

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](http://www.tirant.com).

© Ana Cañizares Laso  
Laura Zumaquero y otros

© TIRANT LO BLANCH  
EDITA: TIRANT LO BLANCH  
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia  
TELFOS.: 96/361 00 48 - 50  
FAX: 96/369 41 51  
Email: [tlb@tirant.com](mailto:tlb@tirant.com)  
[www.tirant.com](http://www.tirant.com)  
Librería virtual: [www.tirant.es](http://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](mailto:atencioncliente@tirant.com). En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en [www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa](http://www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa) nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: [http://www.tirant.net/Docs/RSC\\_Tirant.pdf](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
<b>CAPÍTULO III</b>	
<b>Derecho de desistimiento</b>	
<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
<b>CAPÍTULO II</b>	
<b>Responsabilidad del empresario y derechos del consumidor y usuario</b>	
<i>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 .....</i>	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
<i>Artículo 118. Régimen jurídico de la puesta en conformidad .....</i>	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
<i>Artículo 119. Régimen jurídico de la reducción del precio y resolución el contrato .....</i>	1737
JAVIER LETE ACHIRICA	
I. INTRODUCCIÓN .....	1737
II. SUPUESTOS QUE JUSTIFICAN LA REDUCCIÓN DEL PRECIO Y LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO .....	1738
<i>Artículo 119 bis. La reducción del precio .....</i>	1743
JAVIER LETE ACHIRICA	
I. INTRODUCCIÓN .....	1743
II. LA REDUCCIÓN DEL PRECIO .....	1744
<i>Artículo 119 ter. La resolución del contrato .....</i>	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
<i>Artículo 119 quater. Plazos y modalidades de reembolso por parte del empresario en caso de reducción del precio o resolución del contrato .....</i>	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**

<i>Artículo 120. Plazo para la manifestación de la falta de conformidad .....</i>	1779
JAVIER LETE ACHIRICA	
I. INTRODUCCIÓN .....	1780
II. PLAZO PARA LA MANIFESTACIÓN DE LA FALTA DE CONFORMIDAD .....	1780
<i>Artículo 121. Carga de la prueba .....</i>	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
<i>Artículo 122. Suspensión del cómputo de plazos .....</i>	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
<i>Artículo 123. Documentación justificativa .....</i>	1801
CAROLINA MESA MARRERO	
I. LA PRESUNCIÓN DE ENTREGA O SUMINISTRO .....	1801
II. LA JUSTIFICACIÓN DOCUMENTAL SOBRE LA PUESTA A DISPOSICIÓN .....	1804
<i>Artículo 124. Prescripción de la acción .....</i>	1809
CAROLINA MESA MARRERO	
I. PLAZO DE PRESCRIPCIÓN PARA EXIGIR RESPONSABILIDAD AL EMPRESARIO POR FALTAS DE CONFORMIDAD .....	1809
<i>Artículo 125. Acción contra el productor y de repetición .....</i>	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
<b>CAPÍTULO IV</b>	
<b>Modificación de los contenidos o servicios digitales</b>	
<i>Artículo 126. Modificación de los contenidos o servicios digitales .....</i>	1825
JAVIER LETE ACHIRICA	
I. INTRODUCCIÓN .....	1825
II. REQUISITOS .....	1827
III. EFECTOS .....	1829
<i>Artículo 126 bis. Resolución del contrato por modificación de los contenidos o servicios digitales .....</i>	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 85/347 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 GUITIÁN	
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 GUITIÁN	
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 resarcimiento</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

régimen jurídico de esos remedios aparece en los artículos 119 bis («La reducción del precio») y 119 ter («La resolución del contrato») del TRLCU.

La reducción del precio y la resolución del contrato son remedios subsidiarios o secundarios en favor del consumidor, a diferencia de lo que sucede con los denominados remedios primarios (la reparación o la sustitución del bien, englobadas bajo el término de «puesta en conformidad» cuando se trate de contenidos o servicios digitales). Son supuestos alternativos, y no acumulativos, de modo que basta con que se cumpla alguna de las circunstancias mencionadas por el artículo 119 del TRLCU para que quede abierta la vía de los remedios subsidiarios a favor del consumidor<sup>1</sup>.

## II. SUPUESTOS QUE JUSTIFICAN LA REDUCCIÓN DEL PRECIO Y LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO

El artículo 119 del TRLCU contempla seis supuestos en que el consumidor podrá ejercitar la reducción del precio y la resolución del contrato. Como ya se ha indicado, son supuestos alternativos, y no acumulativos. Esto significa que será suficiente que se cumpla alguna de las hipótesis mencionadas en este precepto para que el consumidor pueda exigir la reducción proporcionada del precio o la resolución del contrato, según corresponda.

a) Cuando la medida correctora consistente en poner en conformidad los bienes y los contenidos o servicios digitales resulte imposible o desproporcionada en el sentido del apartado 3 del artículo 118.

Se corresponde con lo dispuesto por los artículos 13.3 de la Directiva (UE) 2019/771 y 14.4, letra a), de la Directiva (UE) 2019/770. Este supuesto se justifica sobre la base de que la puesta en conformidad de los bienes o de los contenidos digitales le resulta imposible o desproporcionada al empresario. Así las cosas, no tiene ningún sentido que el consumidor le pudiera dar una oportunidad de que intente poner los bienes o los contenidos o servicios en conformidad. Al contrario, en estos casos la solución más recomendable para el consumidor debe ser la de solicitar la reducción inmediata (y proporcionada) del precio o la resolución del contrato.

<sup>1</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 121 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, pp. 1763-1764.

b) Cuando el empresario no haya llevado a cabo la reparación o la sustitución de los bienes o no lo haya realizado con lo dispuesto en los apartados 5 y 6 del artículo 118 o no lo haya hecho en un plazo razonable siempre que el consumidor hubiese solicitado la reducción del precio o la resolución del contrato.

Se corresponde con lo dispuesto por el artículo 13.4, letra a), de la Directiva (UE) 2019/771. Se trata de un supuesto relativo solo a la venta de bienes cuya reparación o sustitución debe cumplir las reglas contenidas en los artículos 118.5 del TRLCU (puesta del bien a disposición del empresario por el consumidor, y consiguiente recuperación de ese bien por el empresario, a sus expensas, de la forma que menos inconvenientes genere para el consumidor) y 118.6 del TRLGCU (cuando la 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).

c) 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.

Se corresponde con lo dispuesto por el artículo 14.4, letra b), de la Directiva (UE) 2019/770 en relación con el artículo 14.3 de la Directiva (UE) 2019/770. En este supuesto, la falta de conformidad que afecta a los contenidos o servicios digitales no ha sido resuelta por el empresario, de modo que el consumidor podrá reclamar la reducción del precio o la resolución del contrato después de que haya transcurrido un plazo razonable a partir del momento en que el empresario haya sido informado por el consumidor de la falta de conformidad de los contenidos o servicios, sin cargo alguno y sin mayores inconvenientes.

d) Cuando aparezca cualquier falta de conformidad después del intento del empresario de poner los bienes o los contenidos o servicios digitales en conformidad.

Se corresponde, aunque no exactamente en los mismos términos, con lo dispuesto por los artículos 13.4, letra b), de la Directiva (UE) 2019/771 y 14.4, letra c), de la Directiva (UE) 2019/770. Mientras que en las Directivas (UE) 2019/771 y 770 se dice literalmente que «subsiste la falta de conformidad», pese al intento del vendedor o del empresario de poner los bienes o los contenidos o servicios digitales en conformidad, la letra d) del artículo

119 del TRLCU se conforma con que «aparezca», no que subsista, cualquier falta de conformidad.

Se trata de una disposición bastante estricta para el empresario, ya que solo le concede una única oportunidad para poner en conformidad los bienes o los contenidos o servicios digitales. Por tanto, deberá actuar con especial diligencia si desea evitar el ejercicio por el consumidor de la reducción del precio o de la resolución del contrato.

No obstante, el artículo 119, letra d), del TRLCU, habla de «aparecer» la falta de conformidad, después del intento del empresario de poner en conformidad los bienes o los contenidos o servicios, mientras que los artículos 13.4, letra b), de la Directiva (UE) 2019/771 y 14.4, letra c), de la Directiva (UE) 2019/770 aluden, respectivamente, a que «subsista» la falta de conformidad. «Aparecer» significa «cobrar existencia o darse a conocer por primera vez»; «subsistir» quiere decir «permanecer, durar o conservarse». Es decir, en este segundo caso, que es el de la versión española de la normativa europea, parece que se trataría de la hipótesis en que, advertida una determinada falta de conformidad que obligó al empresario a intervenir para solventarla, esa misma falta continúa existiendo en la actualidad a pesar de los esfuerzos realizados por el empresario. Por contra, la interpretación literal de la letra d) del artículo 119 del TRLCU supondría que, manifestada una primera falta de conformidad, y subsanada por el empresario, ha aparecido otra falta de conformidad que podría ser diferente de la anterior. Esta postura implicaría que la falta de conformidad que otorga al consumidor el derecho a solicitar una reducción proporcionada del precio o la resolución del contrato debe ser la misma que antes sirvió de causa para que el consumidor exigiera al empresario que actuase con la finalidad de poner en conformidad los bienes o los contenidos o servicios digitales<sup>2</sup>.

e) Cuando la falta de conformidad sea de tal gravedad que se justifique la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato.

Se corresponde con lo dispuesto por los artículos 13.3, letra c), de la Directiva (UE) 2019/771 y 14.4, apartado d), de la Directiva (UE) 2019/770. Se parece a la noción de «incumplimiento esencial del contra-

<sup>2</sup> 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 771», *Revista de derecho civil*, 4/2021, p. 202. A favor de la interpretación contraria, GSELL, B., «Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770» en AA.VV. (ed. SCHULZE, R./STAUDENMAYER, D.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 260.

to» que recoge el artículo 25 de la Convención de Viena, cuando señala que «el incumplimiento del contrato por una de las partes será esencial cuando cause a la otra parte un perjuicio tal que la prive sustancialmente de lo que tenía derecho a esperar en virtud del contrato».

De hecho, en determinadas situaciones está justificado que el consumidor tenga derecho a una reducción del precio o a resolver el contrato inmediatamente, por ejemplo, cuando no quepa esperar que mantenga su confianza en la capacidad del empresario de poner en conformidad los bienes. Esto sucedería cuando la falta de conformidad afecte gravemente a la capacidad del consumidor de hacer un uso normal de los bienes y no quepa esperar que confíe en que la reparación o sustitución efectuadas por el vendedor resuelva el problema<sup>3</sup>. Lo mismo sucede respecto de los contenidos o servicios digitales, cuando exista falta de conformidad de carácter grave. Por ejemplo, el consumidor debe tener derecho a pedir directamente una reducción del precio o la resolución del contrato cuando se le suministre un programa (*software*) antivirus que esté infectado con un virus y que constituiría un caso de falta de conformidad de carácter grave<sup>4</sup>. Otro caso de pérdida de confianza del consumidor en la capacidad del empresario para resolver la falta de conformidad podría darse, respecto de los contenidos o servicios digitales, cuando el empresario hubiera ocultado de forma deliberada el defecto concreto al consumidor aun a sabiendas del riesgo en que lo pondría de sufrir un daño en los contenidos o servicios. Del mismo modo, también podría incluirse el supuesto en que el empresario se hubiese asegurado, a través de determinados medios técnicos, un acceso no autorizado a los contenidos o servicios digitales suministrados al consumidor<sup>5</sup>.

f) Cuando el empresario haya declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no pondrá los bienes o los contenidos o servicios digitales en conformidad en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor.

Se corresponde con lo dispuesto por los artículos 13.4, letra d), de la Directiva (UE) 2019/771 y 14.4, letra e), de la Directiva (UE) 2019/770.

A propósito del suministro de los contenidos o servicios digitales, el considerando 65, de la Directiva (UE) 2019/770 dice que debe «estar cla-

<sup>3</sup> Considerando 52 de la Directiva (UE) 2019/771.

<sup>4</sup> Considerando 65 de la Directiva (UE) 2019/770.

<sup>5</sup> GSELL, B., «Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 261.

ro» que el empresario no va a poner en conformidad los contenidos o servicios. Se presupone que eso se debe a que no puede hacerlo «en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor». Que el empresario lo declare en ese sentido, o que se desprenda «claramente» de las circunstancias, como exige la letra f) del artículo 119 del TRLCU, parece que deberá entenderse en el sentido de que se requiere un grado suficiente de seriedad tanto en la declaración del empresario como en las circunstancias<sup>6</sup>.

### Artículo 119 bis. La reducción del precio

1. La reducción del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el bien o el contenido o servicio digital hubiera tenido en el momento de la entrega o suministro de haber sido conforme con el contrato y el valor que el bien o el contenido o servicio digital efectivamente entregado o suministrado tenga en el momento de dicha entrega o suministro.

2. Cuando el contrato estipule que los contenidos o servicios digitales se suministren durante un período de tiempo a cambio del pago de un precio, la reducción en precio se aplicará al período de tiempo durante el cual los contenidos o servicios digitales no hubiesen sido conformes.

## COMENTARIO

Por Javier Lete Achirica

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REDUCCIÓN DEL PRECIO.** 2.1 Régimen jurídico. 2.2 Criterios para calcular la reducción del precio.

### I. INTRODUCCIÓN

El artículo 119 bis del TRLCU contiene en su apartado 1 el mismo criterio de rebaja o reducción del precio que contemplaba el antiguo artículo 122 del TRLCU y añade en su apartado 2 otra disposición relativa a la reducción del precio en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales. En el primer caso se sigue, esencialmente, el criterio establecido por el artículo 15 de la Directiva (UE) 2019/771; en el segundo, el del artículo 14, apartados 4 y 5, de la Directiva (UE) 2019/770. En todo caso, la reducción del precio debe ser proporcionada a la disminución de valor de los bienes o de los contenidos o servicios digitales<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Mientras que el considerando 51 de la Directiva (UE) 2019/771 solo dice que cuando la reparación o sustitución no hayan ofrecido una subsanación efectiva de la falta de conformidad, el consumidor tendrá derecho «a una reducción del precio», el considerando 62 de la Directiva (UE) 2019/770 especifica que en caso de falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales los consumidores deben tener derecho a que se les aplique «una reducción proporcionada del precio».

<sup>6</sup> GSELL, B., «Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 262.

A la hora de transponer las dos Directivas mencionadas, el legislador español ha olvidado incluir en el listado de definiciones del artículo 59 bis del TRLCU qué se entiende por «precio», que puede tener ciertas peculiaridades en materia de suministro de contenidos o servicios digitales. De hecho, el artículo 2, núm. 7, de la Directiva (UE) 2019/770 define, en su ámbito, el precio como «el dinero o una representación digital de valor, pagadero a cambio del suministro de los contenidos o servicios digitales». Tampoco el artículo 119 bis del TRLCU contempla la circunstancia de que la reducción del precio a que se refiere deba tener en cuenta el dinero «electrónico» o «virtual». Sin embargo, el considerando 23 de la Directiva (UE) 2019/770 indica que «las representaciones digitales de valor, como los vales electrónicos o los cupones electrónicos, son utilizadas por los consumidores para pagar diferentes bienes o servicios en el mercado único digital. Tales representaciones digitales de valor son cada vez más importantes en relación con el suministro de contenidos o servicios digitales, por lo que deben considerarse un método de pago en el sentido de la presente Directiva. Las representaciones digitales de valor también debe entenderse que incluyen las monedas virtuales, en la medida en que estén reconocidas por el Derecho nacional».

## II. LA REDUCCIÓN DEL PRECIO

### 2.1 Régimen jurídico

La reducción del precio es uno de los cuatro remedios, instaurados en el Derecho europeo de la compraventa de bienes de consumo por la Directiva 1999/44/CE, a los que se ha añadido ahora el derecho a suspender, en determinadas circunstancias, el pago del precio del bien o del contenido o servicio digital. Aunque algún autor ha defendido la tesis de poner la reducción del precio al mismo nivel que la reparación o la sustitución, de manera que el consumidor pudiera elegir a su arbitrio cualquiera de dichos remedios en caso de falta de conformidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales<sup>2</sup>, no ha sido esta la solución plasmada

<sup>2</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 122 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.<sup>a</sup> ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 1771.

en los artículos 117 y 119 del TRLCU. Por el contrario, la reducción del precio, siguiendo el planteamiento de los artículos 13 de la Directiva (UE) 2019/771 y 14 de la Directiva (UE) 2019/770, se configura en nuestro ordenamiento como un remedio de carácter subsidiario. Si embargo, este planteamiento se ve mitigado por la posibilidad que se brinda al consumidor de solicitar la rebaja del precio del bien o de los contenidos o servicios digitales en los supuestos que contempla el artículo 119 del TRLCU.

No obstante, es verdad que, como regla general, la reducción del precio tiene poco alcance en la venta de bienes de consumo o el suministro de contenidos o servicios digitales, pues no parece imaginable que el consumidor esté dispuesto a retener bienes o respetar contratos de suministro de contenidos o servicios que estén afectados por faltas de conformidad por el hecho de pueda obtener a cambio una reducción del precio que pagó. La acción de reducción del precio no tiene carácter resarcitorio, siendo en consecuencia compatible con la acción de indemnización de daños y perjuicios a que se refiere el artículo 117.1 *in fine* del TRLCU.

La rebaja del precio podrá solicitarse de forma extrajudicial, pero cuando el empresario no la admita el consumidor no tendrá más remedio que acudir a la vía judicial. Los efectos de la reducción del precio dependerán del hecho de que el consumidor hubiera pagado todo, parte o nada del precio, de modo que podrían implicar una simple reducción de la cantidad que está obligado a pagar, o podría incluso darle el derecho a reclamar al empresario la devolución de una cantidad ya abonada (si el consumidor ya había pagado todo el precio). Si el consumidor se hubiera obligado a pagar el precio a plazos, no está claro si la rebaja del precio debería suponer una disminución de la cuantía de cada plazo (manteniendo su número) o una reducción del número de plazos (pero manteniendo su cuantía). En el caso de que una vez rebajado el precio se manifestase en el bien o en los contenidos o servicios digitales una nueva falta de conformidad, el Texto Refundido no ofrece ninguna solución. En esta hipótesis el consumidor podrá ejercitar contra el empresario cualquiera de los remedios que reconoce a su favor el artículo 117.1 del TRLCU<sup>3</sup>.

### 2.2 Criterios para calcular la reducción del precio

El apartado 1 del artículo 119 bis del TRLCU señala que «la reducción del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el

<sup>3</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 122 TRLCU», *cit.*, p. 1772.

bien o el contenido o servicio digital hubiera tenido en el momento de la entrega o suministro de haber sido conforme con el contrato y el valor que el bien o el contenido o servicio digital efectivamente entregado o suministrado tenga en el momento de dicha entrega o suministro». Siguiendo los criterios establecidos por el artículo 50 de la Convención de Viena<sup>4</sup>, si bien alterando su orden, el precepto objeto de comentario reconoce los siguientes elementos para realizar la reducción del precio: a) el valor que tendrían los bienes o los contenidos o servicios digitales como si fueran conformes y b) el valor de los bienes o los contenidos o servicios digitales entregados o suministrados, una vez detectada o apreciada la falta de conformidad. El precio reducido (PRE) es igual al valor del bien no conforme (VNC) multiplicado (\*) por el precio de compra (PE), dividido por el valor objetivo del bien como si fuera conforme en el momento de la entrega (VOE). Es decir, el precio reducido (PRE) es igual a  $(VNC * PE / VOE)$ <sup>5</sup>. Se trata de un método de cálculo relativo, que consiste en determinar el menor valor que da el precio reducido por referencia a la relación existente en el momento de la venta entre el valor del bien en el estado que debería haber tenido y el que corresponde a su calidad real<sup>6</sup>.

