumpla con las obligaciones establecidas en el presente título». De esta manera, parece que el nuevo derecho a suspender el pago del precio es compatible con todos y cada de los cuatro remedios (primarios y subsidiario) de la legislación en materia de garantías. Sin embargo, debido a la difícil compatibilidad de ese nuevo derecho con los remedios consistentes en la reducción del precio y la resolución del contrato, quizás debiera interpretarse lo dispuesto por el precepto mencionado en el sentido de que el derecho a suspender el pago del precio solo debe ser compatible con la reparación y la sustitución de los bienes y con la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales, pudiendo en consecuencia el consumidor suspender el pago del precio hasta que unos u otros, los bienes o los contenidos o servicios, sean puestos en conformidad²¹.

En cuanto a los efectos del ejercicio del derecho a suspender el pago del precio, se suspenderá momentáneamente la obligatoriedad del cumplimiento del contrato a cargo del consumidor hasta que el empresario cumpla con la obligación que le incumbe de puesta en conformidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales. Obviamente, cuando el empresario cumpla, el consumidor perderá su derecho a suspender el pago del precio. En este caso, las consecuencias serán de dos tipos. En primer lugar, los plazos ya vencidos y que no pudieron ser cobrados por el empresario, podrán ser exigidos inmediatamente al consumidor, pero sin intereses de demora al estar justificado el «retraso» en el cumplimiento por su derecho a suspender el pago. En segundo lugar, las obligaciones aplazadas que venzan en el futuro deberán ser cumplidas por el consumidor conforme a lo pactado²².

²⁰ Por el contrario, el artículo 14 de la Directiva (UE) 2019/770, sobre medidas correctoras por falta de conformidad, no reconoce al consumidor que hubiera celebrado un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales el derecho a suspender el pago del precio, que queda a la voluntad de los Estados miembros.

²¹ MARTÍNEZ GÓMEZ, S., «Novedades (en vigor a partir del 01.01.2022) en el régimen de la compraventa de bienes al consumo tras la transposición de la Directiva (UE) 2019/771 mediante el RD-Ley 7/2021 de 27 de abril», CESCO, Publicaciones Jurídicas, p. 12.

²² MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 118 TRLCU», *cit.*, p. 1731.

IV. LA VULNERACIÓN DE DERECHOS DE TERCEROS Y LA FALTA DE CONFORMIDAD

Según el artículo 117.2 del TRLCU, cuando, a consecuencia de una vulneración de derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual, se impida o limite la utilización de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, «el consumidor podrá exigir igualmente, en el supuesto de su falta de conformidad, las medidas correctoras previstas en el apartado anterior, salvo que una ley establezca en esos casos la rescisión o nulidad del contrato»²³. A este precepto se refiere el artículo 115 del TRLCU cuando establece la conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales. Se reconoce de esta manera la responsabilidad del empresario por la falta de conformidad «jurídica» de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, que se añade a la noción ya existente con anterioridad de la conformidad «material»²⁴.

Por consiguiente, en la compraventa de bienes la conformidad debe aplicarse tanto a los vicios materiales como a los vicios jurídicos, ya que las restricciones resultantes de una vulneración de los derechos de terceros, en particular de los derechos de propiedad intelectual o industrial, podrían impedir o limitar la utilización de los bienes con arreglo al contrato. En estos supuestos, el consumidor deberá tener derecho a las medidas correctoras por falta de conformidad previstas en la legislación de garantías, a menos que se disponga la nulidad del contrato o su rescisión²⁵. En lo que respecta al suministro de contenidos o servicios digitales, también los vicios jurídicos constituyen una cuestión de especial importancia para esos contenidos o servicios, que están sujetos a derechos de propiedad intelectual. De hecho, la vulneración de los derechos de terceros podría impedir efectivamente que el consumidor disfrute de los contenidos o servicios digitales o de algunas de sus características, por ejemplo, cuando el consumidor no pueda acceder de ningún modo a los contenidos o servicios, o cuando no pueda acceder lícitamente a ellos. Esto podría deberse a que el tercero obligue debidamente al empresario a dejar de vulnerar esos derechos y dejar de ofrecer los contenidos o servicios digitales en cuestión o que el consumidor no pueda utilizar los contenidos o servicios digitales sin incumplir la ley. En estos casos en que una vulneración de los derechos

²³ Artículo 42 de la Convención de Viena.

²⁴ Así lo establecen los artículos 9 de la Directiva (UE) 2019/771 y 10 de la Directiva (UE) 2019/770.

²⁵ Considerando 35 de la Directiva (UE) 2019/771.

de terceros diese lugar a una restricción que impida o limite el uso de los contenidos o servicios con arreglo a los requisitos subjetivos y objetivos de conformidad, el consumidor deberá también tener derecho a las medidas correctoras por falta de conformidad, a menos que se disponga la nulidad del contrato o su rescisión²⁶.

4.1 Requisitos

El artículo 117.2 del TRLCU solo menciona la vulneración de «derechos de terceros», sin ninguna limitación en cuanto a la naturaleza de esos derechos. Por tanto, podrán ser derechos de naturaleza pública o privada, aunque lo más probable es que tengan este segundo carácter. En este caso, podrán ser de naturaleza personal o real. El único requisito decisivo es que pueda ser invocado por el tercero titular del derecho contra el consumidor, y no solo contra el empresario u otros sujetos vinculados contractualmente con él. Por ejemplo, sería el caso de los derechos relativos a la propiedad intelectual, las patentes, las marcas, el diseño, al derecho moral de autor, al enriquecimiento injustificado, a las prohibiciones de distribución, etc.²⁷

La condición de tercero la ostentará toda persona o entidad ajena al contrato de venta de bienes o de suministro de contenidos o servicios digitales celebrado entre el empresario y el consumidor. Pueden serlo el fabricante o productor de los bienes o de los contenidos, así como también otros titulares de derechos sobre ellos.