A diferencia de lo dispuesto por las Directivas (UE) 2019/771 y 770, que no indican el momento temporal relevante en que debe tenerse en cuenta tanto el valor que hubieran tenido el bien o el contenido o servicio digital de haber sido conformes con el contrato, como el valor del bien o del contenido o servicio digital efectivamente entregado o suministrado, el apartado 1 del artículo 119 bis del TRLCU sí que señala, con razón, que ese momento temporal es el «de dicha entrega o suministro».

Este método de cálculo de la reducción del precio incorpora distintos elementos, entre los que destaca el valor de mercado u objetivo de los bienes o de los contenidos o servicios digitales como si fueran conformes en el momento de la entrega. Es verdad que dicho valor de mercado es un valor

<sup>4</sup> «Si las mercaderías no fueran conformes al contrato, hállese o no pagado el precio, el comprador podrá rebajar el precio proporcionalmente a la diferencia existente entre el valor que las mercaderías efectivamente entregadas tenían en el momento de la entrega y el valor que habrían tenido en ese momento mercaderías conformes al contrato».

<sup>5</sup> IZQUIERDO GRAU, G., «Análisis de los remedios de la Directiva (UE) 2019/771 de 20 de mayo de 2019», *Revista crítica de derecho inmobiliario*, 2020, pp. 1624-1625.

<sup>6</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A., «Comentario al art. 50 CNUCCIM» en AA.VV. (dir. y coord. DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Thomson Civitas, Madrid, 1997, p. 449.

extraño a las partes, ya que puede no coincidir con el precio efectivamente pagado ni tampoco con el valor de los bienes o de los contenidos digitales no conformes<sup>7</sup>. Sin embargo, hay que tener que cuenta que el sistema de reducción del precio que incorpora nuestra legislación por influencia indirecta de la Convención de Viena tiene la ventaja, de una parte, de respetar en la medida de lo posible la voluntad de los contratantes en lo que se refiere a la fijación del precio, manteniendo el daño o provecho de la operación, y, de otra, la de eludir la cuestión de saber si la disminución del precio debe ser determinada en función del valor objetivo de los bienes (o de los contenidos o servicios digitales) o del valor que tales bienes o contenidos o servicios representaban para el consumidor<sup>8</sup>.

El apartado 2 del artículo 119 bis del TRLCU señala que «cuando el contrato estipule que los contenidos o servicios digitales se suministren durante un período de tiempo a cambio del pago de un precio, la reducción en precio se aplicará al período de tiempo durante el cual los contenidos o servicios digitales no hubiesen sido conformes». Aunque se trata de una regla que puede considerarse apropiada para evitar un enriquecimiento injustificado de parte del consumidor, podrían darse casos en los que un incumplimiento parcial del empresario de suministrar durante un determinado período de tiempo contenidos o servicios digitales no sea de interés para el consumidor a pesar de poder obtener una reducción del precio. Por ejemplo, si un consumidor hubiera adquirido un curso de idiomas online durante un determinado período de tiempo y transcurridos unos meses no funcionase la herramienta de establecer listas individuales de vocabulario de manera que tampoco pudiera acceder a las listas creadas con anterioridad, no parece adecuado eliminar del período de cálculo de reducción del precio los meses en los que el programa funcionó de forma adecuada. El consumidor no se pudo beneficiar realmente de ese período de tiempo, ya que no pudo acceder a la información generada<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> IZQUIERDO GRAU, G., *loc. cit.*, p. 1625.

<sup>8</sup> LÓPEZ LÓPEZ, A., *loc. cit.*, p. 449.

<sup>9</sup> GSELL, B., «Comentario al art. 14 Directiva (UE) 2019/770» en AA.VV. (SCULZE, R./STAUDENMAYER, D.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 263.

### **Artículo 119 ter. La resolución del contrato**

1. El consumidor o usuario ejercerá el derecho a resolver el contrato mediante una declaración expresa al empresario indicando su voluntad de resolver el contrato.

2. La resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia, salvo en los supuestos en que el consumidor o usuario haya facilitado datos personales como contraprestación, correspondiendo la carga de la prueba al empresario.

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

4. Las obligaciones de las partes en caso de resolución del contrato de compraventa de bienes serán las siguientes:

a) El empresario reembolsará al consumidor o usuario el precio pagado por los bienes tras la recepción de estos o, en su caso, de una prueba aportada por el consumidor o usuario de que los ha devuelto.

b) El consumidor o usuario restituirá al empresario, a expensas de este último, los bienes.

5. Las obligaciones y derechos del empresario en caso de resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales serán los siguientes:

a) El empresario reembolsará al consumidor o usuario todos los importes pagados con arreglo al contrato.

No obstante, en los casos en que el contrato establezca el suministro de los contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio y durante un período de tiempo determinado, y los contenidos o servicios digitales hayan sido conformes durante un período anterior a la resolución del contrato, el empresario reembolsará al consumidor o usuario únicamente la parte proporcional del precio pagado correspondiente al período de tiempo durante el cual los contenidos o servicios digitales no fuesen conformes, así como toda parte del precio pagado por el consumidor o usuario como pago a cuenta de cualquier período restante del contrato en caso de que este no hubiese sido resuelto.

b) En lo que respecta a los datos personales del consumidor o usuario, el empresario cumplirá las obligaciones aplicables con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 general de protección de datos, así como a la Ley Orgánica 3/2018, de

5 de diciembre, de Protección de datos Personales y garantía de los derechos digitales.

c) El empresario se abstendrá de utilizar cualquier contenido, distinto de los datos personales, proporcionado o creado por el consumidor o usuario al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario, excepto cuando dicho contenido cumpla alguna de las condiciones recogidas en el artículo 107.5.

d) Salvo en las situaciones a que se refiere el artículo 107.5, letras a), b) o c), el empresario pondrá a disposición del consumidor o usuario a petición de este, cualquier contenido distinto de los datos personales que el consumidor o usuario haya proporcionado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario.

e) El consumidor o usuario tendrá derecho a recuperar los contenidos digitales que haya creado al utilizar los contenidos o servicios digitales sin cargo alguno, sin impedimentos por parte del empresario, en un plazo razonable y en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente.

f) El empresario podrá impedir al consumidor o usuario cualquier uso posterior de los contenidos o servicios digitales, en particular, haciendo que estos no sean accesibles para el consumidor o usuario o inhabilitándole la cuenta de usuario, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra d).

6. Las obligaciones del consumidor o usuario en caso de resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales serán las siguientes:

a) Tras la resolución del contrato, el consumidor o usuario se abstendrá de utilizar los contenidos o servicios digitales y de ponerlos a disposición de terceros.

b) Cuando los contenidos digitales se hayan suministrado en un soporte material, el consumidor o usuario, a solicitud y a expensas del empresario, devolverá el soporte material a este último sin demora indebida. Si el empresario decide solicitar la devolución del soporte material, dicha solicitud se realizará en el plazo de catorce días a partir de la fecha en que se hubiese informado al empresario de la decisión del consumidor o usuario de resolver el contrato.

c) Al consumidor o usuario no se le podrá reclamar ningún pago por cualquier uso realizado de los contenidos o servicios digitales durante el período previo a la resolución del contrato durante el cual los contenidos o servicios digitales no hayan sido conformes.

7. El ejercicio por el consumidor o usuario de su derecho a retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de datos personales permitirá que el empre-

sario resuelva el contrato siempre y cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte. En ningún caso el ejercicio de estos derechos por el consumidor supondrá el pago de penalización alguna a su cargo.

## COMENTARIO

Por Javier Lete Achirica

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PRESUPUESTOS. III. EFECTOS.** 3.1 La resolución del contrato de compraventa de bienes. 3.2 La resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales. 3.2.1 Obligaciones y derechos del empresario. 3.2.2 Obligaciones del consumidor. **IV. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EJERCITADA POR EL EMPRESARIO SUMINISTRADOR DE CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES.**

### I. INTRODUCCIÓN

De todos los remedios por falta de conformidad que establece a favor del consumidor el artículo 117 del TRLCU, con la excepción de la suspensión del pago del precio que recoge el párrafo 2º de su apartado 1, el más «radical» es la resolución del contrato, pues produce su extinción, y, por consiguiente, la de todas las relaciones jurídicas surgidas del mismo<sup>1</sup>. Su régimen jurídico está contenido en los artículos 119 ter y 119 quater del TRLCU, que siguen muy de cerca los parámetros establecidos por los artículos 16 de la Directiva (EU) 2019/771 y 17 de la Directiva (UE) 2019/770, regulando con detalle el remedio de la resolución del contrato de los contratos de venta de bienes y de suministro de contenidos y servicios digitales. Se trata de un remedio subsidiario que el consumidor podrá ejercitar cuando la reparación o la sustitución no hayan producido «una subsanación efectiva de la falta de conformidad»<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J., «Comentario al art. 121 TRLCU» en AA.VV. (coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-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)*, 2ª. ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p.1766.

<sup>2</sup> Considerando 51 de la Directiva (UE) 2019/771.

## II. PRESUPUESTOS

Según el apartado 1 del artículo 119 ter del TRLCU, el consumidor podrá ejercitar, cuando corresponda, su derecho a resolver el contrato «mediante una declaración expresa al empresario indicando su voluntad de resolver el contrato». La expresión «declaración en la que (el consumidor) exprese su decisión», que aparece en los artículos 16.1 de la Directiva (UE) 2019/771 y 15 de la Directiva (UE) 2019/770, se ha transformado en la ley española en «declaración expresa». En cualquier caso, el precepto deja claro que la resolución podrá ejercitarse extrajudicialmente mediante la oportuna notificación<sup>3</sup>, la cual podrá adoptar la forma que más convenga al consumidor al requerirse únicamente que se trate de una declaración expresa dirigida al empresario. Por consiguiente, la resolución podrá hacerse mediante llamada telefónica, correo electrónico, sms, WhatsApp, plataforma o web del empresario, etc. sin que deba tener lugar necesariamente por el mismo cauce por el que se efectuó la venta del bien o el suministro de los contenidos o servicios digitales. No será preciso que la declaración de resolver el contrato conste en un soporte duradero<sup>4</sup>, si bien ello acarreará el problema de acreditar la resolución del contrato y la fecha desde que se hizo, que serán de incumbencia del consumidor<sup>5</sup>.

No obstante, el apartado 2 del artículo 119 del TRLCU aclara que «la resolución no procederá cuando la falta de conformidad sea de escasa importancia». Este criterio se aplica a los contratos de venta de bienes y a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales. Si bien el principal problema que plantea el precepto que se comenta es el de determinar cuándo una falta de conformidad es «de escasa importancia»<sup>6</sup>, parece

<sup>3</sup> Este término de «notificación» es el que utiliza el artículo 1199, párr. 2º, de la PMDOC y el artículo II.- 3:507(1) del DCFR a propósito de la resolución del contrato en general.

<sup>4</sup> Por el contrario, el artículo 126 del TRLCU exige de forma expresa que la comunicación que el empresario deba dirigir al consumidor, cuando pretenda realizar una modificación de los contenidos o servicios digitales, sea «en un soporte duradero».

<sup>5</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos digitales según la Propuesta de Directiva de 9.12.2015», *InDret* (Julio 2016), pp. 64-65.

<sup>6</sup> El considerando 53 de la Directiva (UE) 2019/771 dice que «con objeto de mantener el equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes contratantes, el consumidor debe disfrutar del derecho a resolver el contrato únicamente en los casos en que la falta de conformidad no sea de escasa importancia».

razonable estimar que cualquier violación leve de la obligación de conformidad estaría incluida en dicho supuesto<sup>7</sup>. En principio, la valoración de la importancia de la falta de conformidad debe medirse por criterios objetivos o de mercado, lo que supone que podrían considerarse faltas de escasa importancia aquellas que solo comprometan el más perfecto acabado, o que hagan referencia a la presentación de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, etc<sup>8</sup>. El hecho de que pueda ejercitarse la resolución del contrato solo con el límite de que la falta de conformidad no sea de escasa importancia y, por tanto, sin que sea necesario acreditar que se trate de un incumplimiento grave o relevante por parte del empresario, supone un cambio de paradigma en materia de resolución de obligaciones bilaterales. Al menos, en lo que concierne a los contratos de venta de bienes y de suministro de contenidos o servicios digitales que caen dentro del ámbito de aplicación de los artículos 114 a 127 bis del TRLCU.

En nuestro ordenamiento el incumplimiento ha de revestir cierta entidad, exigiendo la jurisprudencia un incumplimiento grave de «una obligación principal dentro de la economía del contrato» (STS, Sala Primera, de 14 de marzo de 2008, número de recurso 384/2001, *Tol.* 1.294.073). En palabras de la STS, Sala primera, de 12 de abril de 2011, número de recurso 2100/2007, *Tol.* 2.092.552, con cita de numerosas anteriores, debe tratarse de un incumplimiento caracterizado como «verdadero y propio» (STS, Sala primera, de 15 de noviembre de 1994, *Tol.* 199.260), «grave» (STS, Sala primera, de 23 de enero de 1996, *Tol.* 1.669.434), «esencial» (STS, Sala primera, de 26 de septiembre de 1994, *Tol.* 1.666.076), «que tenga importancia y trascendencia para la economía de los interesados o entidad suficiente para impedir la satisfacción económica de las partes, o bien genere la frustración del fin del contrato» (STS, Sala primera, de 23 de febrero de 1995, *Tol.* 1.667.269), que produzca «la frustración de las legítimas expectativas o aspiraciones o la quiebra de la finalidad económica o frustración del fin práctico» (STS, Sala primera, de 2 de octubre de 1995, *Tol.* 210.350). Explicitado lo anterior, puede plantearse la cuestión de saber si hay casos en los que podría tener lugar la resolución, aun cuando la falta de conformidad fuera de escasa importancia. En principio, la respuesta debería ser negativa, dado el tenor literal del artículo 119 ter, apartado 2, del TRLCU, pero podrían existir situaciones en las que procedería la resolución del contrato de venta de bienes o de suministro de

<sup>7</sup> BUSTO LAGO, J.M./ÁLVAREZ LATA, N./PEÑA LÓPEZ, F., *Reclamaciones de consumo*, 3ª. ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 713.

<sup>8</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J., «Comentario al art. 121 TRLCU», *cit.*, p. 1767.

contenidos o servicios digitales. Por ejemplo, cuando el consumidor elija la puesta en conformidad de los bienes o de los contenidos o servicios, pero se mantenga la falta de conformidad (artículo 119, letra d), del TRLCU), o cuando el empresario se niegue desde el primer momento a poner en conformidad los bienes o los contenidos o servicios en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor (artículo 119, letra f), del TRLCU). En estos supuestos el consumidor podrá resolver el contrato, aunque la falta de conformidad sea de escasa importancia, para evitar quedar obligado contractualmente a pesar de reiterados incumplimientos leves del empresario<sup>9</sup>.

No obstante, como excepción de la excepción, el segundo inciso del artículo 119 ter del TRLCU recalca que la resolución del contrato sí que podrá ejercitarse, aunque la falta de conformidad sea de escasa importancia, en los supuestos en que el consumidor haya facilitado datos personales como contraprestación, «correspondiendo la carga de la prueba al empresario». Por tanto, cuando los contenidos o suministros digitales no se suministren a cambio de un precio, sino a cambio de que el consumidor facilite datos personales, «el consumidor debe tener derecho a resolver el contrato también en aquellos casos en que la falta de conformidad sea de carácter leve, ya que no dispone de una corrección consistente en la reducción del precio»<sup>10</sup>.

Cuando la falta de conformidad se refiera solo a algunos de los bienes entregados en virtud del mismo contrato y haya motivos para su resolución, el inciso primero del apartado 3 del artículo 119 ter del TRLCU dice que el consumidor podrá resolver el contrato «solo respecto de dichos bienes», reconociendo en consecuencia a favor del consumidor un derecho de resolución parcial del contrato con relación a los bienes que presenten una concreta falta de conformidad. Parece aludirse así a la hipótesis de una entrega íntegra de lo debido en la que algunos de los bienes adolecen de falta de conformidad, excluyendo así, de forma implícita, el supuesto de una entrega parcial de los bienes<sup>11</sup>. En relación con cualesquiera otros bienes que se hubieran vendido junto con los no conformes, el inciso segundo del mismo apartado 3 del artículo 119 ter del TRLCU señala que

<sup>9</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J., «Comentario al art. 121 TRLCU», *cit.*, p. 1768.

<sup>10</sup> Considerando 67 de la Directiva (UE) 2019/770.

<sup>11</sup> ARNAU RAVENTÓS, L., «Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones» en AA.VV. (dirs. ARROYO AMAYUELAS, E./CÁMARA LAPUENTE, S.), *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, Marcial Pons, Madrid, 2020, p. 90.

el consumidor también podrá resolver el contrato respecto de los bienes conformes, pero solamente en la hipótesis de que no se pueda razonablemente esperar que el consumidor acepte conservar únicamente dichos bienes sin los no conformes, que se habrían restituido o deberían restituirse al empresario<sup>12</sup>. Acerca del criterio de la razonabilidad, habrá que estar a su determinación objetiva, «teniendo en cuenta la naturaleza y finalidad del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas»<sup>13</sup>. Un supuesto diferente sería el de la entrega de un único bien compuesto por distintas partes integrantes (o componentes) separables, de modo que la falta de conformidad solo afectase a alguno o algunos de ellos. Este podría ser el caso de la venta de bienes con elementos digitales incorporados, cuando la falta de conformidad únicamente afectase a uno de estos elementos, comprometiendo alguna de las funciones del bien, que el consumidor, sin embargo, quisiera seguir conservando. No parece que en este caso pueda aplicarse la solución prevista en el apartado 3 del artículo 119 ter del TRLCU. Quizás habría que decantarse por una reducción «inmediata» del precio a que se refiere el artículo 119, letra e), del TRLCU.

Por su parte, el apartado 3 del artículo 119 ter del TRLCU no contempla el caso de los contenidos o servicios digitales<sup>14</sup>, lo que plantea la cuestión de qué hacer si, una vez contratados varios contenidos o servicios, unos fueran conformes y otros no. Teniendo en cuenta nuestra legislación en vigor, que ha transpuesto las Directivas (UE) 2019/771 y 770 y que solo reconoce la resolución parcial respecto de los contratos de ventas de bienes, solo cabe utilizar por analogía el recurso de esa resolución a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales<sup>15</sup>.

<sup>12</sup> Considerando 58 de la Directiva (UE) 2019/771.

<sup>13</sup> Considerando 24 de la Directiva (UE) 2019/771.

<sup>14</sup> No existe en la Directiva (UE) 2019/770 una norma equivalente a la contemplada por el artículo 16.2 de la Directiva (UE) 2019/771.

<sup>15</sup> CÁMARA LAPUENTE, S., «El régimen de la falta de conformidad en el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales según la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015», *InDret*, 3/2016, p. 75 y ARNAU RAVENTÓS, L., «Remedios por falta de conformidad...», *cit.*, p. 95.

### III. EFECTOS

La resolución implica la extinción de las relaciones jurídicas surgidas del contrato y produce dos tipos de efectos: liberatorios, pues las partes quedan liberadas de cualesquiera obligaciones futuras que pudieran existir, y restitutorios, debiendo los contratantes reintegrarse recíprocamente las prestaciones ya ejecutadas. La resolución tiene efectos retroactivos, ya que su consecuencia principal es la de destruir los efectos ya producidos<sup>16</sup>. El artículo 119 ter del TRLCU contiene en su apartado 4 las obligaciones de las partes en caso de resolución del contrato de compraventa de bienes, y en los apartados 5 y 6 las obligaciones y derechos del empresario, y las obligaciones del consumidor, respectivamente, en caso de resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales.

#### 3.1 La resolución del contrato de compraventa de bienes

En caso de resolución del contrato de compraventa de bienes (o de bienes con elementos digitales), el apartado 4 del artículo 119 ter del TRLCU determina que las obligaciones de las partes serán las siguientes:

a) El empresario reembolsará al consumidor el precio pagado por los bienes tras la recepción de estos o, en su caso, de una prueba aportada por el consumidor de que los ha devuelto.

b) El consumidor restituirá el empresario, a expensas de este último, los bienes.