El término «vulneración» no permite saber si resulta imprescindible que los derechos de terceros hayan sido infringidos o si basta con que se invoquen contra el consumidor, aunque esa vulneración pudiera considerarse infundada²⁸. Pero esa vulneración debe tener la consecuencia de impedir o limitar «la utilización de los bienes o de los contenidos o servicios digitales». Esto implica que solo se protegerá al consumidor que pueda ver afectadas sus legítimas expectativas de utilización de los bienes o de los contenidos o servicios, si bien dichas expectativas serán diferentes dependiendo del tipo de contrato que se hubiera celebrado. Mientras que en los contratos de venta de bienes el empresario «transmite o se compromete a

²⁶ Considerando 54 de la Directiva (UE) 2019/770.

²⁷ ROSENKRANZ, F., «Comentario al art. 10 Directiva (UE) 2019/770» en AA.VV. (ed. SCHULZE, R./STAUDENMAYER, D.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 189.

²⁸ El criterio restrictivo es el utilizado por el artículo 102(1) del CESL.

transmitir su propiedad», como dice el artículo 59 bis, apartado 1, letra f), del TRLCU, pero este no es el caso en los supuestos de contratos de suministro de contenidos o servicios digitales.

Aunque el artículo 117.2 del TRLCU no establece el momento relevante en que deba producirse la transmisión del riesgo al consumidor relativo a la posible existencia de la vulneración de derechos de terceros, podría aplicarse el criterio establecido por el artículo 120.1 del TRLCU a propósito de la manifestación de la falta de conformidad. En consecuencia, los bienes o los contenidos o servicios digitales que se suministren en un acto único o en una serie de actos individuales deberán estar libres de las restricciones derivadas de derechos de terceros en el momento de la entrega de los bienes o del suministro de los contenidos o servicios. En el caso de contenidos o servicios digitales o de bienes con elementos digitales, cuando el contrato prevea el suministro continuo de contenidos o servicios durante un período de tiempo determinado, durante toda la vigencia del contrato de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 120.2 del TRLCU²⁹.

La responsabilidad del empresario por la vulneración de derechos de terceros es de naturaleza objetiva y, por consiguiente, será responsable frente al consumidor, aunque ignore la existencia de tales derechos. Por ejemplo, en el caso del contrato de suministro de contenidos digitales, porque el titular del derecho de que se trate ha cambiado posteriormente determinadas condiciones incluidas en el contrato de licencia de usuario final (EULA o *End-user licence agreement*)³⁰.

4.2 Efectos

La consecuencia principal es, según el artículo 117.2 del TRLCU, el reconocimiento a favor del consumidor de las medidas correctoras que contempla el apartado 1 del mismo precepto (la subsanación de la falta de conformidad, la reducción del precio o la resolución del contrato). A pesar de que el legislador español, siguiendo literalmente lo dispuesto por los artículos 13.1 de la Directiva (UE) 2019/771 y 14.1 de la Directiva (UE) 2019/770, pone en pie de igualdad los remedios del artículo 117.1 del TRLCU, no parece probable que la puesta en conformidad de los bienes o

²⁹ ROSENKRANZ, F., «Comentario al art. 10 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 195.

³⁰ Es un contrato celebrado entre un desarrollador o proveedor de *software* y el usuario de ese *software*, teniendo en cuenta que el consumidor habitualmente habrá adquirido el *software* de un intermediario, que será el empresario.

de los contenidos o servicios digitales sea fácil de conseguir. Especialmente en el caso de los contenidos o servicios, el empresario se vería obligado a lograr que el tercero titular del derecho vulnerado cumpliera el contrato de suministro acordado entre el empresario y el consumidor. Si no lo consiguiera (por ejemplo, mediante un contrato de licencia), el empresario podría invocar la imposibilidad a que se refiere el artículo 118.3 del TRLCU y el consumidor solo tendría a su favor la reducción del precio y la resolución del contrato de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 119, letra a), del TRLCU³¹.

Sin embargo, el artículo 117.2 *in fine* del TRLCU permite dejar de lado las medidas correctoras del artículo 117.1 del TRLCU en caso de vulneración de los derechos de terceros, cuando «una ley establezca en esos casos la rescisión o la nulidad del contrato». Naturalmente, se refiere a la rescisión o la nulidad del contrato de compraventa de bienes o del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales³².

4.3 Prueba

El artículo 117.2 del TRLCU no establece ninguna regla especial respecto de la carga de la prueba, así que será el consumidor quien deberá probar tanto el hecho de que se le impide o limita la utilización de los bienes o de los contenidos o servicios digitales como la existencia y vulneración de los derechos de terceros en aplicación de las reglas generales en materia de prueba³³. En definitiva, deberá acreditar que concurren todos los requisitos del artículo 117.2 del TRLCU para poder pedir las medidas correctoras que contempla su apartado 1.

³¹ ROSENKRANZ, F., «Comentario al art. 10 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 196.

³² Artículos 9 de la Directiva (UE) 2019/771 y 10 de la Directiva (UE) 2019/770.

³³ *Onus probandi incumbit actori*.

Artículo 118. Régimen jurídico de la puesta en conformidad

1. Si el bien no fuera conforme con el contrato, para ponerlo en conformidad, el consumidor o usuario tendrá derecho a elegir entre la reparación o la sustitución, salvo que una de estas dos opciones resultare imposible o que, en comparación con la otra medida correctora, suponga costes desproporcionados para el empresario, teniendo en cuenta todas las circunstancias y, entre ellas las recogidas en el apartado 3 de este artículo, así como si la medida correctora alternativa se podría proporcionar sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario.

2. Si los contenidos o servicios digitales no fueran conformes con el contrato, el consumidor o usuario tendrá derecho a exigir que sean puestos en conformidad.

3. El empresario podrá negarse a poner los bienes o los contenidos o servicios digitales en conformidad cuando resulte imposible o suponga costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y entre ellas:

a) El valor que tendrían los bienes o los contenidos o servicios digitales si no hubiera existido falta de conformidad.

b). La relevancia de la falta de conformidad.