Por tanto, de acuerdo con el efecto típico restitutorio de la resolución contractual, el empresario estará obligado a reembolsar el precio recibido y el consumidor a restituir los bienes<sup>17</sup>. El apartado 4 del artículo 116 ter del TRLCU autoriza al empresario a esperar a recibir los bienes vendidos antes de efectuar la devolución del precio recibido, excepto si el consumidor aporta alguna prueba de que ya realizó la devolución de los bienes (por ejemplo, justificante emitido por el transportista de haberse contratado el envío de los bienes que deben ser devueltos al empresario).

<sup>16</sup> Así lo establece para los casos de rescisión el artículo 1295 del CC, al que expresamente se remite el artículo 1124 del mismo cuerpo legal, efectos que sustancialmente coinciden con los previstos para el caso de nulidad en el artículo 1303 del CC, y para los supuestos de condición resolutoria expresa en el artículo 1123 del CC.

<sup>17</sup> Considerando 59 de la Directiva (UE) 2019/771.

#### 3.2 La resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales

En el supuesto de resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, los apartados 5 y 6 del artículo 116 ter del TRLCU regulan, respectivamente, las obligaciones y derecho del empresario y las obligaciones del consumidor.

##### 3.2.1 Obligaciones y derechos del empresario

En caso de resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, el apartado 5 del artículo 119 ter del TRLCU indica que las obligaciones del empresario serán las siguientes.

a) El empresario reembolsará al consumidor todos los importes pagados con arreglo al contrato.

El empresario no solo deberá reembolsar al consumidor el importe del precio recibido por el suministro de contenidos o servicios digitales, como del mismo modo señala el apartado 4 del artículo 119 ter, letra a) del TRLCU en la compraventa de bienes, sino que el reembolso en este caso debe incluir, además del precio, todas las sumas de carácter adicional pagadas por el consumidor en virtud del contrato suscrito con el empresario. Este sería el caso de las «compras integradas in-app» en las que las aplicaciones pueden adquirirse inicialmente de forma gratuita, si bien el consumidor deberá pagar después por otras funciones adicionales dentro de esas mismas aplicaciones<sup>18</sup>. Otro ejemplo podrían ser las plataformas de distribución digital de contenido multimedia (*streaming*) a las que pudiera estar suscrito un consumidor que se viese obligado a pagar una cantidad adicional para poder disfrutar de un evento especial ofrecido por dichas plataformas, solo disponibles mediante un pago separado (*pay-per-view*)<sup>19</sup>.

Con el fin de equilibrar los respectivos intereses del empresario y del consumidor, el párr. 2º de la letra a) del apartado 5 del artículo 119 ter del TRLCU señala que, en los casos en los que el contrato establezca el suministro de los contenidos o servicios digitales a cambio del pago de un precio y durante un período de tiempo determinado, y los contenidos o servicios digitales hayan sido conformes durante un período anterior a la resolución

<sup>18</sup> Así ocurre con los paquetes en caramelos espaciales en *Candy Crush*.

<sup>19</sup> TWIGG-FLESNER, Ch., «Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770» en AA.VV. (ed. SCHULZE, R./STAUDENMAYER, D.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 282.

del contrato, el empresario reembolsará al consumidor únicamente la parte proporcional del precio pagado correspondiente al período de tiempo durante el cual los contenidos o servicios digitales no fuesen conformes, así como toda parte del precio pagado por el consumidor como pago a cuenta de cualquier período restante del contrato en caso de que este no hubiese sido resuelto. Por consiguiente, son tres los requisitos que deben cumplirse para que tenga lugar únicamente la devolución proporcional del precio pagado: (i) el consumidor pagó un precio por el suministro de los contenidos o servicios digitales; (ii) los contenidos o servicios digitales fueron suministrados durante un período de tiempo; (iii) las faltas de conformidad solo afectan a una parte del período de tiempo durante el cual se suministraron los contenidos o servicios digitales.

(i) El consumidor pagó un precio por el suministro de los contenidos o servicios digitales.

El «precio» pagado por el consumidor incluye toda «representación digital de valor, pagadero a cambio del suministro de contenidos o servicios digitales» a que se refiere el núm. 7 del artículo 2 de la Directiva (UE) 2019/770 cuando define el precio. Por el contrario, el artículo 59 bis del TRLCU olvida definir qué debe entenderse por «precio». Que haya mediado un precio supone que la regla de reembolsar la parte proporcional del precio no podrá llevarse a cabo cuando el consumidor solo acordó proporcionar datos personales al suministrador de los contenidos o servicios digitales. El problema se podría plantear cuando el consumidor recibe el suministro de los contenidos o servicios digitales previstos en el contrato, habiéndose comprometido exclusivamente a proporcionar datos personales, pero a continuación adquiere herramientas adicionales de dichos servicios o contenidos a cambio de un determinado precio. Quizás podría considerarse aplicable lo dispuesto por el párr. 2º de la letra a) del apartado 5 del artículo 119 ter del TRLCU, a pesar de que el precio en este caso no tenga que ver con el suministro propiamente dicho de los contenidos o servicios digitales que se pactaron inicialmente<sup>20</sup>.

(ii) Los contenidos o servicios digitales fueron suministrados durante un período de tiempo.

Esto implica que no estarían incluidos las adquisiciones de contenidos digitales de carácter único o individual, como por ejemplo un juego de ordenador para utilizar exclusivamente en el aparato del consumidor o un

<sup>20</sup> TWIGG-FLESNER, Ch., «Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, pp. 282-283.

programa de procesamiento de textos instalado en un ordenador de mesa. Los servicios digitales, en cambio, suelen suministrarse durante un período de tiempo, como ocurre el almacenamiento de datos en la nube o las plataformas de distribución digital de contenido multimedia (*streaming*).

(iii) Las faltas de conformidad solo afectan a una parte del período de tiempo durante el cual se suministraron los servicios o contenidos digitales.

En ocasiones puede resultar difícil determinar si los contenidos o servicios digitales se suministraron en un solo acto o de forma continua durante un período de tiempo y, en consecuencia, si el reembolso por el ejercicio del derecho de resolución a causa de faltas de conformidad debería abarcar todo ese período o solo el espacio de tiempo durante el cual la falta de conformidad fue aparente. Como la ley dice que el empresario solo reembolsará al consumidor la parte proporcional del precio pagado «correspondiente al período de tiempo durante el cual los contenidos o servicios digitales no fuesen conformes», parece que el reembolso debería limitarse a dicho período. Pero esto no siempre ocurre. Un ejemplo podría ser el de un programa que funciona en un sistema operativo pero que resulta incompatible con otro sistema diferente, a pesar de la declaración del empresario de que dicho programa sería compatible con cualquier sistema. El consumidor, en esta hipótesis, sería capaz de utilizar el sistema operativo durante un período de tiempo y solo se percataría de que existe una falta de conformidad cuando quisiera cambiarse al otro sistema. En sentido estricto, como la falta de conformidad ya existía desde que empezó el suministro de los contenidos o servicios digitales, a este supuesto no se le aplicaría lo dispuesto por el párr. 2º de la letra a) del apartado 5 del artículo 119 ter del TRLCU. Por el contrario, sí podría aplicarse lo dispuesto por el párr. 1º de dicho precepto y obtener el reembolso de «todos los importes pagados con arreglo al contrato»<sup>21</sup>.

b) En lo que respecta a los datos personales del consumidor, el empresario cumplirá las obligaciones aplicables con arreglo al Reglamento (UE) 2016/679 general de protección de datos, así como a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Personales y garantía de los derechos digitales.

Cuando el consumidor facilite datos personales al empresario, este debe respetar las obligaciones derivadas del RGPD. Esas obligaciones también

<sup>21</sup> TWIGG-FLESNER, Ch., «Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 283.

deben cumplirse cuando el consumidor pague un precio y facilite datos personales<sup>22</sup>.

La definición de datos personales, que es la misma que contiene el artículo 4, núm.1, del RGPD, aparece en el apartado 1 del artículo 59 bis del TRLCU, a cuyo tenor son datos personales «toda información sobre una persona física identificada o identificable, considerándose así toda persona cuya identidad pueda determinarse, directa o indirectamente, en particular mediante un identificador, como por ejemplo un nombre, un número de identificación, datos de localización, un identificador en línea o uno o varios elementos propios de la identidad física, fisiológica, genética, psíquica, económica, cultural o social de dicha persona». El empresario a quien el consumidor le proporcione datos personales podría ostentar tanto la condición de «responsable del tratamiento» o «responsable»<sup>23</sup> como de «encargado del tratamiento» o «encargado»<sup>24</sup>. Si el empresario simplemente recibe los datos y los transfiere a un tercero, solo ostentará la condición de «responsable del tratamiento» o «responsable». Si también trata los datos, entonces ostentará, además, la condición de «encargado del tratamiento» o «encargado».

c) El empresario se abstendrá de utilizar cualquier contenido, distinto de los datos personales, proporcionado o creado por el consumidor al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario, excepto cuando dicho contenido cumpla alguna de las condiciones recogidas en el artículo 107.5 del TRLCU.

Aunque no se ofrece ninguna definición de qué se entiende por «contenido, distinto de los datos personales, proporcionado o creado por el consumidor», puede acudirse a la de datos personales que contiene el mencionado apartado 1 del artículo 59 bis del TRLCU e interpretarla *a contrario sensu*. De esta manera, se podría afirmar que ese contenido, distinto de los datos personales, es, en principio, todo contenido que no sea «información sobre una persona física identificada o identificable». El considerando 69 de la Directiva (UE) 2019/770 pone como ejemplos «imágenes digitales, archivos de vídeo y audio y contenidos creados en dispositivos móviles». Sin embargo, al mismo tiempo, el considerando 24, al referirse a los datos personales del consumidor, alude a «fotografías o mensajes que cargue». Esto plantea la cuestión, a veces problemática, de cómo distinguir

<sup>22</sup> Considerando 69 de la Directiva (UE) 2019/770.

<sup>23</sup> Artículo 4, núm. 7, del RGPD.

<sup>24</sup> Artículo 4, núm. 8, del RGPD.

entre datos personales y contenido distinto de los datos personales. Por ejemplo, la fotografía de un paisaje en que no aparezca ninguna persona, en cuyo caso parece que debería considerarse como contenido distinto de los datos personales. Por el contrario, una foto tomada en la playa en que sí aparezca una persona podría reputarse «datos personales». En definitiva, muchos contenidos o datos que a primera vista no revisten la condición de «datos personales» podrían ser considerados como tales si se pueden vincular los datos o el contenido en cuestión a una persona física en virtud de lo dispuesto por el artículo 4, núm.1, del RGPD<sup>25</sup>.

Si bien se impone al empresario una obligación general de abstenerse de utilizar cualquier contenido, distinto de los datos personales, proporcionado o creado por el consumidor, el artículo 107.5 del TRLCU permite al empresario el uso de dicho contenido cuando se cumpla alguna de las condiciones siguientes: a) que no tenga ninguna utilidad fuera del contexto de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario; b) que esté exclusivamente relacionado con la actividad del consumidor durante el uso de los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario; c) que haya sido agregado con otros datos por el empresario y no pueda desagregarse o sólo se pueda realizando esfuerzos desproporcionados; d) que haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas, y otros consumidores puedan continuar haciendo uso del contenido<sup>26</sup>.

A propósito del supuesto a que se refiere la letra d), que el contenido, distinto de los datos personales, haya sido generado conjuntamente por el consumidor y otras personas, y que otros consumidores puedan eventualmente continuar haciendo uso de dicho contenido, cabe mencionar el caso de una plataforma colaborativa para crear archivos de diseño que posteriormente puedan utilizarse en impresión 3D. Otros consumidores, diferentes del consumidor que decidió resolver el contrato, sería capaces de continuar trabajando con el archivo de diseño<sup>27</sup>.

d) Salvo en las situaciones a que se refiere el artículo 107.5, letras a), b) o c), el empresario pondrá a disposición del consumidor, a petición de este, cualquier contenido distinto de los datos personales que el consu-

<sup>25</sup> TWIGG-FLESNER, Ch., «Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 288.

<sup>26</sup> Considerando 69 de la Directiva (UE) 2019/770.

<sup>27</sup> TWIGG-FLESNER, Ch., «Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 290.

midor haya proporcionado o creado al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario.

Aunque no se dice nada al respecto, la petición del consumidor para que el empresario ponga a su disposición cualquier contenido distinto de los datos personales deberá hacerse en un plazo razonable desde que ejercitó su derecho a resolver el contrato. En la mayoría de los casos el contenido estará formado por fotografías, videos, documentos de texto o cualquier otro archivo subido por el consumidor. Podrían incluso incluirse en este apartado los archivos de diseño para ordenador como los que se utilizan para imprimir en 3D<sup>28</sup>.

e) El consumidor tendrá derecho a recuperar los contenidos digitales que haya creado al utilizar los contenidos o servicios digitales sin cargo alguno, sin impedimentos por parte del empresario, en un plazo razonable y en un formato utilizado habitualmente y legible electrónicamente.

Por consiguiente, el consumidor deberá poder recuperar dichos contenidos de forma gratuita, sin que el empresario pueda exigirle costes adicionales, sin impedimentos u obstáculos<sup>29</sup>, en un plazo razonable y en un formato «utilizado habitualmente y legible electrónicamente». La descripción de este formato se inspira en lo dispuesto por el artículo 20.1 del RGPD a propósito del derecho a la portabilidad de los datos.

f) El empresario podrá impedir al consumidor cualquier uso posterior de los contenidos o servicios digitales, en particular, haciendo que estos no sean accesibles para el consumidor o inhabilitándole la cuenta de usuario, sin perjuicio de lo dispuesto en la letra d).

La locución «en particular» supone que los medios que el empresario puede utilizar para impedir al consumidor un uso posterior de los contenidos o servicios digitales (hacer que esos contenidos o servicios no sean accesibles o inhabilitarle su cuenta de usuario) son solo ejemplos que no impiden recurrir a otros medios. En el supuesto de que el empresario inhabilite la cuenta de usuario del consumidor y este hubiera suministrado datos personales o contenido, distinto de los datos personales, proporcionado o creado por el consumidor al utilizar los contenidos o servicios digitales suministrados por el empresario, este deberá asegurarse de que

<sup>28</sup> TWIGG-FLESNER, Ch., «Comentario al art. 16 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 291.

<sup>29</sup> Este podría ser el caso de un correo electrónico enviado por el empresario con un vínculo (*link*) que permita al consumidor recuperar los contenidos digitales, pero limitando su uso a un plazo de solo veinticuatro horas.

el consumidor puede recuperar los datos personales de acuerdo con lo dispuesto por el RGPD y el contenido distinto de los datos personales de conformidad con los requisitos del apartado 5 del artículo 119 ter, letras c) y d), del TRLCU.

### 3.2.2 Obligaciones del consumidor

El apartado 6 del artículo 119 ter del TRLCU señala que, en caso de resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, las obligaciones del consumidor serán las siguientes.

a) Tras la resolución del contrato, el consumidor se abstendrá de utilizar los contenidos o servicios digitales y de ponerlos a disposición de terceros<sup>30</sup>.

El significado de qué puede abarcar «poner a disposición de terceros» los contenidos o servicios digitales por parte del consumidor que haya ejercitado su derecho a resolver el contrato es particularmente amplio. Podría incluirse la conducta del consumidor que permite a otras personas acceder a los contenidos o servicios digitales suministrados, e incluso el hecho de que esas personas hagan copias en sus propios aparatos del contenido digital vinculado al contrato celebrado entre el consumidor y el suministrador. Este sería el caso de las plataformas de *streaming* que autorizan al consumidor que ha suscrito un contrato de suministro de servicio digital permitir que un número adicional de usuarios puedan acceder a dicho servicio desde sus propios aparatos. También englobaría la obligación del consumidor de no permitir el acceso al servicio digital a nuevos usuarios, una vez que ha expirado su suscripción a la plataforma de *streaming*<sup>31</sup>.

b) Cuando los contenidos digitales se hayan suministrado en un soporte material, el consumidor, a solicitud y a expensas del empresario, devolverá el soporte material a este último sin demora indebida. Si el empresario decide solicitar la devolución del soporte material, dicha solicitud se realizará en el plazo de catorce días a partir de la fecha en que se hubiese informado al empresario de la decisión del consumidor de resolver el contrato.

En este caso, se trata de una obligación a cargo del consumidor de devolver el soporte material en que se contenga el contenido digital. Como

<sup>30</sup> Considerando 72 de la Directiva (UE) 2019/770.

<sup>31</sup> TWIGG-FLESNER, Ch., «Comentario al art. 17 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 300.

se puede observar, solo se aplica al suministro «en un soporte material» de contenidos digitales. No es de aplicación al suministro de servicios digitales. El artículo 59 bis, apartado 1, letra q), del TRLCU, se refiere al que denomina «soporte duradero»<sup>32</sup>, poniendo como ejemplos de dicho soporte, entre otros, a las memorias USB los CD-ROM, los DVD y las tarjetas de memoria.

La obligación del consumidor de devolver el soporte material no surge directamente desde el momento en que tenga lugar la resolución del contrato, sino que se requiere una solicitud o petición del empresario en este sentido. Sin ella, el consumidor no deberá devolver el soporte material. Ni siquiera sería suficiente, tal y como se ha redactado la letra b) del artículo 119 ter, apartado 6, del TRLCU, que se hubiera incluido una cláusula en el contrato de suministro del contenido digital que obligara al consumidor a devolver el soporte material una vez producida la resolución del contrato. Aunque no se establece ningún requisito de forma para la solicitud de devolución, parece razonable pensar que el empresario podrá realizarla utilizando el mismo medio de comunicación empleado por el consumidor para expresar su voluntad de resolver el contrato<sup>33</sup>. El empresario deberá realizar su solicitud para que el consumidor devuelva el soporte material en el plazo de catorce días a partir de la fecha en que hubiese sido informado de la decisión del consumidor de resolver el contrato. Esto implica que el empresario deberá tener conocimiento de la decisión del consumidor de resolver el contrato antes de que empiece a contar el plazo de catorce días (naturales) durante el cual el empresario podrá reclamarle la devolución del soporte material.

El consumidor estará obligado a devolver el soporte material, por ejemplo, de la misma manera en que lo recibió, al no indicarse nada al respecto en el artículo 119 ter, apartado 5, letra b), el TRLCU<sup>34</sup>. Pero esa devolución no debiera hacerle incurrir en cargas o costes excesivos. Por ejemplo, si el soporte material que contiene el contenido digital lo hubiera comprado físicamente el consumidor en un establecimiento comercial alejado de su

<sup>32</sup> El legislador español no usa el término de «soporte material», que es el que emplea el artículo 17.2 de la Directiva (UE) 2019/770, así como también el considerando 20 de la misma Directiva cuando pone algunos ejemplos, ambos en su versión española, porque ha copiado el término de «soporte duradero» del artículo 2, núm. 13, de la Directiva (UE) 2019/770.

<sup>33</sup> TWIGG-FLESNER, Ch., «Comentario al art. 17 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, pp. 300-301.

<sup>34</sup> Tampoco lo indica el artículo 17.2 de la Directiva (UE) 2019/770.

domicilio, no parece adecuado que se le exija acudir a ese mismo establecimiento para realizar la devolución, bastando con que entregue el soporte material en otro más cercano, si lo hubiera. En caso contrario, podría utilizar el servicio postal o un servicio de mensajería. Si el consumidor hubiera adquirido el soporte material por un medio de comunicación a distancia, entonces estaría legitimado a utilizar para su devolución simplemente el servicio postal, y no cualquier otro servicio de mensajería o transporte de naturaleza privada. De esta forma, se cumpliría el requisito de que la devolución a cargo del consumidor se haga «a expensas del empresario»<sup>35</sup>.

El consumidor deberá realizar la devolución del soporte material sin demora indebida, que es el mismo criterio que se aplica, con carácter general, a la obligación de reembolso a cargo del empresario en caso de reducción del precio o de resolución del contrato a que se refiere el artículo 119 quater del TRLCU, y a cuyo comentario me remito. Naturalmente, la «demora indebida» deberá valorarse de una forma flexible, atendidas las circunstancias del caso.

Por último, debe ponerse de relieve que la obligación del consumidor de realizar la devolución del soporte material es independiente de la obligación de reembolso, a cargo del empresario, de los importes pagados por el consumidor a que se refiere la letra a) del artículo 119 ter, apartado 5, del TRLCU. Sin embargo, en los casos de ventas de bienes con elementos digitales incorporados sí que parece se ha condicionado el reembolso, a cargo del empresario, al cumplimiento por parte del consumidor de su obligación de devolver el soporte material. El párr. 2º del artículo 119 quater, apartado 1, del TRLCU señala que «no obstante lo anterior, en el caso de que se trate de la resolución de un contrato de compraventa de bienes, el plazo para el reembolso en el párrafo anterior empezará a contar a partir de que se haya dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 119 ter 4 a)», que es la restitución de los bienes por el consumidor a expensas del empresario. Si bien el deber de reembolso, a cargo del empresario, y el deber de devolución del soporte material, a cargo del consumidor son, en principio, deberes separados o independientes el uno del otro, el considerando 15 de la Directiva (UE) 2019/770 reconoce a los Estados miembros la libertad de regular «si el empresario ha de tener derecho a retener cualquier reembolso debido al consumidor en el momento de resolución del contrato hasta que este cumpla la obligación establecida en la presente Directiva, de

<sup>35</sup> TWIGG-FLESNER, Ch., «Comentario al art. 17 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 303.

devolverle el soporte material». El legislador español no ha hecho de esta posibilidad respecto del suministro de contenidos digitales.

c) Al consumidor no se le podrá reclamar ningún pago por cualquier uso realizado de los contenidos o servicios digitales durante el período previo a la resolución del contrato durante el cual los contenidos o servicios digitales no hayan sido conformes.

Se trata de una regla equivalente a la contenida en el artículo 118.7 del TRLCU respecto de los contratos de venta de bienes, a cuyo tenor, el consumidor no será responsable «de ningún pago por el uso normal de los bienes sustituidos durante el período previo a su sustitución».

Aunque lo dispuesto por esta letra c) se incardina entre las obligaciones que incumben al consumidor «en caso de resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales», lo cierto es que realmente no impone ninguna obligación a cargo del consumidor. Lo que hace es establecer límites a una posible responsabilidad del consumidor en lo que se refiere al pago que se le pudiera reclamar por el uso de los contenidos o servicios, completando lo dispuesto por el artículo 119 ter, apartado 5, letra a), del TRLCU. El consumidor no podrá ser obligado a efectuar ningún pago «por cualquier uso realizado de los contenidos o servicios digitales» durante el período previo a la resolución del contrato en que los contenidos o servicios no eran conformes. Se amplía de esta forma por la vía legal lo que es un criterio de la jurisprudencia europea en los supuestos de sustitución de un bien no conforme por la utilización de ese bien «hasta su sustitución por un nuevo bien» (STJCE de 17 de abril de 2008, asunto C-404/06, caso *Quelle*, ECLI:EU:2008: 231, *Tol. 1.279.381*, apdo. 43).

Ese «cualquier uso», a que alude la letra c), y que es copia de lo dispuesto por el artículo 17.3 de la Directiva (UE) 2019/770, quizás debiera matizarse aplicando el criterio del artículo 14.4 de la Directiva (UE) 2019/771, que se refiere a un uso «normal» por el consumidor de los bienes sustituidos durante el período previo a la sustitución. En los casos de ventas de bienes, su uso debe considerarse «normal» cuando sea acorde con la índole y la finalidad de los bienes<sup>36</sup>.

<sup>36</sup> Considerando 57 de la Directiva (UE) 2019/771.

#### IV. LA RESOLUCIÓN DEL CONTRATO EJERCITADA POR EL EMPRESARIO SUMINISTRADOR DE CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES

La Directiva (UE) 2019/770 solo se ocupa de la resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales ejercitada por el consumidor, dejando en manos de los Estados miembros la posibilidad de regular las consecuencias para los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales en caso de que el consumidor retire el consentimiento para el tratamiento de sus datos personales<sup>37</sup>. De acuerdo con ello, el apartado 7 del artículo 119 ter del TRLCU incluye una regla que autoriza al empresario que hubiera suministrado contenidos o servicios digitales a resolver el contrato cuando el consumidor ejercite su derecho a retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de datos personales «siempre y cuando el suministro de los contenidos y servicios digitales sea continuo o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte. En ningún caso el ejercicio de estos derechos por el consumidor supondrá el pago de penalización alguna a su cargo».

Por tanto, no hay duda de que el legislador español tenía la capacidad legislativa para incorporar a nuestro ordenamiento una norma como la descrita. Cuestión bien diferente es como coexistir dos exigencias contrapuestas: de un lado, las concretas prescripciones de un contrato de suministro de contenidos o servicios digitales en el que el consumidor facilita al empresario datos personales; de otro, la libre revocabilidad que incumbe a todo interesado para revocar su consentimiento al tratamiento de datos personales<sup>38</sup>. De hecho, el artículo 6.3 de la LPDP señala que «no podrá supeditarse la ejecución del contrato a que el afectado consienta el tratamiento de los datos personales para finalidades que no guarden relación con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual». Con razón se ha puesto de relieve que no parece adecuado que el legislador español haya optado por un planteamiento como el que se contiene en el artículo 119 ter, apartado 7 del TRLCU sin ninguna precisión acerca de los fines del tratamiento de los datos personales ni tampoco

<sup>37</sup> Considerando 40 de la Directiva (UE) 2019/770.

<sup>38</sup> Artículos 7.3 y 21 del RGPD.

sobre la necesidad del uso de esos datos para la ejecución o cumplimiento del contrato<sup>39</sup>.

El supuesto de hecho que contempla el artículo 119 ter, apartado 7, del TRLCU se refiere a los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales en que el consumidor no paga un precio, limitándose a facilitar al empresario datos personales. Pero, naturalmente, para que el empresario pueda disponer de su derecho de «resolución» se requiere que el suministro de ellos contenidos o servicios sea continuo «o consista en una serie de actos individuales y se encuentre pendiente de ejecutar en todo o en parte». Se cumple, de esta manera, una exigencia imprescindible en materia de resolución de obligaciones bilaterales, según la cual, el que pretenda ejercitar la resolución, en este caso el empresario, debe haber cumplido o estar dispuesto a cumplir su obligación. En cambio, la otra parte debe haber incumplido la suya al retirar su consentimiento u oponerse al tratamiento de datos personales. Como refuerzo para proteger la libertad del consumidor a la hora de no permitir el tratamiento de datos personales, el artículo 119 ter, apartado 4, del TRLCU recalca que en ningún caso el ejercicio por el consumidor de sus derechos de retirar su consentimiento o de oponerse al tratamiento de datos personales «supondrá el pago de penalización alguna a su cargo».

A partir de aquí, solo hay dudas y preguntas sin respuesta. Algunas de ellas podrían ser las relativas a qué ocurrirá en los casos en que el contrato siga vigente en cuanto a las obligaciones del consumidor a facilitar datos, aunque el suministrador hubiera ejecutado completamente su prestación y continuase tratando los datos; a si sería lícita la resolución por el empresario cuando el consumidor no hubiera actualizado los datos personales, a pesar de existir una estipulación contractual en ese sentido o, incluso, a si se podría interpretar que el ejercicio del derecho de resolución también podría corresponder al vendedor de bienes con elementos digitales, cuando el consumidor retire su consentimiento o se oponga al tratamiento de sus datos personales. Algún autor ha apuntado que, más que una auténtica resolución, si se sostiene que no existe auténtica obligación a cargo del consumidor, podría considerarse que el artículo 119 ter, apartado 4, del TRLCU ha introducido un derecho

<sup>39</sup> 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 y servicios digitales. (La transposición de las Directivas 2019/770 y 2019/771)», *La Ley*, núm. 9887, 08/07/2021, p. 24.

del empresario a desistir, lícita y unilateralmente, del contrato ante unas nuevas circunstancias que pueden hacer inviable económicamente para él el mantenimiento del contrato<sup>40</sup>.

<sup>40</sup> *Ibidem*.

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

1. Todo reembolso que el empresario deba realizar al consumidor o usuario debido a la reducción del precio o a la resolución del contrato se ejecutará sin demora indebida y, en cualquier caso, en un plazo de catorce días a partir de la fecha en la que el empresario haya informado de la decisión del consumidor o usuario de reclamar su correspondiente derecho.

No obstante lo anterior, en el caso de que se trate de la resolución de un contrato de compraventa de bienes, el plazo para el reembolso en el párrafo anterior empezará a contar a partir de que se haya dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 119 ter 4 a).

2. El empresario efectuará el reembolso indicado en el apartado anterior utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor o usuario para la adquisición del bien o de los contenidos o servicios digitales, salvo que se hubiese acordado expresamente entre las partes de otro modo, y siempre que no suponga un coste adicional para el consumidor o usuario.

3. El empresario no podrá imponer al consumidor o usuario ningún cargo por el reembolso.

---

## **COMENTARIO**

*Por Javier Lete Achirica*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PLAZOS DE REEMBOLSO.** 2.1 Reembolso sin demora indebida. 2.2 Reembolso en un plazo de catorce días. 2.3 Devolución del soporte material como condición para el reembolso. **III. MODALIDADES DEL REEMBOLSO.** 3.1 El mismo medio de pago empleado por el consumidor. 3.2 Acuerdo expreso para utilizar otro medio de pago. **IV. NO IMPOSICIÓN DE CARGOS POR EL REEMBOLSO.** 4.1 Costes adicionales por usar un determinado medio de pago. 4.2 El empresario no puede imponer ningún cargo por el reembolso.

### **I. INTRODUCCIÓN**

El artículo 119 quater del TRLCU tiene su origen en la habilitación que contiene el artículo 16.3 *in fine* de la Directiva (UE) 2019/771, que permite a los Estados miembros determinar las modalidades de devolución y reembolso en caso de reducción del precio o de resolución del contrato. Más concretamente, el considerando 60 de la Directiva (UE) 2019/771 señala

que «los Estados miembros deben poder regular las modalidades del reembolso del precio al consumidor, por ejemplo, las modalidades relativas a los medios utilizados para dicho reembolso o los posibles costes y tasas que se hayan pagado como consecuencia del reembolso. Los Estados miembros deben también, por ejemplo, tener la facultad de establecer determinados plazos para el reembolso del precio o la devolución de los bienes».

Por su parte, aunque el artículo 18 de la Directiva (UE) 2019/770 impone al empresario que haya suministrado contenidos o servicios digitales un conjunto preciso de obligaciones sobre cómo debe realizar el reembolso del precio en favor del consumidor en los supuesto en que este tenga derecho a solicitar la reducción del precio o la resolución del contrato, guarda silencio respecto de la consecuencias que el incumplimiento de dichas obligaciones pueda provocar, dejando a los Estados miembros la responsabilidad de regular esta cuestión<sup>1</sup>.

Para que pueda tener lugar la aplicación de lo dispuesto en el artículo 119 quater del TRLCU, el reembolso por parte del empresario en caso de reducción del precio o de la resolución del contrato, se requiere previamente que se haya pagado un precio por el consumidor por los bienes vendidos o por los contenidos o servicios digitales suministrados.

## II. PLAZOS DE REEMBOLSO

A tenor del apartado 1 del artículo 119 quater del TRLCU, todo reembolso que el empresario deba realizar al consumidor debido a la reducción del precio o a la resolución del contrato se ejecutará sin demora indebida y, en cualquier caso, en un plazo de catorce días a partir de la fecha en la que el empresario haya sido informado de la decisión del consumidor de reclamar su correspondiente derecho.

### 2.1 Reembolso sin demora indebida

El empresario debe actuar con prontitud para cumplir su obligación de reembolsar al consumidor el precio debido en caso de reducción o de resolución del contrato. No obstante, la expresión «sin demora indebida»,

<sup>1</sup> Según el artículo 21.1 de la Directiva (UE) 2019/771, «los Estados miembros garantizarán la existencia de medios adecuados y efectivos para asegurar la efectividad de la presente Directiva».

que utiliza el apartado 1 del artículo 119 quater del TRLCU no debe interpretarse en el sentido de que el empresario deba ejecutar el reembolso de forma inmediata, una vez que el consumidor haya ejercitado su derecho a la reducción del precio o de la resolución del contrato. Parece admisible que pueda transcurrir un breve período de tiempo entre que el empresario recibe la decisión del consumidor y procede a ejecutarla. De esta manera, el empresario podría comprobar si el consumidor tiene efectivamente derecho al remedio que solicita y, asimismo, asegurarse de que la cuantía del reembolso es correcta. Por otro lado, cuando el suministro de los contenidos o servicios digitales se haga en un acto único y la falta de conformidad sea aparente poco tiempo después, parece razonable imaginar que el empresario deba ejecutar el reembolso en un plazo muy breve<sup>2</sup>.

### 2.2 Reembolso en un plazo de catorce días

Se establece un plazo máximo de catorce días «a partir de la fecha en que el empresario haya sido informado de la decisión del consumidor de reclamar su correspondiente derecho». Aunque este plazo pueda terminar convirtiéndose *de facto* en el plazo general de los empresarios para realizar el reembolso en caso de reducción del precio o de resolución del contrato, eso no quiere decir que ese sea, propiamente, el planteamiento del apartado 1 del artículo 119 quater del TRLCU<sup>3</sup>. Al contrario, como ya se ha indicado, «se ejecutará sin demora indebida, y, en cualquier caso, en un plazo de catorce días». Es decir, que dicho plazo constituye una regla subsidiaria en defecto de la principal de cumplir «sin demora indebida».

El plazo de catorce días es el mismo de que dispone el consumidor en materia de ejercicio del derecho de desistimiento con arreglo a lo dispuesto por el artículo 71 del TRLCU. A pesar de que el apartado 1 del artículo 119 quater del TRLCU no lo menciona de forma expresa, esos catorce días son días naturales por aplicación de lo dispuesto por el artículo 5.2 del CC. Por analogía, podría también utilizarse como argumento el artículo 71.1 del TRLCU.

<sup>2</sup> TWIGG-FLESNER, Ch., «Comentario al art. 18 Directiva (UE) 2019/770», en AA.VV. (ed. SCHULZE, R./STAUDENMAYER, D.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, p. 310.

<sup>3</sup> Ni tampoco el del artículo 18.1 de la Directiva (UE) 2019/770, respecto de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, en el que se inspira.

### 2.3 Devolución del soporte material como condición para el reembolso

En caso de resolución del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales, el apartado 6 del artículo 119 ter, letra b) autoriza al empresario a solicitar la devolución, por parte del consumidor, del soporte material en que se hubieran suministrado los contenidos o servicios digitales. Esa solicitud del empresario deberá realizarse en el plazo de catorce días «a partir de la fecha en que se hubiese informado al empresario de la decisión del consumidor de resolver el contrato». La devolución por el consumidor del soporte material deberá hacerse, también, «sin demora indebida».

El deber de reembolso, a cargo del empresario, y el deber de devolución del soporte material, a cargo del consumidor son, en principio, deberes separados o independientes el uno del otro, si bien el considerando 15 de la Directiva (UE) 2019/770 dice que los Estados miembros deben tener la libertad de regular «si el empresario ha de tener derecho a retener cualquier reembolso debido al consumidor en el momento de resolución del contrato hasta que este cumpla la obligación establecida en la presente Directiva, de devolverle el soporte material». En este contexto, el párr. 2.º del apartado 1 del artículo 119 quater del TRLCU señala que «no obstante lo anterior, en el caso de que se trate de la resolución de un contrato de compraventa de bienes, el plazo para el reembolso en el párrafo anterior empezará a contar a partir de que se haya dado cumplimiento a lo previsto en el artículo 119 ter 4 a)». Es decir, en los casos de ventas de bienes con elementos digitales incorporados sí que parece haberse condicionado el reembolso, a cargo del empresario, al cumplimiento por parte del consumidor de su obligación de devolver el soporte material. No rige esta regla, en cambio, respecto de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales.

## III. MODALIDADES DEL REEMBOLSO

El apartado 2 del artículo 119 ter del TRLCU indica que en los casos de reducción del precio o de resolución del contrato el empresario deberá efectuar el reembolso utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la adquisición del bien o de los contenidos o servicios digitales, salvo que se hubiese acordado expresamente entre las partes de otro modo.

### 3.1 El mismo medio de pago empleado por el consumidor<sup>4</sup>

Por tanto, si el consumidor utilizó una tarjeta de débito o de crédito para pagar los bienes recibidos o el suministro de los contenidos o servicios digitales, el empresario deberá utilizar ese mismo sistema de pago para efectuar el reembolso. Si el consumidor realizó una transferencia bancaria para pagar, el empresario tendrá que hacer una transferencia del precio a la misma cuenta desde la que operó el consumidor. Naturalmente, el «precio» que el empresario debe reembolsar, en caso de reducción del precio o de resolución del contrato, puede incluir toda «representación digital de valor, pagadero a cambio del suministro de contenidos o servicios digitales» a que se refiere el núm. 7 del artículo 2 de la Directiva (UE) 2019/770 cuando define el precio. El artículo 59 bis del TRLCU olvida, en cambio, definir qué debe entenderse por «precio». Si el pago del precio en la venta de bienes (o de bienes con elementos digitales) se hubiese realizado en efectivo, el empresario vendría obligado a devolverlo de la misma manera. Al margen de que dicha hipótesis pueda ser poco frecuente, en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales en muchas ocasiones no podrá efectuarse el pago del precio en efectivo por celebrarse el contrato por un medio de comunicación a distancia (teléfono, correo electrónico, internet, etc.).

### 3.2 Acuerdo expreso para utilizar otro medio de pago

El apartado 2 del artículo 119 ter del TRLCU permite a las partes que celebraron la venta de bienes o el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales pactar entre ellas que el reembolso, en caso de reducción del precio o de resolución del contrato, se haga mediante un medio de pago diferente al que utilizó el consumidor para adquirir los bienes u obtener el suministro de los contenidos o servicios digitales. A este respecto, pueden distinguirse dos hipótesis. En la primera, el empresario ofrece al consumidor un medio de pago alternativo para hacer el reembolso que el consumidor podrá aceptar o rechazar según le convenga. Si lo rechaza, el empresario no tendrá más remedio que efectuar el reembolso «utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor». En la segunda, el consumidor podría solicitar al empresario que utilizase para el reembolso un medio de pago distinto. Naturalmente, el empresario podría negarse y cumplir su obligación de reembolso mediante el medio de pago que pre-

<sup>4</sup> Artículo 13.1, párr. 2.º, de la Directiva 2011/783/UE.

viamente utilizó el consumidor. En cambio, si estuviese de acuerdo en la nueva elección propuesta por el consumidor, no habría problema con el tenor literal del apartado 2 del artículo 119 quater del TRLCU, que solo indica que «se hubiese acordado expresamente entre las partes» otro medio de pago. No ocurre así con el artículo 18.2 de la Directiva (UE) 2019/770, que señala que es el consumidor quien debe acordar expresamente el uso de otro medio de pago, lo cual ha sido interpretado en el sentido de que para poder admitir la utilización de un medio de pago diferente al empleado inicialmente por el consumidor solo cabría incluir en ese supuesto la propuesta que sobre ello proceda de la iniciativa del empresario si fuera aceptada de forma expresa por el consumidor<sup>5</sup>.