4. Las medidas correctoras para la puesta en conformidad se ajustarán a las siguientes reglas:

a) Serán gratuitas para el consumidor o usuario. Dicha gratuidad comprenderá los gastos necesarios en que se incurra para que los bienes sean puestos en conformidad, especialmente los gastos de envío, transporte, mano de obra o materiales.

b) Deberán llevarse a cabo en un plazo razonable a partir del momento en que el empresario haya sido informado por el consumidor o usuario de la falta de conformidad.

c) Deberán realizarse sin mayores inconvenientes para el consumidor o usuario, habida cuenta de la naturaleza de los bienes o de los contenidos o servicios digitales y de la finalidad que tuvieran para el consumidor o usuario.

5. Cuando proceda la reparación o la sustitución del bien, el consumidor o usuario pondrá a disposición del empresario y este, en su caso, recuperará el bien sustituido a sus expensas de la forma que menos inconvenientes genere para el consumidor o usuario dependiendo del tipo de bien.

6. Cuando una reparación requiera la retirada de bienes que hayan sido instalados de forma coherente con su naturaleza y finalidad antes de manifestarse

la falta de conformidad o, cuando se sustituyan, la obligación de repararlos o sustituirlos incluirá la retirada de los no conformes y la instalación de los bienes sustituidos o reparados, o la asunción de los costes de dicha retirada e instalación por cuenta del empresario.

7. El consumidor o usuario no será responsable de ningún pago por el uso normal de los bienes sustituidos durante el período previo a su sustitución.

COMENTARIO

Por Javier Lete Achirica

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA ELECCIÓN ENTRE REPARACIÓN Y SUSTITUCIÓN. 2.1 El titular del derecho de elección. 2.2 La comunicación de la elección y sus efectos. **III. LOS LÍMITES DE LA REPARACIÓN Y LA SUSTITUCIÓN.** 3.1 La imposibilidad. 3.2 La desproporción. **IV. REGLAS COMUNES A LA REPARACIÓN Y LA SUSTITUCIÓN.** 4.1 Gratuidad. 4.2 Tiempo. 4.3 Modo. **V. OTRAS REGLAS.** 5.1 Puesta disposición del bien y su recuperación. 5.2 Retirada del bien para repararlo o sustituirlo.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 118 del TRLCU regula el régimen jurídico de la puesta en conformidad de los bienes y de los contenidos o servicios digitales en lo que se refiere a los remedios de reparación y sustitución de los bienes y al remedio de puesta en conformidad de los contenidos o servicios. En este sentido, contiene reglas que antes aparecían en los antiguos artículos 119 y 120 del TRLCU. Como puede apreciarse por la terminología utilizada, cuando se trate de contenidos o servicios digitales, los remedios de reparación y sustitución se «engloban» en el más general de «puesta en conformidad» (artículo 118, apartado 2 y 3, del TRLCU).

II. LA ELECCIÓN ENTRE REPARACIÓN Y SUSTITUCIÓN

2.1 El titular del derecho de elección

La posibilidad de elegir entre la reparación o la sustitución para poner el bien en conformidad corresponde al consumidor. Así lo indica el artículo 118.1 del TRLCU, a cuyo tenor el consumidor «tendrá derecho a elegir

ente la reparación o la sustitución»¹. También es el consumidor que haya celebrado el contrato de compraventa de bienes con elementos digitales incorporados o el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, que no fueran conformes con el contrato, el que «tendrá derecho a exigir que sean puestos en conformidad» en virtud del artículo 118.2 del TRLCU.

Sin embargo, la opción del consumidor no es totalmente libre, porque en el caso de la venta de bienes el artículo 118.1 del TRLCU excluye la reparación o la sustitución cuando una de ellas resulte imposible y, asimismo, cuando, en comparación con la otra medida correctora, no suponga «costes desproporcionados para el empresario», de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 118.3 del TRLCU. Del mismo modo, cuando se trate de la venta de bienes con elementos digitales o del suministro de contenidos o servicios digitales, el empresario también podrá negarse a ponerlos en conformidad cuando resulte imposible o le suponga costes desproporcionados en los términos que explicita el mencionado artículo 118.3 del TRLCU. Esto no significa que, en última instancia, la elección de la forma de puesta en conformidad corresponda al empresario, sino que la elección, que incumbe al consumidor, está sujeta a dos límites: la imposibilidad objetiva y la desproporción².

El hecho de que sea el consumidor quien deba elegir entre la reparación o la sustitución de los bienes o la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales, no impide que el empresario pueda intentar influir en su decisión. En este sentido, el empresario podrá hacer una propuesta en cualquier momento, de modo que el remedio por él ofrecido puede ser cualquiera de los mencionados en el artículo 118 del TRLCU. Naturalmente, esa propuesta no tiene por qué ser aceptada necesariamente por el consumidor, que podrá atenerse a su propia decisión³.

¹ El considerando 48 de la Directiva (UE) 2019/771 indica que «por lo que respecta a poner los bienes en conformidad, el consumidor debe poder elegir entre la reparación o la sustitución. Permitir que los consumidores pidan la reparación fomentaría el consumo sostenible y podría contribuir a una mayor durabilidad de los productos».

² MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 119 TRLCU» en AA.VV. (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *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)*, 2.ª ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1738.

³ *Ibidem*.



2.2 La comunicación de la elección y sus efectos

A diferencia del antiguo artículo 119.1 del TRLCU, que establecía la obligación del consumidor de comunicar al vendedor la opción elegida (reparación o sustitución) para poner en conformidad el bien, el artículo 118 del TRLCU guarda silencio al respecto⁴. Esto no quiere decir que el consumidor no deba «comunicar» al empresario su voluntad de elegir cualquiera de los remedios que contempla el artículo 118 del TRLCU para que se pongan en conformidad los bienes (o los bienes con elementos digitales) o los contenidos o servicios digitales. Si el consumidor tiene derecho a elegir entre diferentes remedios, parece obvio que estará obligado a poner en conocimiento del empresario el remedio concreto por el que se haya decantado. De hecho, el artículo 117.1 del TRLCU, cuando reconoce el derecho del consumidor a exigir al empresario la subsanación de la falta de conformidad, o incluso la reducción del precio o la resolución del contrato, permite al consumidor hacerlo «mediante una simple declaración». Además, el artículo 118.4 del TRLCU, al indicar que las medidas correctoras para la puesta en conformidad deberán llevarse a cabo en un plazo razonable, señala a continuación que el *dies a quo* de dicho plazo razonable se computará a partir del momento en que el empresario «haya sido informado» por el consumidor de la falta de conformidad. Por tanto, el consumidor tendrá que emitir una declaración de voluntad dirigida a la otra parte en la que indique al empresario qué remedio prefiere⁵, y esa declaración deberá hacerse (y comunicarse) dentro del plazo de prescripción que establece el artículo 124 del TRLCU. Si la denuncia de la falta de conformidad no se hubiera producido antes, esa comunicación también servirá como mecanismo de denuncia de la falta de conformidad⁶.