Que el acuerdo entre el empresario y el consumidor para utilizar otro medio de pago para el reembolso, diferente al empleado por el consumidor para adquirir los bienes o los contenidos o servicios digitales, tenga que ser «expreso» puede interpretarse en el sentido de que no sería posible incluir dicho acuerdo en una condición general del contrato. De esta manera, el acuerdo para utilizar otro medio de pago solo sería expreso cuando se alcance entre el empresario y el consumidor inmediatamente antes de que tenga lugar el reembolso del precio<sup>6</sup>.

#### IV. NO IMPOSICIÓN DE CARGOS POR EL REEMBOLSO

Además de regular los plazos y las modalidades del reembolso, el artículo 119 quater del TRLCU pretende conseguir que el consumidor no se vea obligado a pagar ningún coste adicional por el reembolso que deba efectuar el empresario «debido a la reducción del precio o a la resolución del contrato». El artículo 119 quater del TRLCU contempla dos situaciones distintas en las que el reembolso a favor del consumidor no puede incluir costes adicionales.

#### 4.1 Costes adicionales por usar un determinado medio de pago

El apartado 2 del artículo 119 quater del TRLCU, señala que el empresario efectuará el reembolso indicado en el apartado anterior utilizando el mismo medio de pago empleado por el consumidor para la adquisición del bien o de los contenidos o servicios digitales, salvo que se hubiese acordado expresamente entre las partes de otro modo, y siempre que no suponga un coste adicional para el consumidor. De su tenor literal parece inferirse que no se podrán exigir costes adicionales por el empresario cuando utilice para realizar el reembolso el mismo medio de pago que el empleado por el consumidor ni tampoco cuando ambos hubieran acordado expresamente otro medio de pago.

Por «coste adicional» se alude aquí a cualquier coste repercutido por un tercero, no por el empresario que deba cumplir su deber de reembolso en favor del consumidor en caso de reducción del precio o de resolución del contrato, como se desprende de lo dispuesto por el apartado 3 del artículo 119 quater del TRLCU. Ese tercero podría ser un banco o cualquier otro proveedor de servicios de pago. No obstante, la prohibición de repercutir algún coste adicional sobre el consumidor podría no excluir la posibilidad de cargarle los costes de conversión a una moneda diferente si la cuenta bancaria del consumidor estuviera nominada en divisa distinta a la del empresario<sup>7</sup>.

#### 4.2 El empresario no puede imponer ningún cargo por el reembolso

El apartado 3 del artículo 119 quater del TRLCU señala que el empresario no podrá imponer al consumidor «ningún cargo por el reembolso». Se trata de evitar así que el empresario pretenda exigir al consumidor el pago de algún cargo «de gestión», como por ejemplo por verificar que el consumidor tiene derecho al remedio (reducción del precio o resolución del contrato) que le autoriza a obtener el reembolso<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> TWIGG-FLESNER, Ch., «Comentario al art. 18 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, pp. 312-313.

<sup>6</sup> TWIGG-FLESNER, Ch., «Comentario al art. 18 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 313.

<sup>7</sup> TWIGG-FLESNER, Ch., «Comentario al art. 18 Directiva (EU) 2019/770», *cit.*, p. 314.

<sup>8</sup> TWIGG-FLESNER, Ch., «Comentario al art. 18 Directiva (EU) 2019/770», *cit.*, p. 315.

## CAPÍTULO III

### Ejercicio de derechos por el consumidor y usuario

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

1. En el caso de contrato de compraventa de bienes o de suministro de contenidos o servicios digitales suministrados en un acto único o en una serie de actos individuales, el empresario será responsable de las faltas de conformidad que existan en el momento de la entrega o del suministro y se manifiesten en un plazo de tres años desde la entrega en el caso de bienes o de dos años en el caso de contenidos o servicios digitales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 115 ter, apartado 2, letras a) y b).

En los bienes de segunda mano, el empresario y el consumidor o usuario podrán pactar un plazo menor al indicado en el párrafo anterior, que no podrá ser inferior a un año desde la entrega.

2. 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 digitales durante un período de tiempo determinado, el empresario será responsable de cualquier falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales que se produzca o se manifieste dentro del plazo durante el cual deben suministrarse los contenidos o servicios digitales de acuerdo con el contrato. No obstante, si el contrato de compraventa de bienes con elementos digitales establece el suministro continuo de los contenidos o servicios digitales durante un período inferior a tres años, el plazo de responsabilidad será de tres años a partir del momento de la entrega.

---

#### COMENTARIO

*Por Javier Lete Achirica*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. PLAZO PARA LA MANIFESTACIÓN DE LA FALTA DE CONFORMIDAD.**  
2.1 Naturaleza del plazo. 2.2 Duración y cómputo. 2.2.1 Regla general. 2.2.2 Plazo para los bienes de segunda mano.

## I. INTRODUCCIÓN

A diferencia de la regulación anterior en materia de garantías y servicios postventa, que reconocía un plazo de dos años para la manifestación de la falta de conformidad en las ventas de bienes nuevos, el RD-Ley 7/2021 lo ha ampliado a tres años en los contratos de compraventa de bienes nuevos, al amparo de la facultad que confiere a los Estados miembros el considerando 41 *in fine* de la Directiva (UE) 2019/771, a cuyo tenor «a fin de garantizar a los Estados miembros flexibilidad para mejorar el grado de protección de los consumidores en su Derecho nacional, los Estados miembros deben poder prever plazos más largos que los establecidos en la presente Directiva para la responsabilidad del vendedor». De esta manera, el legislador español ha fijado un plazo de tres años para la manifestación de la falta de conformidad respecto de la venta de bienes y de bienes con elementos digitales, plazo que empezará a contarse desde su entrega. Por el contrario, en el caso de los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, el plazo para la manifestación de la falta de conformidad es, en principio, de dos años desde el suministro tales contenidos o servicios<sup>1</sup>.

## II. PLAZO PARA LA MANIFESTACIÓN DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

El artículo 120.1 del TRLCU señala que «en el caso de contrato de compraventa de bienes o de suministro de contenidos o servicios digitales suministrados en un acto único o en una serie de actos individuales, el empresario será responsable de las faltas de conformidad que existan en el momento de la entrega o del suministro y se manifiesten en un plazo de tres años desde la entrega en el caso de bienes o de dos años en el caso de contenidos o servicios digitales, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 115 ter, apartado 2, letras a) y b)».

<sup>1</sup> Del tenor literal del considerando 41 de la Directiva (UE) 2019/771 se desprende que el plazo para la manifestación de la falta de conformidad en los contratos de compraventa de bienes con elementos digitales es de dos años en la Directiva.

### 2.1 Naturaleza del plazo

Los plazos para la manifestación de la falta de conformidad, que regula el artículo 120 del TRLCU, son plazos de índole material o de duración del derecho, en virtud de los cuales el empresario solo está obligado a responder frente al consumidor por los defectos que se manifiesten desde la entrega de los bienes o de los bienes con elementos digitales incorporados, desde el suministro de los contenidos o servicios digitales (suministrados en un acto único o en una serie de actos individuales) o durante el período fijado por el contrato para el suministro continuo de contenidos o servicios digitales o de bienes con elementos digitales. Transcurridos los plazos correspondientes, cualquier defecto o falta de conformidad que aparezca después será jurídicamente irrelevante<sup>2</sup>. Aunque funcionan con la mecánica propia de los plazos de caducidad, no se identifican propiamente con ellos, porque los plazos de caducidad son plazos para el ejercicio de la acción, y los plazos de garantía se refieren a la aparición o manifestación de los defectos o faltas de conformidad<sup>3</sup>. Esto explica por qué el Libro Verde sobre las garantías de los bienes de consumo y los servicios postventa de 15 de noviembre de 1993, donde la Comisión desarrollaba ideas para la adopción de futuras acciones legislativas al respecto, denomina al plazo de garantía legal, de forma indistinta, como plazo «material» o «plazo de garantía»<sup>4</sup>.

### 2.2 Duración y cómputo

#### 2.2.1 Regla general

En los casos de ventas de bienes nuevos y de bienes con elementos digitales, el empresario será responsable de las faltas de conformidad (de los bienes o de los elementos digitales incorporados) que existan en el momento de la entrega y se manifiesten en un plazo de tres años desde

<sup>2</sup> 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. 551.

<sup>3</sup> PARRA LUCÁN, M. A., «Comentario al art. 12 LOCM» en AA.VV. (coords. BERCOVITZ, R./LEGUINA, J.). *Comentarios a las Leyes de ordenación del comercio minorista*, Civitas, Madrid, 1997, p. 217.

<sup>4</sup> Doc. COM(93) 509 final, pp. 44-45.

la entrega (artículo 120.1 del TRLCU). Hay aquí una distinción bien definida entre el período para que se produzca la falta de conformidad y el período para que esta se manifieste. Se convierte así la manifestación de la no conformidad en elemento del supuesto de hecho de la responsabilidad del empresario<sup>5</sup>, lo cual no sucede en las ventas de bienes con elementos digitales incorporados cuando haya una obligación de suministro continuo de contenidos o servicios digitales (artículo 120.2 del TRLCU)<sup>6</sup>.

En los casos de contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, suministrados en un acto único (por ejemplo, cuando se descarga un libro electrónico y se almacena en un dispositivo personal) o en una serie de actos individuales (por ejemplo, cuando el consumidor recibe un enlace para descargar un nuevo libro electrónico cada semana), el empresario será responsable de las faltas de conformidad que existan en el momento del suministro y se manifiesten en un plazo de dos años desde el suministro. El elemento distintivo de esta categoría de contenidos o servicios digitales es el hecho de que los consumidores tienen posteriormente la posibilidad de acceder a los contenidos o servicios digitales y de utilizarlos indefinidamente. En tales casos, la conformidad de los contenidos o servicios digitales debe valorarse en el momento del suministro y, por tanto, el empresario debe ser considerado responsable únicamente por la falta de conformidad que exista en el momento en que tenga lugar el único acto de suministro o cada acto individual de suministro<sup>7</sup>.

En los casos de contratos de suministro de contenidos o servicios digitales o de bienes con elementos digitales, cuando el contrato prevea el suministro continuo de tales contenidos o servicios durante un período determinado, el empresario será responsable de cualquier falta de conformidad que se produzca o se manifieste dentro del plazo durante el cual deben

<sup>5</sup> BADOSA COLL, F., «El elemento temporal en el supuesto de hecho de la responsabilidad del vendedor. Los plazos del artículo 5 de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo de 25 de mayo de 1999 sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo» en AA.VV. (ed. LETE ACHIRICA, J.), *Garantías en la venta de bienes de consumo/Les garanties dans la vente de biens de consommation*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2004, p. 127.

<sup>6</sup> GSELL, B./ARALDI, R., «Plazos de las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos y servicios digitales y la Directiva (UE) 2019/771 sobre el contrato de compraventa de bienes», *Cuadernos de derecho transnacional*, 2/2020, p. 482.

<sup>7</sup> Considerando 56 de la Directiva (UE) 2019/771.

suministrarse los contenidos o servicios digitales con arreglo a lo pactado en el contrato (artículo 120.2 del TRLCU). Es decir, habrá que atenerse al plazo acordado por las partes para el suministro de los contenidos o servicios digitales o de los bienes con elementos digitales. Dicho plazo podría ser, incluso, superior a tres años. En cambio, si el contrato de compraventa de bienes con elementos digitales establece el suministro continuo de los contenidos o servicios digitales durante un período inferior a tres años, «el plazo de responsabilidad será de tres años a partir del momento de la entrega» (artículo 120.2 *in fine* del TRLCU). En estos supuestos se plantea el problema de los defectos «que se produzcan o se manifiesten» en los plazos indicados, pero que no se manifiesten inmediatamente<sup>8</sup>.

El suministro continuo de contenidos o servicios digitales puede incluir aquellos casos en los que el empresario pone un servicio a disposición de los consumidores durante un período determinado o por un período indefinido, como sería el caso de un contrato de almacenamiento de datos en la nube durante dos años o de un registro como miembro de una plataforma de medios sociales por un período indefinido. El elemento distintivo de esta categoría es el hecho de que los contenidos o servicios digitales están disponibles o son accesibles para los consumidores, únicamente durante el período determinado del contrato o mientras esté en vigor el contrato indefinido. Por lo tanto, está justificado que, en tales casos, el empresario solo tenga que ser responsable de la falta de conformidad que aparezca durante ese período de tiempo. El suministro continuo no debe implicar necesariamente un suministro a largo plazo. Casos como la retransmisión en línea de un videoclip deben considerarse un suministro continuo durante un período de tiempo, independientemente de la duración real que tenga el archivo audiovisual. Casos en los que determinados elementos de los contenidos o servicios digitales estén disponibles periódicamente o en varias ocasiones durante el período determinado del contrato o durante el tiempo en que el contrato indefinido esté en vigor, también deben considerarse un suministro continuo durante un período de tiempo, por ejemplo, cuando el contrato estipule que una copia de un programa (*software*) antivirus se puede utilizar durante un año y se actualizará automáticamente el primer día de cada mes de dicho período, o que el empresario facilitará actualizaciones cada vez que nuevas características de un juego digital se hagan accesibles, y los contenidos o servicios digitales solo estarán disponibles o accesibles para los consumidores durante el período

<sup>8</sup> GSELL, B./ARALDI, R., «Plazos de las medidas correctoras...», *cit.*, pp. 484-485.

determinado de contrato o mientras esté en vigor el contrato indefinido<sup>9</sup>. Por consiguiente, el empresario será responsable de las faltas de conformidad que se manifiesten durante el tiempo fijado en el contrato en los casos de contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, cuando se prevea el suministro continuo de tales contenidos o servicios, bien sea un contrato pactado para un período de tiempo determinado, bien se trate de un contrato por tiempo indefinido.

Cuando se trate de bienes o contenidos digitales que hubieran sido puestos en conformidad, el artículo 122.3 del TRLCU indica que, durante el año posterior a la entrega del bien o al suministro del contenido o servicio digital ya conforme, «el empresario responderá de las faltas de conformidad que motivaron la puesta en conformidad, presumiéndose que se trata de la misma falta de conformidad cuando se reproduzcan los defectos del mismo origen que los inicialmente manifestados». Me remito al comentario de dicho artículo 122 del TRLCU.

Más allá de los plazos fijados, el riesgo de la falta de conformidad lo deberá soportar el consumidor, aunque sea preexistente a la entrega de los bienes o al suministro de los contenidos o servicios digitales y desconocido por el consumidor<sup>10</sup>.

El artículo 120 del TRLCU señala que el *dies a quo* del cómputo de los plazos de garantía es la entrega del bien o el suministro de los contenidos o servicios digitales. Esto plantea la cuestión de saber cuándo se entiende realizada la entrega o el suministro. Si bien tras la transposición de la Directiva 1999/44/CE en nuestro ordenamiento se defendió la idea de que debía ser una entrega material o efectiva<sup>11</sup>, de manera idéntica a como lo había regulado el artículo 39.2 de la Convención de Viena, que se refiere

<sup>9</sup> Considerando 57 de la Directiva (UE) 2019/770.

<sup>10</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 123 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. 1779.

<sup>11</sup> VERGEZ SÁNCHEZ, M., *La protección del consumidor en la Ley de garantías en la venta de bienes de consumo*, Aranzadi, Pamplona, 2004, p. 107, CASTILLA BAREA, M., *El nuevo régimen legal de saneamiento en la venta de bienes de consumo*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 181 y AVILÉS GARCÍA, *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. 321.

a la puesta efectiva de las mercaderías en poder del comprador<sup>12</sup>, hoy no parece haber duda al respecto. Según el apartado 1 del artículo 66 bis del TRLCU, 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. También desde la celebración del contrato el empresario suministrará los contenidos o servicios digitales sin demora indebida. La obligación de suministro por parte del empresario 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; b) el servicio digital sea accesible para el consumidor o para la instalación física o virtual elegida por el consumidor a tal fin.

Naturalmente, no es imprescindible que el sujeto que recibe el bien o el suministro de los contenidos o servicios digitales sea el propio consumidor. Este podría indicar que sea un tercero el que los reciba del empresario, momento a partir del cual empezarían a computar los plazos. En los casos de incorrecta instalación de los bienes o de integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales, a que alude el artículo 115 quater del TRLCU, la «entrega» del bien o el «suministro» de los contenidos o servicios digitales se producirán cuando el empresario o alguien en su nombre lleve a cabo la instalación de los bienes o la integración de los contenidos o servicios digitales (cundo se trate de una compraventa de bienes, su instalación debe estar incluida en el contrato) o cuando tenga lugar la entrega física de los bienes o los contenidos o servicios digitales son accesibles para su instalación física o virtual (si es el consumidor quien debe realizar la instalación o la integración de acuerdo con las instrucciones proporcionadas por el empresario)<sup>13</sup>.

La presunción sobre la fecha en que produce la entrega efectiva del bien del antiguo artículo 123.2 del TRLCU aparece hoy en el artículo 123.1 del TRLCU, que es reproducción literal de dicho precepto anterior,

<sup>12</sup> Se trata, por tanto, del momento de la recepción material de las mercaderías, que podría ser la efectivamente producida en plazo o la que debiera haberse producido de no haber mediado el retraso del comprador (MORALES MORENO, A. M., «Comentario al art. 39 CNUCCIM» en AA.VV. (dir. y coord. DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Thomson Civitas, Madrid, 1997, p. 342.

<sup>13</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 23 TRLCU», *cit.*, pp. 1780-1781.

ampliado a los contenidos o servicios digitales. A tenor de dicho artículo 123.1, «salvo prueba en contrario, la entrega o el suministro se entienden hechos en el día que figure en la factura o tique de compra, o en el albarán de entrega correspondiente si este fuera posterior». Para la interpretación del artículo 123 del TRLCU, me remito a su comentario.

El *dies ad quem* del cómputo del plazo es el día en que «manifieste» la falta de conformidad, lo que significa que se ha hecho evidente, relevante y reconocible dentro de ese plazo<sup>14</sup>. Que el defecto o falta de conformidad se manifiesta no significa que el consumidor se percata de él o tenga conocimiento de su existencia, sino que la falta de conformidad es objetivamente susceptible de ser descubierta por un consumidor medio mediante el empleo de una diligencia ordinaria<sup>15</sup>.

### 2.2.2 Plazo para los bienes de segunda mano

Cuando se trate de bienes de segunda mano, el artículo 120.1, párrafo 2.º, del TRLCU indica que el empresario y el consumidor «podrán pactar un plazo menor al indicado en el párrafo anterior, que no podrá ser inferior a un año desde la entrega». Por tanto, el plazo de garantía por falta de conformidad en caso de bienes usados dependerá de si existe o no un pacto especial sobre la duración de la garantía. Si no existe ese pacto, se aplicará la regla general de tres años (artículo 120.1 del TRLCU). Pero el empresario y el consumidor podrán pactar un plazo inferior, el cual «no podrá ser inferior a un año desde la entrega». Ese pacto debe alcanzarse, como muy tarde, en el momento de la celebración del contrato y tiene que haber sido negociado individualmente con el consumidor. Si hubiera sido predispuesto e impuesto por el empresario, se tratará de una cláusula abusiva, que, en consecuencia, será nula<sup>16</sup>.

### Artículo 121. Carga de la prueba

1. Salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los dos años siguientes a la entrega del bien o en el año siguiente al suministro del contenido o servicio digital suministrado en un acto único en una serie de actos individuales, ya existían cuando el bien se entregó o el contenido o servicio digital se suministró, excepto cuando para los bienes esta presunción sea incompatible con su naturaleza o la índole de la falta de conformidad.

En los bienes de segunda mano, el empresario y el consumidor podrán pactar un plazo de presunción menor al indicado en el párrafo anterior, que no podrá ser inferior al período de responsabilidad pactado por la falta de conformidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120.1.

2. En el caso de los contenidos o servicios digitales o de bienes con elementos digitales, cuando el contrato prevea el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un período de tiempo determinado, la carga de la prueba respecto de si los contenidos o servicios digitales eran conformes durante el período indicado en el apartado 2 del artículo 129 recaerá sobre el empresario cuando la falta de conformidad se manifieste en dicho período de tiempo.

3. Los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el empresario demuestre que el entorno digital del consumidor o usuario no es compatible con los requisitos técnicos de los contenidos o servicios digitales objeto del contrato, y cuando el empresario haya informado al consumidor o usuario sobre dichos requisitos técnicos de forma clara y comprensible con anterioridad a la celebración del contrato.

4. El consumidor o usuario cooperará con el empresario en la medida de lo razonablemente posible y necesario para establecer si la causa de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales en el momento indicado en el artículo 120, apartados 1 o 2, según sea de aplicación, radica en el entorno digital del consumidor o usuario. La obligación de cooperación se limitará a los medios técnicos disponibles que sean menos intrusivos para el consumidor o usuario. Cuando el consumidor o usuario se niegue a cooperar, y siempre que el empresario haya informado al consumidor o usuario de forma clara y comprensible con anterioridad a la celebración del contrato, la carga de la prueba sobre si la falta de conformidad existía o no en el momento indicado en el artículo 120, apartados 1 o 2, según sea de aplicación, recaerá sobre el consumidor o usuario.

5. Los apartados 3 y 4 del presente artículo no serán de aplicación a los bienes con elementos digitales.

<sup>14</sup> DE CRISTOFARO, G., *Diffeto di conformità al contatoo 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. 163.

<sup>15</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 123 TRLCU», *cit.*, p. 1781.

<sup>16</sup> 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, p. 64.

## COMENTARIO

Por Javier Lete Achirica

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. II. LA PRESUNCIÓN DE PREEXISTENCIA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD. 2.1 El alcance de la presunción de preexistencia. 2.2 Límites a la presunción de preexistencia. III. NO APLICACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL EMPRESARIO. 3.1 Incompatibilidad del entorno digital del consumidor. 3.2 Deber de cooperación del consumidor.

### I. INTRODUCCIÓN

El artículo 121 del TRLCU regula las presunciones de preexistencia de las faltas de conformidad en los casos de ventas de bienes nuevos (y de bienes con elementos digitales incorporados), de contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, suministrados en un acto único o en una serie de actos individuales y de contratos de suministro de contenidos o servicios digitales (o de bienes con elementos digitales), cuando el contrato prevea el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un período de tiempo determinado. También hace lo propio con relación a las ventas de bienes de segunda mano.

### II. LA PRESUNCIÓN DE PREEXISTENCIA DE LA FALTA DE CONFORMIDAD

#### 2.1 *El alcance de la presunción de preexistencia*

El artículo 121.1 del TRLCU señala que «salvo prueba en contrario, se presumirá que las faltas de conformidad que se manifiesten en los dos años siguientes a la entrega del bien o en el año siguiente al suministro del contenido o servicio digital suministrado en un acto único o en una serie de actos individuales, ya existían cuando el bien se entregó o el contenido o servicio digital se suministró, excepto cuando para los bienes esta presunción sea incompatible con su naturaleza o la índole de la falta de conformidad».

Como puede observarse, el artículo 121.1 del TRLCU amplía de forma considerable el plazo de la presunción de preexistencia de la falta de conformidad de los bienes, que el antiguo artículo 123.1 del TRLCU fijaba en seis meses. En este sentido, el legislador español ha hecho uso de esta

manera de la facultad que le confiere el artículo 11.2 de la Directiva (UE) 2019/771, que autoriza a los Estados miembros a ampliar a dos años el plazo mínimo de uno de la presunción que contiene el apartado 1 de dicho artículo 11. Por tanto, en los casos de ventas de bienes nuevos y de bienes con elementos digitales incorporados, hay una presunción *iuris tantum* a favor del consumidor de que las faltas de conformidad, «que se manifiesten en los dos años siguientes a la entrega», ya existían en ese momento. La inversión de la carga de la prueba tiene por finalidad no solo proteger al consumidor, sino también promover mayor rapidez y facilidad del comercio a gran escala en favor del empresario<sup>1</sup>.

En los casos de contratos de suministro de contenidos o servicios digitales, suministrados en un acto único o en una serie de actos individuales, el plazo de presunción de preexistencia de las faltas de conformidad será solo de un año a partir de la fecha del suministro respectivo<sup>2</sup>.

En los casos de contratos de suministro de contenidos o servicios digitales o de bienes con elementos digitales, «cuando el contrato prevea el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un período de tiempo determinado, la carga de la prueba respecto de si los contenidos o servicios digitales eran conformes durante el período indicado en el apartado 2 del artículo 120 recaerá sobre el empresario cuando la falta de conformidad se manifieste en dicho período de tiempo», a tenor de lo dispuesto por el artículo 121.2 del TRLCU.

Cuando se trate de ventas de bienes de segunda mano, el párr. 2.º del artículo 121.1 del TRLCU señala que el empresario y el consumidor podrán pactar un plazo de presunción menor al indicado en el párrafo anterior, «que no podrá ser inferior al período de responsabilidad pactado por la falta de conformidad, de acuerdo con lo previsto en el artículo 120.1». En consecuencia, en estos supuestos el plazo de presunción de preexistencia de la falta de conformidad no podrá ser inferior a un año desde la entrega de los bienes. Por remisión a lo dispuesto por el párr. 2.º del artículo 120.1 del TRLCU, que señala la «entrega» como *dies a quo*, parece que la

<sup>1</sup> GSELL, B./ARALDI, R., «Plazos de las medidas correctoras en caso de vicios ocultos según la Directiva (UE) 2019/770 sobre contratos de suministro de contenidos o servicios digitales y la Directiva (UE) 2019/771 sobre el contrato de compra-venta de bienes», *Cuadernos de derecho transnacional*, 2/2020, p. 493, especialmente nota 85.

<sup>2</sup> Se trata de una imposición de lo dispuesto por el artículo 12.1 de la Directiva (UE) 2019/770.

presunción de preexistencia de las faltas de conformidad debe referirse de forma exclusiva a los contratos de compraventa de bienes y de bienes con elementos digitales incorporados.

### 2.2 Límites a la presunción de preexistencia

El artículo 121.1 del TRLCU establece como límite de la presunción de preexistencia de las faltas de conformidad que se manifiesten en los casos de ventas de bienes (o de bienes con elementos digitales) el hecho de que dicha presunción sea incompatible con su naturaleza o la índole de la falta de conformidad.

## III. NO APLICACIÓN DE LA CARGA DE LA PRUEBA SOBRE EL EMPRESARIO

Según el artículo 121.3 del TRLCU, los apartados 1 y 2 no se aplicarán cuando el empresario demuestre que el entorno digital del consumidor no es compatible con los requisitos técnicos de los contenidos o servicios digitales objeto del contrato, y cuando el empresario le hubiera informado sobre dichos requisitos técnicos de forma clara y comprensible con anterioridad a la celebración del contrato. Por otra parte, el artículo 121.4 del TRLCU señala que el consumidor deberá cooperar con el empresario, en la medida de lo razonablemente posible y necesario, para establecer si la causa de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales en el momento indicado en el artículo 120, apartados 1 o 2, según sea de aplicación, radica en su entorno digital del consumidor. Esta obligación de cooperación «se limitará a los medios técnicos disponibles que sean menos intrusivos para el consumidor o usuario».

### 3.1 Incompatibilidad del entorno digital del consumidor

El artículo 121.3 del TRLCU invierte la carga de la prueba de si los contenidos o servicios digitales eran conformes durante el tiempo fijado por el contrato, cuando el empresario demuestre que el entorno digital del consumidor no es compatible con los requisitos técnicos de tales contenidos o servicios objeto del contrato. Pero el empresario solo podrá beneficiarse de la inversión de la carga de la prueba, cuando haya informado al consumidor sobre dichos requisitos técnicos «de forma clara y comprensible

con anterioridad a la celebración del contrato». Se entiende por «entorno digital» el aparato (*hardware*), programa (*software*) y cualquier conexión a la red que el consumidor utilice para acceder a los contenidos o servicios digitales o para hacer uso de ellos, como indica la letra j) del apartado 1 del artículo 59 bis del TRLCU.

En cuanto a la información que el empresario debe suministrar al consumidor sobre la incompatibilidad de su entorno digital con los requisitos técnicos de los contenidos o servicios digitales objeto del contrato, el artículo 121.3 del TRLCU no impone ningún requisito de forma al respecto, sin aludir siquiera a algún medio de comunicación electrónica, o a la necesidad de utilizar un soporte electrónico<sup>3</sup>. Basta con que lo haga «de forma clara y comprensible». Además, el empresario deberá proporcionar esa información al consumidor «con anterioridad a la celebración del contrato», lo que implica que tendrá que hacerlo antes de su conclusión, ya sea en la información precontractual, ya en la documentación del contrato propiamente dicho.

### 3.2 Deber de cooperación del consumidor

El artículo 120.4 del TRLCU impone al consumidor el deber de cooperar con el empresario, en la medida de lo razonablemente posible y necesario, para establecer si la causa de la falta de conformidad de los contenidos o servicios digitales en el momento indicado en el artículo 120, apartados 1 o 2, según sea de aplicación, radica en el entorno digital del consumidor. Esta obligación de cooperación se limitará a los medios técnicos disponibles que sean menos intrusivos para el consumidor. Este deber de cooperación del consumidor, y las consecuencias de su posible negativa, no se aplicarán en los supuestos de venta de bienes con elementos digitales incorporados (artículo 121.5 del TRLCU). Por tanto, sin perjuicio del derecho fundamental al respeto de la vida privada, incluida la confidencialidad de las comunicaciones y a la protección de los datos de carácter personales del consumidor, este debe cooperar con el empresario para que este último pueda determinar si el motivo de la falta de conformidad radica en entorno digital del consumidor utilizando los medios disponibles técnicamente que sean menos intrusivos para el consumidor. Esto puede

<sup>3</sup> ZOLL, F., «Comentario al art. 12 Directiva (UE) 2019/770» en AA.VV. (ed. SCHULZE, R./STAUDENMAYER, D.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2002, p. 219.

realizarse a menudo, por ejemplo, facilitando al empresario informes sobre incidentes generados automáticamente o datos de la conexión a internet del consumidor. Solo en circunstancias excepcionales y debidamente justificadas en las que, pese al mejor uso de todos los demás recursos, no haya otra manera posible, los consumidores pueden considerar necesario permitir el acceso virtual a su entorno digital<sup>4</sup>.

En todo caso, el deber de cooperación que se impone al consumidor debe cumplirse solo «en la medida de lo razonablemente posible y necesario» y limitarse «a los medios técnicos disponibles que sean menos intrusivos para el consumidor». El alcance concreto que pueda tener la obligación de cooperar a cargo del consumidor deberá apreciarse de acuerdo con las circunstancias de cada caso<sup>5</sup>.

A tenor del artículo 121.4 *in fine* del TRLCU, cuando el consumidor se niegue a cooperar con el empresario, y siempre que este haya informado al consumidor de forma clara y comprensible con anterioridad a la celebración del contrato, «la carga de la prueba sobre si la falta de conformidad existía o no en el momento indicado en el artículo 120, apartados 1 o 2, según sea de aplicación, recaerá sobre el consumidor». Será este quien tendrá entonces que demostrar, no solo que los contenidos o servicios digitales no son conformes, sino también que no eran conformes en el momento del suministro de dichos contenidos o servicios cuando el contrato prevea un único acto de suministro o una serie de actos individuales de suministro, o cuando el contrato prevea un suministro continuo a lo largo de un período de tiempo, durante la vigencia del contrato<sup>6</sup>.

---

<sup>4</sup> Considerando 60 de la Directiva (UE) 2019/770.

<sup>5</sup> ZOLL, F., «Comentario al art. 12 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 220.

<sup>6</sup> Considerando 60 de la Directiva (UE) 2019/770.

## **Artículo 125. Acción contra el productor y de repetición**

1. Cuando al consumidor o usuario le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse al empresario por la falta de conformidad, podrá reclamar directamente al productor con el fin de conseguir que el bien o el contenido o servicio digital sea puesto en conformidad.

Con carácter general, y sin perjuicio de que cese la responsabilidad del productor, a los efectos de este título, en los mismo plazos y condiciones que los establecidos para el empresario, el productor responderá por la falta de conformidad cuando esta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan.

2. Quien haya respondido frente al consumidor o usuario dispondrá del plazo de un año para repetir frente al responsable de la falta de conformidad. Dicho plazo se computará a partir del momento en que se ejecutó la medida correctora.

## **COMENTARIO**

*Por Javier Lete Achirica*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL PRODUCTOR POR LA FALTA DE CONFORMIDAD.** 2.1 La acción directa del consumidor contra el productor. 2.2 Concepto de productor. 2.3 Requisitos para el ejercicio de la acción. 2.3.1 La imposibilidad o carga excesiva de reclamar frente al empresario. 2.3.2 Falta de conformidad imputable al productor. 2.4 Efectos. **III. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN.** 3.1 Legitimación activa y pasiva. 3.2 Plazo de ejercicio y contenido.

## **I. INTRODUCCIÓN**

El artículo 125.1 del TRLCU tiene, prácticamente, el mismo contenido que el antiguo artículo 124, párr. 2.º y 3.º, del TRLCU, si bien incluye algún desliz lingüístico que llama realmente la atención. En concreto, el artículo 125.1 del TRLCU menciona al empresario, y no al vendedor, como sujeto respecto del cual al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse para reclamar por la falta de conformidad del bien o de los contenidos o servicios digitales.

## II. LA RESPONSABILIDAD DIRECTA DEL PRODUCTOR POR LA FALTA DE CONFORMIDAD

El reconocimiento por el legislador español de una acción directa que el consumidor puede ejercitar contra el productor para lograr la puesta en conformidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales es coherente con la postura adoptada al respecto con motivo de la transposición en nuestro ordenamiento de la Directiva 1999/44/CE. En ese momento, el artículo 12 de la Directiva 1999/44/CE se había limitado a indicar que, con motivo de la elaboración por la Comisión de un futuro informe a partir del 7 de julio de 2006, dicho informe debería examinar «ente otros elementos, si procede introducir la responsabilidad directa del productor y, si procede, irá acompañado de propuestas»<sup>1</sup>. En este sentido, el *European Consumer Group* (ECLG), grupo de juristas especializados en materia de protección de los consumidores procedentes de diversos Estados de la Unión Europea, cuya actividad consistía en estudiar las distintas propuestas de Directivas sobre esa materia presentadas por la Comisión con el fin de sugerir cambios o modificaciones en ellas, propuso en fechas cercanas reconocer la responsabilidad del productor en las ventas de bienes de consumo por estimar que él es el verdadero responsable de los vicios o defectos de los bienes que produce y distribuye en el mercado<sup>2</sup>. El informe a que aludía el artículo 12 de la Directiva 1999/44/CE es la Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativa a la aplicación de la Directiva 1999/44/CE del Parlamento y del Consejo, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, incluido el examen de si procede introducir la responsabilidad directa del productor de 24 de abril de 2007<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> El considerando 23 de la Directiva 1999/44/CE señala que «considerando que la legislación y la jurisprudencia en este ámbito demuestran que, en los distintos Estados miembros, existe una preocupación creciente por asegurar a los consumidores un elevado nivel de protección; que, a la luz de esta evolución y de la experiencia adquirida en la aplicación de la presente Directiva, podría ser necesario prever una mayor armonización, en particular estableciendo una responsabilidad directa del productor respecto de los defectos de que sea responsable».

<sup>2</sup> *European Consumer Law Group*, «Opinion on the Proposal for a Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees», *Journal of Consumer Policy* (1998), pp. 92-93.,

<sup>3</sup> COM(2007) 210 final.

### 2.1 La acción directa del consumidor contra el productor

El artículo 125.1 del TRLCU señala que cuando al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse al empresario por la falta de conformidad, «podrá reclamar directamente al productor con el fin de conseguir que el bien o el contenido o servicio digital sea puesto en conformidad. Con carácter general, y sin perjuicio de que cese la responsabilidad del productor, a los efectos de este título, en los mismos plazos y condiciones, que los establecidos para el empresario, el productor responderá por la falta de conformidad cuando esta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan».

Este artículo 125.1 del TRLCU regula la acción directa del consumidor contra el productor, que ha sido objeto de fuerte crítica por lo confuso de su regulación y por suponer un retroceso respecto al nivel de protección del consumidor reconocido por la jurisprudencia<sup>4</sup>.

### 2.2 Concepto de productor

El consumidor podrá reclamar directamente al productor. Según el artículo 5 del TRLCU, se considera productor al fabricante del bien o al prestador del servicio o su intermediario, o al importador del bien o servicio en el territorio de la Unión Europea, así como a cualquier persona que se presente como tal al indicar en el bien, ya sea en el envase, el envoltorio o cualquier otro elemento de protección o presentación, o servicio, su nombre, marca u otro signo distintivo. A pesar de la amplitud de esa definición, no cabe ejercitar la acción directa del artículo 125 del TRLCU contra un prestador de servicio, aunque sí contra el intermediario del productor. Será considerado intermediario del productor, a efectos del artículo 125 del TRLCU, no cualquier sujeto que intervenga en la comercialización del bien hasta su destino final, sino el distribuidor que esté contractualmente vinculado con el productor como profesional que adquiere bienes para su comercialización (reventa al consumidor final o a otros intermediarios) o que sea representante del productor o concesionario en exclusiva<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> CARRASCO PERERA, A., «Redundancia y ruido en las ventas al consumo», *AJA*, 2003, p. 1.

<sup>5</sup> ALGARRA PRATS, E., «La acción contra el fabricante. Garantía de fabricante y acción directa» en AA.VV. (dir. CARRASCO PERERA, A.), *Tratado de la compraventa*.

También tendrá la consideración de productor, a estos efectos, quien se presente como tal en la publicidad específica del bien<sup>6</sup>.

### 2.3 Requisitos para el ejercicio de la acción

Para que el consumidor pueda reclamar contra el productor deben concurrir los requisitos que aparecen en los dos párrafos del artículo 125.1 del TRLCU: que al consumidor le resulte imposible o le suponga una carga excesiva dirigirse al empresario por la falta de conformidad y que la falta de conformidad sea imputable al productor.

#### 2.3.1 La imposibilidad o carga excesiva de reclamar frente al empresario

El consumidor podrá ejercitar la acción directa contra el productor, cuando «le resulte imposible» dirigirse frente al empresario. La imposibilidad podrá ser, por ejemplo, la desaparición del empresario del mercado (por cierre de su establecimiento, por disolución y liquidación de la empresa, o porque no es posible localizarlo). Pero también cabría la imposibilidad jurídica. Este sería el caso previsto en el artículo 115 ter, apartado 1, letra d), del TRLCU, cuando la declaración pública que atribuye una determinada cualidad al bien la realizó el productor, y el empresario queda exonerado de responsabilidad al demostrar que desconocía y no cabía razonablemente esperar que conociera esa declaración pública<sup>7</sup>.

El consumidor también podrá ejercitar la acción directa contra el productor, cuando al consumidor «le suponga una carga excesiva» dirigirse frente al empresario. Esta expresión debe entenderse de forma amplia, incluyendo en ella los casos en que por los costes económicos o el esfuerzo invertido resulte excesivamente gravoso exigirle al consumidor que ejerci-

*Homenaje a Rodrigo Bercovitz, Tomo II*, Thomson-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013, p. 1580.

<sup>6</sup> MORALES MORENO, A. M., «Declaraciones públicas y vinculación contractual (reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)», *Anuario de derecho civil*, 1/1999, p. 273.