Al no indicarse nada en contrario en nuestra nueva legislación sobre garantías, el principio de libertad de forma debe regir en esta materia, lo que implica que sería válida una comunicación realizada en forma oral por parte del consumidor. Cuestión distinta es que esta no sea la mejor opción para que el consumidor pueda dejar constancia de su voluntad con

el fin de poder acreditar después su realización. Se entenderá realizada la comunicación desde que el empresario la conozca o no pueda ignorarla sin faltar al principio de buena fe, conforme a lo dispuesto por el artículo 1262, párr. 2.º, del CC⁷.

Evidentemente, desde el momento en que se realice la comunicación por parte del consumidor ambas partes habrán de atenerse a ella⁸, quedando vinculadas a la opción elegida por el consumidor hasta que quede constancia que esa opción no ha conseguido poner en conformidad los bienes o los contenidos o servicios digitales. Esto podría ocurrir cuando aparezca cualquier falta de conformidad «después del intento del empresario de poner los bienes o los contenidos o servicios digitales en conformidad» (artículo 119, letra d) del TRLCU), cuando el empresario no haya llevado a cabo la reparación o la sustitución de los bienes en un plazo razonable (artículo 119, letra b), del TRLCU) y cuando el empresario no haya puesto los contenidos o servicios digitales en conformidad de acuerdo con las reglas recogidas en el apartado 4 del artículo 118 (artículo 119, letra c), del TRLCU).

III. LOS LÍMITES DE LA REPARACIÓN Y LA SUSTITUCIÓN

El artículo 118.3 del TRLCU dice que el empresario podrá negarse a poner los bienes o los contenidos o servicios digitales en conformidad cuando resulte imposible o suponga costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y entre ellas: a) el valor que tendrían los bienes o los contenidos o servicios digitales si no hubiera existido falta de conformidad y b) la relevancia de la falta de conformidad.

3.1 La imposibilidad

El artículo 118.3 del TRLCU establece como primer límite a la obligación del empresario de poner los bienes o los contenidos o servicios digitales en conformidad «cuando resulte imposible».

⁴ Por el contrario, el artículo 119 ter del TRLCU señala que el consumidor ejercerá su derecho a resolver el contrato «mediante una declaración expresa al empresario indicando su voluntad de resolver el contrato».

⁵ Según el considerando 50 de la Directiva (UE) 2019/771, «cuando se manifieste una falta de conformidad, el consumidor debe informar al respecto al vendedor para darle la oportunidad de restablecer la conformidad del bien».

⁶ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 119 TRLCU», *cit.*, pp. 1738-1739.

⁷ AVILÉS GARCÍA, J., *Los contratos de compraventa de bienes de consumo. Problemas, propuestas y perspectivas de la venta y garantías en la Directiva 1999/44/CE y la Ley 23/2003*, Comares, Granada, 2006, p. 339.

⁸ Así lo indicaba literalmente el antiguo artículo 119.1 del TRLCU.

Puede tratarse de una imposibilidad fáctica o legal, tanto respecto de los bienes (o bienes con elementos digitales) como de los contenidos o servicios digitales. Así puede inferirse del considerando 48 de la Directiva (UE) 2019/771, que señala que la elección del consumidor entre la reparación y la sustitución solo debe limitarse cuando la opción elegida «resulte jurídica o materialmente imposible», y del considerando 65 de la Directiva (UE) 2019/770, que se refiere a la circunstancia de que la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales «resulte jurídica o prácticamente imposible». En cualquier caso, el considerando 49 de la Directiva (UE) 2019/771 indica que «el vendedor debe poder negarse a poner los bienes en conformidad si tanto la reparación como la sustitución resultan imposibles (...). El mismo principio debe aplicarse si la reparación o la sustitución resultara imposible».

A diferencia del antiguo artículo 119.1 del TRLCU, que se refería a una imposibilidad «objetiva», la regulación actual, apegada a la normativa europea⁹, solo habla de imposibilidad. No parece que esto suponga un problema, porque la Directiva 1999/44/CE, que igualmente solo utilizaba el término «imposibilidad», ya fue interpretada en el sentido de considerar que la imposibilidad debe revestir un carácter objetivo¹⁰. Lo relevante es que la puesta en conformidad no pueda llevarse a cabo, valorándose esta posibilidad en términos objetivos, y no en relación con el empresario con quien contrató el consumidor. Por tanto, no se trata de que ese concreto empresario no pueda reparar o sustituir, sino que la reparación o la sustitución no sea objetivamente posible¹¹.

La carga de la prueba de acreditar que la reparación o la sustitución solicitada por el consumidor es imposible recae sobre el empresario.

⁹ Artículos 13.2 de la Directiva (UE) 2019/771 y 14.2 de la Directiva (UE) 2019/770.

¹⁰ BIANCA, M. «Comentario al art. 3 Directiva 1999/44/CE» en AA. VV. (dir. BIANCA, M. C./GRUNDMANN, S./STIJNS, S.), *La Directive communautaire sur la vente. Commentaire*, Bruylant/LGDJ, Bruxelles/Paris, 2004, p. 193.

¹¹ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 119 TRLCU», *cit.*, p. 1740 y GSELL, B., «Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770» en AA. VV. (SCHULZE, R./STAUDENMAYER, D.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 252.