<sup>7</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 124 TRLCU», en AA.VV., (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.) *Comentarios al Texto Refundido de la Ley General para la defensa de los consumidores y usuarios y otras leyes complementarias (Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2.ª ed., Cizur Menor (Navarra), p. 1801.

te la acción contra el empresario<sup>8</sup>. Por ejemplo, cuando el empresario es de difícil identificación o localización, o tiene su sede o establecimiento comercial en un lugar muy lejano al del consumidor (mientras que cerca del domicilio del consumidor tiene su sede o domicilio el productor o su representante), o el vendedor es insolvente<sup>9</sup>, o se trata de un vendedor ambulante<sup>10</sup>. Se ha defendido, incluso, que existe una carga excesiva para el consumidor cuando existe una reclamación extrajudicial infructuosa de reparación o sustitución frente al vendedor<sup>11</sup>.

#### 2.3.2 Falta de conformidad imputable al productor

El artículo 125.1, párr. 2.º, del TRLCU señala que «con carácter general (...) el productor responderá por la falta de conformidad cuando ésta se refiera al origen, identidad o idoneidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales, de acuerdo con su naturaleza y finalidad y con las normas que los regulan».

La interpretación de esta norma ha dado lugar a varias interpretaciones, si bien parece lo más apropiado considerar que contiene un segundo presupuesto que debe concurrir para que el consumidor pueda reclamar directamente al productor: la falta de conformidad ha de ser imputable al productor, en el sentido de que debe haber defectos cuya causa resida en la producción. Por tanto, el consumidor no dispondrá de acción directa contra el productor cuando la falta de conformidad sea imputable al empresario, por ejemplo, por la incorrecta manipulación o conservación del bien o del contenido o servicio digital, o a un tercero distinto del productor, por ejemplo, el transportista. El productor responde cuando la falta de conformidad se origine dentro de su esfera de control. Que la falta de conformidad sea imputable al productor no significa que haya actuado con dolo o culpa, ya que el productor, al igual que el empresario, responde

<sup>8</sup> SERRA RODRÍGUEZ, A., «La responsabilidad del productor en la Ley de Garantías en la Venta de Bienes de Consumo», *Revista de derecho patrimonial*, 1/2006, p. 131.

<sup>9</sup> GARCÍA RUBIO, M. P., «La transposición de la Directiva 199/44/CE al Derecho español. Análisis del Proyecto de Ley de garantías en la venta de bienes de consumo», *La Ley*, 2/2003, p. 1533.

<sup>10</sup> ALGARRA PRATS, E., «La acción contra el fabricante...», *cit.*, p. 1584.

<sup>11</sup> MARTÍN ARESTI, P., «Garantías y servicios posventa» en AA.VV. (dir. REBOLLO PUIG, M./IZQUIERDO CARRASCO, M., *La defensa de los consumidores y usuarios. Comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2007*, Iustel, Madrid, 2011, p. 1775,



objetivamente. Por otra parte, si la falta de conformidad es imputable al productor, pero también a otro sujeto, (por ejemplo, el empresario), el consumidor dispondrá de la acción directa con el productor, sin perjuicio del derecho de repetición que se atribuye a éste<sup>12</sup>.

Corresponderá al consumidor la carga de probar que la falta de conformidad se originó dentro del ámbito de control del productor. Si el defecto se manifiesta en los dos años siguientes a la entrega del bien o en el año siguiente al suministro del contenido o servicio digital suministrado en un acto único o en una serie de actos individuales, habrá presunción de preexistencia de la falta de conformidad (artículo 121.1 del TRLCU), pero no presunción de que el defecto preexistente es imputable al productor

#### 2.4 Efectos

A diferencia del antiguo artículo 124, párr. 1.º, del TRLCU, que limitaba los efectos de la reclamación contra el productor para lograr la puesta en conformidad a la reparación o la sustitución del bien, el artículo 125.1, párr. 1.º, del TRLCU se limita a indicar que la finalidad de la acción directa contra el productor es «conseguir que el bien o el contenido o servicio digital sea puesto en conformidad». Si se pone en relación este precepto con lo dispuesto en los artículos 117.1, párr. 1.º, y 119 del TRLCU, podría argüirse que el consumidor estaría en su derecho de reclamar al productor la puesta en conformidad de los bienes o de los contenidos o servicios digitales mediante la reducción del precio o la resolución del contrato, al menos como remedios subsidiarios tras haber intentado la reparación o sustitución. Sin embargo, esta postura parece insostenible. La reducción del precio efectivamente pagado por el consumidor o su devolución como consecuencia de la resolución del contrato concluido con el empresario no son opciones posibles, ya que ese precio fue el resultado de un acuerdo entre empresario y consumidor y fue pagado al empresario, no al productor<sup>13</sup>.

En relación con la acción de daños y perjuicios contra el productor, que no contempla el artículo 124.1 del TRGDCU, es claro que el consumidor sí dispone de ella, y que tendrá derecho a ser indemnizado en los términos

<sup>12</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 124 TRLCU», *cit.*, p. 1802.

<sup>13</sup> MOTA PINTO, P., *Cumprimento defeituoso do contrato de compra e venda. Anteprojecto de Diploma de Transposição da Directiva 1999/44/CE para o Direito Português*, Instituto do consumidor, Lisboa, 2002, p. 62.

que establezca la normativa que resulte de aplicación de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 116.2 del TRLCU.

En cuanto al régimen de la responsabilidad del productor, cesará «en los mismos plazos y condiciones que los establecidos para el empresario», según el artículo 125.1, párr. 2.º, del TRLCU. Eso no quiere decir que el productor responderá en los mismos términos en que lo haría el empresario, sino que para poder reclamar directamente contra el productor deben concurrir todos los requisitos contemplados en los artículos 114 y sigs. del TRLCU<sup>14</sup>.

### III. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN

El artículo 125.2 del TRLCU dice que quien haya respondido frente al consumidor dispondrá del plazo de un año para repetir frente al responsable de la falta de conformidad. Dicho plazo se computará a partir del momento en que se ejecutó la medida correctora.

#### 3.1 Legitimación activa y pasiva

Podrá ejercitar la acción de repetición quien haya respondido frente al consumidor de la falta de conformidad, y, habitualmente, quien responde ante el consumidor es el vendedor final. Resulta discutible si el productor dispone también de la acción de regreso.

Legitimado pasivamente es el «responsable de la falta de conformidad». La ley española no especifica quién es el responsable, o los responsables, contra los que podrá ejercitarse la acción de repetición. Será responsable de la falta de conformidad el sujeto al que le sea imputable dicha falta. El criterio de imputación es objetivo, ya que lo relevante es que el defecto traiga causa de la actuación (u omisión) de ese sujeto, es decir, que exista una relación de causalidad relevante, con independencia de que haya actuado conforme a la diligencia que le sea exigible. Como la ley no contiene limitaciones, el sujeto pasivo del derecho de repetición puede ser un miembro de la cadena contractual (por ejemplo, un revendedor) u otro sujeto distinto (por ejemplo, un transportista). Por tanto, el vendedor final podrá interponer la acción de repetición no solo frente a aquél con el que

<sup>14</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al artículo 124 TRLCU», *cit.*, pp. 1803-1804.

contrató, sino también contra otros sujetos con los que no ha contratado (otro revendedor anterior, productor real, productor aparente, etc.).

Aunque la ley no lo resuelve expresamente, si el «vendedor» anterior causante del defecto es un consumidor, no cabe ejercitar contra él la acción de repetición del artículo 124.2 del TRLCU. Si fueron varios los responsables en la causa de la falta de conformidad (el productor real y el aparente, o el productor real y el vendedor final), la responsabilidad se distribuirá según la contribución de cada uno de ellos al defecto, si es que es posible averiguar esa circunstancia. En caso contrario, la responsabilidad se prorrateará por partes iguales entre todos ellos. Lógicamente, corresponde a quién ejercita la acción de repetición la carga de probar que el demandado sea responsable de la falta de conformidad<sup>15</sup>.

### 3.2 Plazo de ejercicio y contenido

El derecho de repetición deberá ejercitarse en el plazo de un año, plazo que se computa «a partir del momento en que se ejecutó la medida correctora», según el artículo 125.2 del TRLCU. Es un plazo de prescripción. El *dies a quo* es aquél en el que se ejecutó la medida correctora, esto es, la fecha en que el empresario haya cumplido cualquiera de los derechos ejercitados por el consumidor del artículo 117 del TRLCU, al margen de que la reclamación del consumidor haya sido extrajudicial, judicial o arbitral. Por tanto, el empresario no podrá ejercitar la acción de regreso antes de haber completado la puesta en conformidad. Corresponderá al demandado la alegación y prueba de la prescripción de la acción de repetición.

En cuanto al contenido del derecho de repetición, la Ley española guarda silencio, incumpliendo lo dispuesto por los artículos 18 de la Directiva (UE) 2019/771 y 20 de la Directiva (UE) 2019/770.

<sup>15</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario al art. 124 del TRLCU», *cit.*, pp. 1805-1806.

## CAPÍTULO IV

### Modificación de los contenidos o servicios digitales

#### Artículo 126. Modificación de los contenidos o servicios digitales

Cuando el contrato establezca que el suministro de los contenidos o servicios digitales, o el acceso a estos por el consumidor o usuario, se haya de garantizar durante un período de tiempo, el empresario podrá modificar los contenidos o servicios digitales más allá de lo necesario para mantener la conformidad de los contenidos o servicios digitales con arreglo a los artículos 115 bis y 115 ter, si se cumplen, de forma cumulativa, los siguientes requisitos:

- a) El contrato permite tal modificación y proporciona una razón válida para realizarla.
- b) La modificación se realiza sin costes adicionales para el consumidor o usuario.
- c) El consumidor o usuario es informado de forma clara y comprensible acerca de la modificación.
- d) En caso de que el consumidor o usuario tenga derecho a resolver el contrato de acuerdo con lo establecido en el artículo 126 bis, se informe al consumidor o usuario, con una antelación razonable y en un soporte duradero de las características y el momento de la modificación y de su derecho a resolver el contrato, o sobre la posibilidad de mantener los contenidos o servicios digitales sin tal modificación con arreglo al apartado 4 de dicho artículo.

## COMENTARIO

Por Javier Lete Achirica

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REQUISITOS.** 2.1 Reglas generales. 2.2 Reglas que deben cumplirse en caso de que el consumidor tenga derecho a resolver el contrato con arreglo a lo dispuesto por el artículo 126 bis del TRLCU. **III. EFECTOS.**

### I. INTRODUCCIÓN

El artículo 126 del TRLCU es copia literal de lo dispuesto por el artículo 19.1 de la Directiva (UE) 2019/770. La razón de ser de su contenido se basa en la necesidad de abordar las modificaciones, como actualizacio-

nes y mejoras, que los empresarios efectúen de los contenidos o servicios digitales suministrados al consumidor o puestos a su disposición durante un período de tiempo. Considerando la rápida evolución de tales contenidos o servicios, dichas actualizaciones, mejoras o modificaciones similares pueden resultar necesarias y suelen ser ventajosas para el consumidor. Naturalmente, las modificaciones estipuladas en el contrato como actualizaciones formarían parte del contenido contractual, si bien deberían haber sido expresamente aceptadas por el consumidor en el momento de la celebración del contrato<sup>1</sup>. El artículo 126 del TRLCU solo regula la modificación de los contenidos o servicios digitales cuyo suministro «se haya de garantizar durante un período de tiempo», y, en consecuencia, no se aplicará a los casos en que se suministren dichos contenidos o servicios en uno o más actos individuales.

Teniendo en cuenta que en los supuestos a los que se refiere el artículo 126 del TRLCU se trata de permitir al empresario efectuar modificaciones «más allá de lo necesario para mantener la conformidad de los contenidos o servicios digitales con arreglo a los artículos 115 bis y 115 ter», autores que han estudiado esta materia en la Directiva (UE) 2019/770 consideran que los contenidos o servicios digitales modificados ya no cumplirían propiamente el requisito de la conformidad. Se convertirían así en casos de «no conformidad permitida», de modo que el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales continuaría subsistiendo solo cuando las modificaciones realizadas por el empresario resulten ser ventajosas para el consumidor<sup>2</sup>.

En definitiva, se trata de cohonestar dos exigencias que pueden resultar contradictorias entre sí. Por un lado, la necesidad para el empresario de modificar los contenidos o servicios digitales cuando sea necesario hacerlo para adaptarlos a un nuevo entorno técnico o a un mayor número de usuarios, o por otras razones operativas importantes. Por otro, reconocer el derecho del consumidor a resolver el contrato cuando dichas modificaciones afecten negativamente al uso de los contenidos o servicios digitales o a su acceso de manera notable<sup>3</sup>. Cuando una modificación afecte negativamente, de manera notable, al acceso a los contenidos o servicios

<sup>1</sup> Considerando 74 de la Directiva (UE) 2019/770.

<sup>2</sup> WENDLAND, M.; «Comentario al art. 19 Directiva (UE) 2019/770» en AA.VV. (ed. SCHULZE, R./STAUDENMAYER, D.), *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden-Baden, 2020, pp. 318-319.

<sup>3</sup> Considerando 75 de la Directiva (UE) 2019/770.

digitales o a su uso por parte del consumidor, este debe tener el derecho a resolver el contrato sin cargo alguno, como consecuencia de dicha modificación<sup>4</sup>. Ese derecho de resolución está contenido en el artículo 126 bis del TRLCU.

En cualquier caso, las normas relativas a las actualizaciones, mejoras o modificaciones similares «no deben sin embargo afectar a situaciones en las que las partes concluyan un nuevo contrato para el suministro de los contenidos o servicios digitales, por ejemplo, como consecuencia de la distribución de una nueva versión de los contenidos o servicios digitales»<sup>5</sup>.

## II. REQUISITOS

El artículo 126 del TRLCU contiene una serie de requisitos que deben cumplirse para que el empresario esté autorizado para modificar, en virtud de lo pactado en el contrato, los contenidos o servicios digitales que deban suministrarse durante un período de tiempo. Dichos requisitos constituyen el «modelo» que deben cumplir las condiciones generales que se utilicen en los contratos de suministro de contenidos o servicios digitales<sup>6</sup>.

### 2.1 Reglas generales

El artículo 126 del TRLCU señala que cuando el contrato establezca que el suministro de los contenidos o servicios digitales, o el acceso a estos por el consumidor, se haya de garantizar durante un período de tiempo, el empresario podrá modificar los contenidos o servicios digitales más allá de lo necesario para mantener la conformidad de dichos contenidos o servicios con arreglo a los artículos 115 bis y 115 ter del TRLCU, siempre que se cumplan, de forma cumulativa, los siguientes requisitos:

a) El contrato permite tal modificación y proporciona una razón válida para realizarla.

En primer lugar, el contrato de suministro de contenidos o servicios digitales debe haber incluido expresamente en su contenido la posibilidad de modificar dichos contenidos o servicios, proporcionando «una razón

<sup>4</sup> Considerando 77 de la Directiva (UE) 2019/770.

<sup>5</sup> Considerando 75 de la Directiva (UE) 2019/770.

<sup>6</sup> WENDLAND, M., «Comentario al art. 19 Directiva (UE) 2019/771», *cit.*, p. 318.

válida» para que sea lícita la modificación<sup>7</sup>. De lo contrario, podría tratarse de una cláusula como la consignada en el artículo 85, apartado 3, del TRLCU.

En segundo lugar, no basta simplemente con que la posibilidad de modificar los contenidos o servicios digitales se hayan incluido en el contenido del contrato, sino que, además, se proporcione una razón válida para realizar la modificación. En esa razón válida podrían incluirse todos aquellos casos en los que la modificación sea necesaria para adaptar los contenidos o servicios digitales a un nuevo entorno técnico o a un mayor número de usuarios, o cuando se justifique por otras razones operativas importantes<sup>8</sup>.

b) La modificación se realiza sin costes adicionales para el consumidor.

La exigencia por parte del empresario de cantidades adicionales implicaría una modificación unilateral del contrato de suministro de contenidos o servicios digitales suscrito con el consumidor. Ahora bien, si el consumidor aceptase esos costes adicionales para modificar los contenidos o servicios «más allá de lo necesario» para mantener su conformidad, nada impediría que el contrato continuase en vigor. En caso contrario, si el consumidor no está dispuesto a asumir los costes adicionales producidos por la modificación de los contenidos o servicios digitales, tendría derecho a resolver el contrato de suministro por aplicación *a contrario sensu* de lo dispuesto por el apartado 4 del artículo 126 bis del TRLCU.

c) El consumidor es informado de forma clara y comprensible acerca de la modificación.

Es decir, las condiciones generales que se utilicen al respecto deben cumplir los criterios establecidos por los artículos 80.1, letras a) y b), del TRLCU y 5.5 de la LCGC. A diferencia de la información que debe suministrarse al consumidor en el supuesto de la letra d) del artículo 126 del TRLCU (las características y el momento de la modificación y su derecho a resolver el contrato, o sobre la posibilidad de mantener los contenidos o servicios digitales sin la modificación), en este caso no se impone la utilización de un soporte duradero.

<sup>7</sup> El hecho de que se exija una «razón válida» parece que intenta evitar el uso de condiciones generales como la que aparece en la lista indicativa y no exhaustiva de cláusulas que pueden ser declaradas abusivas del Anexo de la Directiva 93/13/CEE (Cláusulas que tengan por objeto por efecto: k) autorizar al profesional a modificar unilateralmente sin motivos válidos cualesquiera características del producto que ha de suministrar o del servicio por prestar).

<sup>8</sup> Considerando 75 de la Directiva (UE) 2019/770.

## 2.2 Reglas que deben cumplirse en caso de que el consumidor tenga derecho a resolver el contrato con arreglo a lo dispuesto por el artículo 126 bis del TRLCU

Cuando el consumidor tenga derecho a resolver el contrato de acuerdo con lo establecido en el artículo 126 bis del TRLCU, la letra d) del artículo 126 del TRLCU obliga a informarle, con una antelación razonable y en un soporte duradero, de las características y el momento de la modificación y de su derecho a resolver el contrato, o sobre la posibilidad de mantener los contenidos o servicios digitales sin tal modificación con arreglo al apartado 4 de dicho artículo. Por consiguiente, la información deberá suministrarse: a) con una antelación razonable y b) en un soporte duradero.

Para interpretar qué se entiende por antelación «razonable» debe tenerse en cuenta lo dispuesto por el considerando 46 de la Directiva (UE) 2019/770, que indica que el criterio de razonabilidad, en relación con cualquier referencia a lo que una persona pueda razonablemente esperar, «debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios digitales, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas»<sup>9</sup>. En cuanto a cómo debe informarse al consumidor de las características y el momento de la modificación y de su derecho a resolver el contrato se indica en el artículo 126, letra d), del TRLCU que se hará de una manera que permita almacenar la información en un soporte duradero durante el tiempo necesario para proteger sus intereses derivados de su relación con el empresario. Dichos soportes deben incluir, en particular, el papel, los DVD, los CD, las memorias USB, las tarjetas de memoria o los discos duros, así como los correos electrónicos<sup>10</sup>.

### III. EFECTOS

Si se cumplen todos los requisitos que contempla el artículo 126 del TRLCU, en sus letras a), b), c) y d), el empresario tendrá derecho a modificar los contenidos o servicios digitales de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 115 bis, letra d), y 115 ter, apartado 5, del TRLCU. En conse-

<sup>9</sup> Ni el artículo 126 del TRLCU ni el artículo 19.1, letra d), de la Directiva (UE) 2019/770, del que trae causa el primero, indican nada al respecto.

<sup>10</sup> Considerando 76 de la Directiva (UE) 2019/770.

cuencia, no se podrá exigir responsabilidad al empresario por incumplimiento contractual en general ni tampoco por incumplimiento por faltas de conformidad.

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

1. El consumidor o usuario tendrá derecho a resolver el contrato si la modificación afecta negativamente a su acceso a los contenidos o servicios digitales o a su uso, salvo si dicho efecto negativo es de menor importancia.