3.2 La desproporción

Según el artículo 118.3 del TRLCU, el empresario podrá negarse a poner los bienes o los contenidos o servicios digitales en conformidad cuando esa conducta le suponga costes desproporcionados, teniendo en cuenta todas las circunstancias, y entre ellas: a) el valor que tendrían los bienes o los contenidos o servicios digitales si no hubiera existido falta de conformidad y b) la relevancia de la falta de conformidad. El vendedor debe poder negarse a poner los bienes en conformidad en el caso de que tanto la reparación como la sustitución le supongan unos costes desproporcionados. El mismo principio deberá aplicarse cuando la reparación o la sustitución resulten imposibles y la medida correctora alternativa imponga al empresario unos costes desproporcionados. Por ejemplo, cuando los bienes se encuentren en un lugar distinto a aquel en el que fueron entregados inicialmente, los costes de franqueo y transporte podrían ser desproporcionados para el vendedor¹². La exclusión de la reparación o la sustitución que resulten desproporcionadas se justifica por la búsqueda del equilibrio de los contratantes¹³.

Una cuestión discutida en este ámbito ha sido la relativa a si la desproporción solo puede apreciarse en comparación con la otra forma primaria de saneamiento (desproporción relativa) o, por el contrario, si puede juzgarse en sí misma sin compararla con la otra medida correctora alternativa (desproporción absoluta). La jurisprudencia europea se ha manifestado en favor de la primera postura [STJCE de 15 de junio de 2011, asuntos acumulados C-65/09 y C-87/09, caso *Gebr. Weber y Putz*, ECLI:EU:C:2011:396 (*Tol 2191857*), apdo. 68 y STJUE de 23 de mayo de 2019, asunto C-52/18, caso *Füllä*, ECLI:EU:C:2019:447 (*Tol 7227655*), apdo. 35]. En consecuencia, en el supuesto de que resulte posible solo una de las dos formas de saneamiento, «el vendedor no podrá negarse a la única forma de saneamiento que permita poner el bien en conformidad con el contrato» (Sentencia *Gebr. Weber y Putz*, apdo. 71). Este criterio debe aplicarse a la venta de bienes, pero no a la venta de bienes con elementos digitales incorporados ni al suministro de contenidos o servicios digitales, ya que en estos casos la desproporción debe valorarse en sí misma sin compararla con la otra medida correctora alternativa (desproporción absoluta). Así se infiere de la

¹² Considerando 49 de la Directiva (UE) 2019/771.

¹³ FUENTESECA DEGENEFEE, C., *La venta de bienes de consumo y su incidencia sobre la legislación española*, La Ley, Madrid, 2007, pp. 270 y 284.

diferencia entre el contenido del artículo 118.1 del TRLCU¹⁴ y del artículo 118.3 del TRLCU¹⁵. También ha sido objeto de discusión la forma en que debe valorarse la desproporción. Más concretamente, si hay que tener en cuenta solo la forma de saneamiento solicitada por el consumidor y el otro remedio primario, o si ha de valorarse considerando también el coste que para el vendedor pueda tener la ejecución de los remedios subsidiarios (reducción del precio y resolución del contrato. La jurisprudencia europea se ha decantado por la primera opción (Sentencia *Gebr. Weber y Putz*, apdo. 72). En cualquier caso, la desproporción solo podrá ser alegada por el vendedor para no ejecutar alguno de los remedios primarios, pero no los subsidiarios. No queda claro, sin embargo, si también podrá alegar desproporción para no ejecutar ninguno de los dos remedios primarios, por ser ambos irrazonablemente costosos para el vendedor¹⁶.

En relación con la prueba, es el empresario quien tiene la carga de acreditar que esa forma de saneamiento (reparación o sustitución) es desproporcionada.

IV. REGLAS COMUNES A LA REPARACIÓN Y LA SUSTITUCIÓN

El artículo 118.4 del TRLCU contiene las reglas comunes a que deben atenerse las medidas correctoras para la puesta en conformidad mediante la reparación y la sustitución. Deberán ser gratuitas, llevarse a cabo en un plazo razonable y realizarse sin mayores inconvenientes para el consumidor. Esta triple obligación es expresión de la voluntad del legislador de la Unión Europea de garantizar a los consumidores una protección efectiva (Sentencia *Gebr. Weber y Putz*, apdo. 52 y Sentencia *Füllä*, apdo. 32).

4.1 Gratuidad

La reparación y la sustitución serán gratuitas para el consumidor, lo que excluye toda pretensión económica por parte del empresario (Sentencia *Füllä*, apdo. 34). Dicha gratuidad comprenderá los gastos necesarios en

que se incurra para que los bienes o los contenidos o servicios digitales sean puestos en conformidad, «especialmente los gastos de envío, transporte, mano de obra o materiales».

Los gastos necesarios son los costes derivados de la puesta en conformidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, sea cual fuere su cuantía. Esta regla tiene pleno sentido desde la perspectiva de lograr una efectiva protección del consumidor. Si este tiene derecho a recibir bienes o contenidos o servicios digitales que sean conformes, y el empresario debe responder de las faltas de conformidad que pudieran existir, la carga de soportar el coste económico del correcto cumplimiento del contrato debe recaer sobre el empresario. El artículo 118.4, letra a), del TRLCU menciona, a título de ejemplo, los gastos más habituales que en este ámbito pueden producirse: los gastos de envío, transporte, mano de obra o materiales. La enumeración es simplemente ejemplificativa, y no exhaustiva. Así lo ha declarado la jurisprudencia europea al interpretar el adverbio «especialmente» en la Directiva 1999/44/CE [STJCE de 17 de abril de 2008, asunto C-404/06, caso *Quelle*, ECLI:EU:C:2008:231 (*Tol 1279389*), apdo. 31]. Por consiguiente, cualesquiera otros gastos (gastos adicionales) que se ocasionen y que puedan ser necesario para subsanar la falta de conformidad no tendrán que ser abonados por el consumidor. Este sería el caso en que el consumidor que instaló los bienes comprados solicitase la sustitución de dichos bienes. En esta hipótesis, el vendedor está obligado a retirar el bien no conforme y a instalar el bien en sustitución, o a cargar con los gastos necesarios para esa retirada e instalación pues «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» (Sentencia *Gebr. Weber y Putz*, apdo. 57).

Para determinados bienes suele ser habitual que la reparación no la realice directamente el empresario-vendedor, sino un tercero (servicio de asistencia técnica propio, o servicio técnico ajeno, al que normalmente es remitido el consumidor por el vendedor). Si dicho tercero, efectuada la reparación, pretende cobrar determinadas cantidades al consumidor por la reparación, la gratuidad de la reparación en favor del consumidor que impone el artículo 118.4, letra a), del TRLCU implica que el consumidor no deberá asumir esos gastos.

Sin embargo, se ha destacado con acierto que gratuidad de la reparación o de la sustitución no significa indemnidad económica del consumidor. Aunque el artículo 118.4, letra a), del TRLCU exige que la puesta en conformidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales no suponga coste alguno para el consumidor, sería posible que en ocasiones

¹⁴ Artículo 13.2 de la Directiva (UE) 2019/771.

¹⁵ Artículo 14.2 de la Directiva (UE) 2019/770.

¹⁶ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 119 TRLCU», *cit.*, p. 1743.

este tenga que soportar otros costes para poder utilizar el bien adquirido, que ya es conforme. Por ejemplo, si obtiene la sustitución de un vehículo, el nuevo ha de ser matriculado, por lo que el abono del impuesto de matriculación de vehículos nuevos correrá a cargo del consumidor. También podría suceder que la falta de conformidad le cause otro tipo de gastos, como podrían ser los relativos al alquiler de otro vehículo que el consumidor se viera obligado a contratar para poder llegar a su lugar de destino. Esos gastos no se incluyen en la «gratuidad» del artículo 118.4, letra a) del TRLCU, ya que no proceden de actividades necesarias para subsanar la falta de conformidad. Son daños causados al consumidor, que podrá exigir su indemnización mediante la acción de daños y perjuicios «derivados de la falta de conformidad», en los términos previstos en nuestro ordenamiento jurídico (artículo 116, párr. 2.º, del TRLCU). En cuanto a los costes relacionados con la inspección de los bienes o de los contenidos o servicios, y la identificación de la falta de conformidad, parece que dichos costes solo deberían englobarse en lo dispuesto por el artículo 118.4, letra a), del TRLCU si, tras esa inspección, se acredita que existe falta de conformidad, pero no en el caso contrario¹⁷.

Por otra parte, si el consumidor se decanta por la sustitución de los bienes, el artículo 118.7 del TRLCU indica que no será responsable de ningún pago por el uso normal de esos bienes «durante el período previo a su sustitución». Se sigue así el criterio establecido por la jurisprudencia europea, que declaró contraria al artículo 3 de la Directiva 1999/44/CE toda normativa nacional que permita al vendedor reclamar una indemnización «por la utilización del bien no conforme hasta su sustitución por un nuevo bien» (Sentencia *Quelle*, apdo. 42).

Por último, cuando la reparación del bien imposible, el vendedor no podrá negarse a la sustitución, alegando que eso le supone costes desproporcionados «en relación con la relevancia de la falta de conformidad y del valor que tendría el bien si fuera conforme». 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 podría limitarse a la asunción, por el vendedor, de una cantidad proporcionada (Sentencia *Gebr. Weber y Putz*, apdo. 78)

¹⁷ MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 120 TRLCU», *cit.*, p. 1748.

4.2 Tiempo

Deberán llevarse a cabo en un plazo razonable a partir del momento en que el empresario haya sido informado por el consumidor de la falta de conformidad.

Un plazo razonable es aquel que no dilate en exceso el proceso de reparación o la sustitución del bien¹⁸. A diferencia del antiguo artículo 120 del TRLCU, que contenía dos criterios para determinar la razonabilidad del plazo, la naturaleza del bien y la finalidad que tuviera el bien para el consumidor, el artículo 118.4 letra b) del TRLCU, repitiendo lo dispuesto por el artículo 14.1 letra b) de la Directiva (UE) 2019/771, se limita a imponer que las medidas correctoras para lograr la puesta en conformidad se lleven a cabo «en un plazo razonable». En cambio, en lo que se refiere a los contenidos o servicios digitales, el artículo 14.3 de la Directiva (UE) 2019/770, tras señalar que el empresario pondrá los contenidos o servicios digitales en conformidad con arreglo al apartado 2 en un período razonable de tiempo a partir del momento en que el consumidor haya informado al empresario sobre la falta de conformidad, sin cargo alguno y sin mayores inconvenientes para el consumidor, añade al final, «habida cuenta de la naturaleza de los contenidos o servicios digitales y la finalidad que tuvieran los contenidos o servicios digitales para el consumidor». Es decir, que los criterios que contenía el antiguo artículo 120 del TRLCU, y que tenían su origen en el artículo 3.3 *in fine* de la Directiva 1999/44/CE, parece a primera vista que no deben ser tenidos en cuenta en el artículo 118.4 del TRLCU, que ha copiado de forma literal lo dispuesto por el artículo 14.1, letras b) y c), de la Directiva (UE) 2019/771, dejando de lado el contenido del artículo 14.3 de la Directiva (UE) 2019/770. Sin embargo, nada más lejos de la realidad, porque los criterios mencionados para poder determinar la razonabilidad del plazo de puesta en conformidad, a saber, la naturaleza de los bienes o de los contenidos o servicios digitales (criterio objetivo) y de la finalidad tuvieran para el consumidor (criterio finalista), sí que aparecen incluidos en el tenor literal de la letra c) del artículo 118.4 del TRLCU a propósito del modo en que deba realizarse la puesta en conformidad¹⁹.

Por consiguiente, parece plausible interpretar el «plazo razonable» del artículo 118.4, letra b), del TRLCU en el sentido ya indicado de tener en

¹⁸ CASTILLA BAREA, M., *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 240.

¹⁹ Que es copia literal de lo dispuesto por el artículo 14.1 letra c) de la Directiva (UE) 2019/771.

cuenta la naturaleza de los bienes o de los contenidos o servicios digitales y asimismo la finalidad que unos u otros tuvieran para el consumidor como forma de conjugar los intereses de las dos partes, empresario y consumidor. De hecho, tras indicar que lo que se considere un plazo razonable para efectuar una reparación o sustitución debe corresponder al plazo más breve posible necesario para llevar a cabo dicha reparación o sustitución, el considerando 55 de la Directiva (UE) 2019/771 añade que «este plazo debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta la naturaleza y complejidad de los bienes, la naturaleza y la gravedad de la falta de conformidad y el esfuerzo necesario para llevar a cabo la reparación o sustitución». Quizás hubiera sido conveniente que el legislador español hubiera establecido un plazo fijo para realizar la reparación o la sustitución, al menos para ciertas categorías de bienes, tal y como lo permite la norma europea, al menos en materia de venta de bienes²⁰. No obstante, ante el silencio del legislador, parece obvio que el empresario y el consumidor podrán pactar un plazo concreto de reparación o de sustitución, al que deberán atenerse ambas partes, salvo que se trate de un plazo tan breve que obligue a considerarlo nulo por infringir el criterio general e indeterminado del «plazo razonable».

En caso de suministro de contenidos o servicios digitales parece que podría distinguirse, a efectos del plazo para su puesta en conformidad, entre dos posibilidades, según se requiera o no la utilización de un soporte material para el suministro de los contenidos o servicios. En la primera hipótesis, cuando no sea necesario el uso de un soporte material, parece claro que la correspondiente puesta en conformidad podría realizarse casi de forma inmediata o, al menos, muy rápidamente. En la segunda, cuando resulte imprescindible la utilización de un soporte material, la puesta en conformidad en un «plazo razonable» no podrá tener lugar de manera inmediata. El consumidor se verá obligado, primero, a enviar al empresario dicho soporte para que pueda efectuar la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales. Solo a partir de su recepción por el empresario será posible valorar si este ha cumplido su obligación de conformidad en un plazo razonable²¹.

²⁰ Considerando 55 de la Directiva (UE) 2019/771 *in fine*.

²¹ FERRER GUARDIOLA, J. A., «Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771», *Revista de derecho civil*, 4/2021, pp. 199-200.

En cualquier caso, la jurisprudencia europea ha declarado que la celebración de la subsanación de la falta de conformidad puede perfectamente variar en función del lugar en que los consumidores deban ponerlos, a tal efecto, a disposición de los vendedores (Sentencia *Füllä*, apdo. 36). En determinadas circunstancias, en particular si los bienes se encuentran en un país distinto de su domicilio social, puede pasar un tiempo considerable hasta que los vendedores estén en condiciones de disponer su examen, con vistas a su reparación o sustitución, en dicho lugar. En tal caso, no cabe descartar que la puesta de los bienes a disposición de los vendedores en sus domicilios sociales respectivos pueda garantizar la subsanación con mayor rapidez (Sentencia *Füllä*, apdo. 37). En cambio, si los vendedores disponen ya de una red de servicio postventa o de una red de transporte en el lugar en que se encuentren los bienes, la subsanación de su falta de conformidad puede resultar más rápida si los vendedores los examinan en ese lugar o disponen por sí mismos su envío a sus domicilios sociales respectivos (Sentencia *Füllä*, apdo. 38). De todo ello se desprende que por un lado, que el lugar en que los bienes deban ponerse a disposición de los vendedores para la subsanación de la falta de conformidad no pueda ser elegido de manera que suponga para los consumidores, no ya un inconveniente cualquiera (dado que esa puesta a disposición requiere normalmente por parte de los consumidores una determinada inversión en términos de tiempo y esfuerzos relacionados con el empaquetado y el envío de los bienes), sino un inconveniente «mayor», que consistiría en que la carga sea tal que pueda disuadir a los consumidores medios de hacer valer sus derechos (Sentencia *Füllä* apdo. 40). A continuación, se analiza la cuestión del modo (sin mayores inconvenientes) en que debe realizar el empresario la puesta en conformidad.

El momento a partir del cual debe computarse el plazo «razonable» será a partir del momento en que el empresario haya sido informado por el consumidor de la falta de conformidad, según el artículo 18.4, letra b), del TRLCU²². Esta solución, que probablemente sea la más adecuada para los supuestos de suministro de contenidos o servicios digitales, pero no tanto en los casos de ventas de bienes, pone de relieve que la importancia del *dies a quo* es relativa, porque la razonabilidad del plazo para llevar a cabo la puesta en conformidad deberá ser juzgada por el intérprete en función de las circunstancias del caso.

²² Artículos 14.1, letra b) de la Directiva (UE) 2019/771 y 14.3 de la Directiva (UE) 2019/770.

Si el empresario no lleva a cabo la puesta en conformidad dentro del «plazo razonable», el consumidor podrá ejercitar sus derechos a la reducción del precio y a la resolución del contrato en los supuestos recogidos en el artículo 119 letras b) y c) del TRLCU.

4.3 Modo

Deberán realizarse sin mayores inconvenientes para el consumidor, habida cuenta de la naturaleza de los bienes o de los contenidos o servicios digitales y de la finalidad que tuvieran para el consumidor.

No está muy claro qué debe entenderse por «inconvenientes», que tiene su origen en el artículo 3.3 *in fine* de la Directiva 1999/44/CE²³. Parece que se refiere a cualquier irregularidad, distinta del retraso, en la reparación o sustitución del bien o en la puesta en conformidad de los contenidos o servicios digitales. Pero esos inconvenientes han de ser «mayores», lo que implica que el consumidor deberá tolerar y soportar los inconvenientes «menores» derivados de la reparación o la sustitución o de la puesta en conformidad sin que entonces pueda ejercitar los remedios subsidiarios de la reducción del precio o de la resolución del contrato²⁴. Esta postura se justifica teniendo en cuenta el objetivo que pretendía alcanzar en esta materia la Directiva 1999/44/CE, que era el de establecer un equilibrio justo entre los intereses de los consumidores y los de los vendedores, garantizando a los primeros, como partes débiles del contrato, una protección completa y eficaz contra el incumplimiento por parte de los segundos de sus obligaciones contractuales, permitiendo a la vez tener en cuenta consideraciones de carácter económico alegadas por estos últimos (Sentencia *Gebr. Weber y Putz*, apdo. 75).

De hecho, en algunos casos, debido tanto a la naturaleza de los bienes (en especial, su peso elevado, volumen considerable o fragilidad particular, o incluso exigencias particularmente complejas relacionadas con su envío) como a la finalidad que tuvieran para los consumidores medios (en especial las vinculadas a su instalación previa), su expedición a los domicilios sociales respectivos de los vendedores podría constituir para dichos consumidores un inconveniente mayor, contrario a las obligaciones que enumeraba el artículo 3.3, párr. 3.º, de la Directiva 1999/44/CE (Sentencia

²³ Sobre su origen, MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 120 TRLCU», *cit.*, p. 1751, nota 77.

²⁴ Artículo 119, letra c), del TRLCU.

Fülla, apdo. 43). En otros casos, por el contrario, puede suponerse que la expedición a los domicilios sociales respectivos de los vendedores de bienes compactos que no requieran manipulación especial ni una forma específica de transporte no puede constituir un inconveniente mayor para esos mismos consumidores (Sentencia *Fülla*, apdo. 44). En consecuencia, de entre los lugares en que los consumidores deban poner a disposición de los vendedores, para que se subsane su falta de conformidad, bienes adquiridos en una venta a distancia, la fijación de aquel que resulte más adecuado para garantizar tal subsanación sin cargo alguno, en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para los consumidores dependerá de las circunstancias de cada caso (Sentencia *Fülla*, apdo. 45).

En definitiva, a propósito del lugar en que los consumidores deban poner a disposición de los vendedores los bienes adquiridos con el fin de subsanar su falta de conformidad, ese lugar tendrá que ser idóneo para que la subsanación de la falta de conformidad se realice sin cargo alguno, en un plazo razonable y sin mayores inconvenientes para los consumidores, habida cuenta de la naturaleza de los bienes y de la finalidad que tuvieran para los consumidores. A ese respecto, los tribunales nacionales deberán realizar una interpretación conforme con la Directiva 1999/44/CE, lo que incluye, en su caso, modificar su jurisprudencia reiterada si esta se basa en una interpretación del Derecho nacional que sea incompatible con los objetivos de la Directiva (Sentencia *Fülla*, apdo. 48).

V. OTRAS REGLAS

Los apartados 5 y 6 del artículo 118 del TRLCU contienen unas reglas aplicables a determinados supuestos en materia de ventas de bienes.

5.1 Puesta disposición del bien y su recuperación

El artículo 118.5 del TRLCU, que es copia del artículo 14.2 de la Directiva (UE) 2019/771, señala que cuando proceda la reparación o la sustitución del bien, el consumidor lo pondrá a disposición del empresario y este, en su caso, recuperará el bien sustituido a sus expensas de la forma que menos inconvenientes genere al consumidor, dependiendo del tipo de bien. En este supuesto, el consumidor ejercita su derecho a la reparación o sustitución del bien adquirido, planteándose la cuestión de la recuperación de ese bien con el fin de ponerlo en conformidad. El tenor literal del precepto permite interpretar que al consumidor le corresponde

la iniciativa de ponerlo a disposición del empresario sin ofrecer más detalles en cuanto a la forma en que se realice esa puesta a disposición, salvo las limitaciones de carácter general de que debe ser a expensas del empresario del modo que menos inconvenientes genere al consumidor. El empresario deberá recuperar el bien que deba repararse o sustituirse «a sus expensas» y causando los «menos inconvenientes» al consumidor. Interpretando dichos límites de manera conjunta, puede inferirse que, en principio, los costes, o la mayoría de ellos, que se produzcan como consecuencia de la puesta a disposición serán a cargo del empresario. De igual modo, tendrá que asumir la «mayoría» de los inconvenientes que se deriven de la recuperación del bien, pero no necesariamente de todos ellos. Este planteamiento se justifica, por una parte, por el hecho de que la puesta a disposición y subsiguiente recuperación del bien que deba ser reparado o sustituido es consecuencia lógica, e imprescindible, de la obligación de puesta en conformidad que incumbe al empresario. Por otra, de la necesidad de intentar equilibrar, en la medida de lo posible, la situación en que se encuentran en este caso el empresario y el consumidor.

Por tanto, parece que la expresión «a sus expensas» podría interpretarse en el sentido de que el consumidor debería asumir ciertos costes para cumplir su obligación de puesta a disposición del bien, siempre que no sean excesivos. Por ejemplo, los derivados de trasladar el bien a un lugar cercano a su domicilio o los generados por la utilización del servicio postal. La dificultad de determinar el significado preciso en este caso del término «inconvenientes» resulta evidente, si bien ya se ha puesto de relieve en el epígrafe anterior, a propósito de las medidas correctoras para la puesta en conformidad, cómo deben evitarse al consumidor los inconvenientes «mayores» de acuerdo con la jurisprudencia europea sobre esta materia (Sentencia *Füllä*, apdos. 43 y 44). No obstante, las circunstancias de cada caso serán relevantes a la hora de determinar si la puesta a disposición del bien por parte del consumidor tuvo lugar efectivamente a expensas del empresario y con los «menos inconvenientes» posibles para el consumidor (Sentencia *Füllä*, apdo. 45).

5.2 Retirada del bien para repararlo o sustituirlo

El artículo 118.6 del TRLCU, que es copia del artículo 14.3 de la Directiva (UE) 2019/770, indica que «cuando una reparación requiera la retirada de bienes que hayan sido instalados de forma coherente con su naturaleza y finalidad antes de manifestarse la falta de conformidad o, cuando se sustituyan, la obligación de repararlos o sustituirlos incluirá la

retirada de los no conformes y la instalación de los bienes sustituidos o reparados, o la asunción de los costes de dicha retirada e instalación por cuenta del empresario». En este caso, se trata de imponer al empresario el coste económico derivado de la retirada de los bienes, «instalados de forma coherente con su naturaleza y finalidad antes de manifestarse la falta de conformidad», a efectos de repararlos o sustituirlos, así como el coste generado por la instalación de tales bienes. Tanto la retirada como la instalación de los bienes podrá realizarla el empresario (por sí mismo o a través de sus dependientes) o terceros ajenos a la relación contractual entre el empresario y el consumidor. Sin embargo, en esta última hipótesis los costes de la retirada e instalación de los bienes serán «por cuenta del empresario».