2. En el supuesto recogido en el apartado anterior, el consumidor o usuario tendrá derecho a resolver el contrato sin cargo alguno en un plazo de treinta días naturales a partir de la recepción de la información o a partir del momento en que el empresario modifique los contenidos o servicios digitales, si esto ocurriera de forma posterior.

3. En el caso de que el consumidor o usuario resuelva el contrato de conformidad con los apartados anteriores, se aplicarán los artículos 119 ter y 119 quater.

4. Este artículo no será de aplicación si el empresario ha dado al consumidor y usuario la posibilidad de mantener, sin costes adicionales, los contenidos o servicios digitales sin la modificación y estos siguen siendo conformes.

## **COMENTARIO**

*Por Javier Lete Achirica*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. REQUISITOS. 2.1 Efecto negativo. 2.2 Que no sea un efecto negativo de menor importancia. III. EFECTOS. IV. EXCEPCIÓN AL DERECHO A RESOLVER EL CONTRATO POR MODIFICACIÓN DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES. 4.1 Requisitos. 4.2 Efectos.**

### **I. INTRODUCCIÓN**

El artículo 126 bis del TRLCU es copia literal de lo dispuesto por el artículo 19, apartados 2, 3 y 4 de la Directiva (UE) 2019/770.

Además de las modificaciones destinadas a mantener la conformidad de los contenidos o servicios digitales, el empresario debe poder, en determinadas condiciones, modificar las características de los contenidos o servicios siempre que el contrato establezca un motivo válido para dicha modificación. Esos motivos válidos podrían comprender casos en los que la modificación sea necesaria para adaptar los contenidos o servicios digitales a un nuevo entorno técnico o a un mayor número de usuarios, o se

justifique por otras razones operativas importantes<sup>1</sup>. Sin embargo, cuando una modificación afecte negativamente, de manera notable, al acceso a los contenidos o servicios digitales o a su uso por parte del consumidor, este debe tener el derecho a resolver el contrato sin cargo alguno, como consecuencia de dicha modificación. De forma alternativa, el empresario puede decidir permitir que el consumidor mantenga el acceso a los contenidos o servicios digitales sin costes adicionales, sin la modificación y de conformidad, en cuyo caso el consumidor no debe tener derecho a resolver el contrato<sup>2</sup>.

## II. REQUISITOS

### 2.1 Efecto negativo

El apartado 1 del artículo 126 bis del TRLCU señala que el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato «si la modificación afecta negativamente a su acceso a los contenidos o servicios digitales o a su uso». Este podría ser el caso de una actualización defectuosa que impida al consumidor al acceso o el uso de los contenidos o servicios digitales. Asimismo, el efecto negativo podría producirse cuando se obligue al consumidor a proporcionar información personal adicional como requisito para un uso más amplio de los contenidos o servicios<sup>3</sup>. En estos supuestos, deberá valorarse de forma objetiva en qué medida las modificaciones afectan al uso de los contenidos o servicios digitales o a su acceso por parte del consumidor, teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios digitales y la calidad, funcionalidad, compatibilidad y otras características principales que sean normales en los contenidos o servicios digitales del mismo tipo<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Considerando 75 de la Directiva (UE) 2019/770.

<sup>2</sup> Considerando 77 de la Directiva (UE) 2019/770.

<sup>3</sup> WENDLAND, M., «Comentario al art. 19 Directiva (UE) 2019/770» en AAVV. (ed. SCHULZE, R./STAUDENMAYER, D., *EU Digital Law. Article-by-Article Commentary*, Nomos, Baden-Baden, p. 320.

<sup>4</sup> Considerando 75 de la Directiva (UE) 2019/770.

### 2.2 Que no sea un efecto negativo de menor importancia

Para que el consumidor pueda utilizar el derecho a resolver el contrato, es preciso que el efecto negativo causado por la modificación en el uso de los contenidos o servicios digitales o en su acceso no sea «de menor importancia» (artículo 126 bis, apartado 1, del TRLCU)<sup>5</sup>. Que el efecto negativo sea de menor importancia requerirá que no impida al consumidor, por completo o principalmente el uso de los contenidos o servicios digitales<sup>6</sup>. Dicho de otra manera, el consumidor solo estará legitimado para resolver el contrato cuando la modificación afecte «de manera notable» al acceso a los contenidos o servicios digitales o a su uso por parte del consumidor<sup>7</sup>.

## III. EFECTOS

Si se cumplen los requisitos indicados, el apartado 2 del artículo 126 bis del TRLCU determina que el consumidor tendrá derecho a resolver el contrato «sin cargo alguno en un plazo de treinta días naturales a partir de la recepción de la información o a partir del momento en que el empresario modifique los contenidos o servicios digitales, si esto ocurriera de forma posterior». El derecho del consumidor para resolver el contrato tiene carácter gratuito y deberá ejercitarlo en un plazo de treinta días naturales a contar desde la recepción de la información a que se refiere la letra d) del artículo 126 del TRLCU. Este precepto obliga al empresario a informar al consumidor, con una antelación razonable y en un soporte duradero, de las características y el momento de la modificación y de su derecho a resolver el contrato.

Ejercitada la resolución por el consumidor mediante la declaración expresa a que se refiere el apartado 1 del artículo 119 ter del TRLCU, serán de aplicación las disposiciones contenidas en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 119 ter y en el artículo 119 quater del TRLCU<sup>8</sup>.

<sup>5</sup> El artículo 19.2 de la Directiva (UE) 2019/770 dice que el efecto negativo debe ser «mínimo».

<sup>6</sup> WENDLAND, M., «Comentario al art. 19 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 320.

<sup>7</sup> Considerando 77 de la Directiva (UE) 2019/770.

<sup>8</sup> Artículo 19.3 de la Directiva (UE) 2019/770.

## IV. EXCEPCIÓN AL DERECHO A RESOLVER EL CONTRATO POR MODIFICACIÓN DE LOS CONTENIDOS O SERVICIOS DIGITALES

### 4.1 Requisitos

El apartado 4 del artículo 126 bis del TRLCU señala que la resolución del contrato por modificación de los contenidos o servicios digitales no será de aplicación si el empresario ha dado al consumidor la posibilidad de mantener, sin costes adicionales, esos contenidos o servicios sin la modificación y estos siguen siendo conformes.

Esto podría ocurrir cuando el empresario continúa suministrando al consumidor una determinada versión de los contenidos o servicios digitales, mientras otra nueva ya está disponible. Esa versión más antigua tiene que seguir siendo conforme, lo que implica que no puede adolecer de ningún tipo de falta de conformidad<sup>1</sup>.

### 4.2 Efectos

Si se cumplen los requisitos a que se refiere el apartado 4 del artículo 126 bis del TRLCU, no serán de aplicación los apartados 1, 2 y 3 de dicho artículo. Por consiguiente, el consumidor no estará autorizado para solicitar la resolución del contrato por modificación de los contenidos o servicios digitales.

<sup>1</sup> WENDLAND, M., «Comentario al art. 19 Directiva (UE) 2019/770», *cit.*, p. 321.

## CAPÍTULO V

### Garantías comerciales y servicios posventa

#### Artículo 127. Garantías comerciales

1. Toda garantía comercial será vinculante para el garante en las condiciones establecidas en la declaración de garantía comercial y en la publicidad asociada disponible en el momento de la celebración del contrato o antes de dicha celebración. El productor que ofrezca al consumidor o usuario una garantía comercial de durabilidad con respecto a determinados bienes por un período de tiempo determinado será responsable directamente frente al consumidor o usuario, durante todo el período de la garantía comercial de durabilidad, de la reparación o sustitución. El productor podrá ofrecer al consumidor o usuario condiciones más favorables en la declaración de garantía comercial de durabilidad.

Si las condiciones establecidas en el documento de garantía comercial son menos favorables para el consumidor o usuario que las enunciadas en la publicidad asociada, la garantía comercial será vinculante según las condiciones enunciadas en la publicidad relativa a la garantía comercial, a menos que antes de la celebración del contrato la publicidad asociada se haya corregido del mismo modo de modo comparable a aquella.

2. La declaración de garantía comercial se entregará al consumidor o usuario en un soporte duradero a más tardar en el momento de entrega de los bienes y estará redactada, al menos, en castellano, de manera clara y comprensible.

3. La declaración de garantía comercial incluirá, al menos, lo siguiente:

a) Una declaración precisa de que el consumidor o usuario tiene derecho a medidas correctoras por parte del empresario, de forma gratuita, en caso de falta de conformidad de los bienes y de que la garantía comercial no afectará a dichas medidas. Dicha gratuidad comprenderá los gastos necesarios en que se incurre 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.

b) El nombre y la dirección del garante.

c) El procedimiento que debe seguir el consumidor o usuario para conseguir la aplicación de la garantía comercial.

d) La designación de los bienes o de los contenidos o servicios digitales a los que se aplica la garantía comercial.

e) Las condiciones de la garantía comercial, entre otras, su plazo de duración y alcance territorial.

El incumplimiento de este apartado no afectará al carácter vinculante de la garantía comercial para el garante.

## COMENTARIO

*Por Javier Lete Achirica*

### **SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA GARANTÍA COMERCIAL: CONCEPTO, CARACTERES Y EFECTOS.**

2.1 Concepto. 2.2 Caracteres. 2.2.1 La garantía comercial es contractual. 2.2.2 La garantía comercial es una garantía adicional o suplementaria. 2.2.3 Es una garantía voluntaria o potestativa. 2.2.4 La garantía comercial puede ser onerosa o gratuita. 2.3 Efectos. **III. RÉGIMEN JURÍDICO.** 3.1 Sujetos. 3.2 Forma de la garantía comercial. 3.3 Contenido de la garantía comercial. 3.3.1 Menciones obligatorias. 3.3.2 La garantía de durabilidad. 3.4 Idioma. 3.5 Sanción para el caso de contravención de las menciones mínimas. 3.6 Plazo del derecho a exigir el cumplimiento de la garantía comercial.

## I. INTRODUCCIÓN

El artículo 127 del TRLCU refunde los antiguos artículos 125 y 126 del TRLCU, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 17 de la Directiva (UE) 2019/771, a efectos de regular la garantía comercial, también denominada contractual o convencional. No es el único precepto del Texto Refundido que se ocupa de esta materia, pues también aparece en la Disp. Trans 1.<sup>a</sup> y, fuera del Título IV (garantías y servicios posventa) del Libro segundo (Contratos y garantías), en los artículos 59 bis, apartado 1, letra m), 60.2, letra e), 61.2 y 97.1, letra n) del TRLCU, que se incardinan en los Títulos I (Contratos con los consumidores y usuarios) y III (Contratos celebrados a distancia y contratos celebrados fuera del establecimiento mercantil) del mismo Libro. La principal novedad del artículo 127 del TRLCU es que reconoce una garantía comercial específica ofrecida por el productor: la garantía de «durabilidad» con respecto a determinados bienes.

## II. LA GARANTÍA COMERCIAL: CONCEPTO, CARACTERES Y EFECTOS

### *2.1 Concepto*

La definición y la función de la garantía comercial solo pueden entenderse de forma coherente mediante su contraposición con la garantía legal.

## DISPOSICIONES TRANSITORIAS

### Primera. Garantía comercial

1. Lo dispuesto en esta norma respecto de la garantía comercial adicional no será de aplicación a los productos puestos en circulación antes del 11 de septiembre de 2003.

2. No obstante lo previsto en el apartado anterior, en relación con los bienes de naturaleza duradera puestos en circulación antes de dicha fecha, el productor o, en su defecto, el vendedor deberá entregar al consumidor y usuario una garantía, formalizada por escrito, en la que, como mínimo, se asegure al titular de la garantía:

a) La reparación totalmente gratuita de los vicios o defectos originarios y de los daños y perjuicios por ellos ocasionados.

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

3. El documento de garantía al que se refiere el apartado anterior tendrá el siguiente contenido mínimo:

a) El objeto sobre el que recaiga la garantía.

b) El garante.

c) El titular de la garantía.

d) Los derechos del titular de la garantía.

e) El plazo de duración de la garantía que, en ningún caso será inferior a 6 meses desde la fecha de entrega, salvo cuando la naturaleza del bien lo impidiera y sin perjuicio de las disposiciones legales o reglamentarias para bienes o servicios concretos.

---

## COMENTARIO

*Por Javier Lete Achirica*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA GARANTÍA COMERCIAL DE PRODUCTOS PUESTOS EN CIRCULACIÓN ANTES DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2003. III. LA GARANTÍA DE PRODUCTOS DE NATURALEZA DURADERA PUESTOS EN CIRCULACIÓN ANTES DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2003.

## I. INTRODUCCIÓN

Este precepto es copia de la antigua Disp. Trans. primera del TRLGDCU, que a su vez reproducía, casi exactamente, la misma disposición de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo.

## II. LA GARANTÍA COMERCIAL DE PRODUCTOS PUESTOS EN CIRCULACIÓN ANTES DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2003

Según la Disp. Trans. primera, apartado 1, del TRLGDCU, a los productos puestos en circulación antes del 11 de septiembre de 2003 no les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 127 del TRLGDCU a propósito de la garantía comercial.

El supuesto de hecho de la norma es la puesta en circulación del producto antes del 11 de septiembre de 2003. A pesar de que el Texto Refundido utiliza la expresión de «puesta en circulación» en varias de sus disposiciones, en ninguna de ellas ofrece una definición al respecto. Por tanto, el momento de la puesta en circulación del producto será aquel en que tenga lugar la entrega voluntaria de ese producto por parte del productor o fabricante, lo que provoca entonces su entrada en el canal de distribución de un mercado conc<sup>1</sup>. El supuesto de hecho engloba, además, cualquier garantía comercial, incluida también la que recae sobre bienes de naturaleza duradera. Porque, aunque la Disp. Trans. primera, apartado 2, del TRLGDCU se formule como una excepción a lo establecido en el apartado 1, esa excepción no existe, debido a que dicho apartado 2 regula una garantía legal, y no comercial<sup>2</sup>.

La consecuencia jurídica es que en esos casos no se aplicará a los bienes vendidos después de la entrada en vigor del Texto Refundido el régimen de la garantía comercial establecido en el artículo 127 del TRLGDCU. La Disp. Trans. primera de la Ley 23/2003, indicaba que lo dispuesto respecto

<sup>1</sup> SOLÉ FELIU, J., *El concepto de defecto del producto en la responsabilidad civil del fabricante*, Tirant, Valencia, 1997, p. 263 y sigs.

<sup>2</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J., «Comentario a la Disp. Trans. primera TRLGDCU», en AA.VV. (coord. BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, R.), *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)*, 2ª. ed., Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015, p. 2308.

de la garantía comercial, «no será de aplicación a los productos puestos en circulación antes de la entrada en vigor de esta Ley», rigiéndose por las disposiciones vigentes en dicho momento. El fundamento de la norma parece claro. El fabricante, que es quien normalmente ofrece la garantía comercial de su producto la habrá configurado conforme a la normativa vigente en el momento de poner ese producto en circulación en el mercado. Eso justifica que, aunque el producto se venda al consumidor mucho tiempo después, no puede exigirse que la garantía comercial se adecúe a la normativa vigente en el momento de la venta, sino solo a la que estaba vigente cuando el producto fue puesto en circulación. En esta hipótesis es evidente que la norma tiene su sentido. Pero no lo tiene, en cambio, cuando es el vendedor el que ofrece la garantía comercial de un producto que fue puesto en circulación antes del 11 de septiembre de 2003. En este caso, no hay argumentos para sostener la inaplicación de lo dispuesto por el artículo 127 del TRLGDCU<sup>3</sup>.

## III. LA GARANTÍA DE PRODUCTOS DE NATURALEZA DURADERA PUESTOS EN CIRCULACIÓN ANTES DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2003

Los apartados 2 y 3 de la Disp. Trans. primera del TRLGDCU contienen el régimen jurídico de la garantía de los bienes de naturaleza duradera puestos en circulación antes del 11 de septiembre de 2003. Esta norma supuso una extralimitación del legislador refundidor de 2007, que carecía de competencias para «crear» derechos en el Texto Refundido, lo que implica que habría que considerar inaplicables estos dos apartados.

El supuesto de hecho de la norma es la venta de bienes de naturaleza duradera, realizada después de la entrada en vigor del Texto Refundido (el 1 de diciembre de 2007), cuando los bienes hubieran sido puestos en circulación antes del 11 de septiembre de 2003. Sin embargo, no se aplica a la vivienda, a pesar de ser un bien de naturaleza duradera según el RD 1507/2000. La consecuencia jurídica prevista es que, en este caso, el productor o, en su defecto, el vendedor deberá entregar al consumidor una garantía, formalizada por escrito, en la que, como mínimo, se asegure al titular de la garantía los derechos reconocidos en el apartado 2. Se exige, además, que el documento de garantía exprese, al menos, las menciones

<sup>3</sup> *Ibidem*.

establecidas en el apartado 3 de la Disp. Trans. primera. Los dos apartados son una copia casi literal de los artículos 11.2 y 3 de la LGDCU de 1984 y del artículo 12.2 de la LOCM (en su redacción original, antes de ser modificado por la Ley 47/2002). Parece claro que para este tipo de bienes se establece un régimen de garantía legal, en el sentido de que se trata de un modelo de responsabilidad impuesto directamente por la ley, y que no puede ser evitado o eliminado mediante pacto entre las partes. Su configuración es, por tanto, similar a la «garantía» establecida en el artículo 11.2 y 3 de la LGDCU de 1984, que se considera un caso de responsabilidad contractual que nace directamente de la ley, y no de la voluntad del garante<sup>4</sup>. No es, por tanto, un supuesto de garantía comercial, sino de garantía legal<sup>5</sup>. Como consecuencia de lo expuesto, el régimen legal de responsabilidad por la falta de conformidad que presente un bien será diferente en función de la fecha en la que ese bien hubiera sido puesto en circulación. Si lo fue después del 11 de septiembre de 2003, se aplicará la «garantía legal» de los artículos 114 y sigs. del TRLGDCU. En cambio, si lo fue antes de esa fecha, se aplicará la «garantía legal» de la Disp. Trans. primera, apartados 2 y 3 del TRLGDCU.

Se ha afirmado con agudeza que podría argumentarse que, en contra de lo afirmado, el precepto que se comenta diseña una garantía comercial con el fin de instaurar una peculiar garantía comercial para determinados bienes de naturaleza duradera. Incluso pudiera pensarse que ese fue el objetivo perseguido por el legislador refundidor: exponer el régimen de la garantía comercial de los productos de naturaleza duradera puestos en circulación antes del 11 de septiembre de 2003. Y, desde ese punto de vista, estaría justificado que en la Ley 23/2003 no existiera un precepto de este tipo, pues esa Ley no derogó, siguiendo este argumento, la garantía comercial del artículo 11 de la LGDCU de 1984, y que, por el contrario, sí se incluyó en la Disp. Trans. primera del TRLGDCU, ya que el Texto Refundido derogó la LGDCU de 1984. Este planteamiento, no parece correcto, porque la garantía del artículo 11, apartados 2 y 3 de la LGDCU de 1984 no es una garantía comercial, que es lo que parece considerar el legislador refundidor, sino una garantía legal. No ha sido ofrecida voluntariamente, sino que viene impuesta por la ley. Así concebida, el establecimiento de una garantía legal «propia» para los bienes de naturaleza duradera puestos

<sup>4</sup> RUBIO GARRIDO, T, «La «garantía» del artículo 11 LGDCU», *Anuario de derecho civil*, 3/1990, p. 886 y sigs.

<sup>5</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J., «Comentario a la Disp. Trans. primera TRLGDCU», cit., p. 2310.

en circulación antes del 11 de septiembre de 2003, debe ser criticado desde un doble punto de vista. En primer lugar, una garantía como la diseñada en la Disp. Trans. primera del TRLGDCU supone un incumplimiento de la Directiva (UE) 2019/771, pues no respeta el nivel mínimo de protección que reconoce al consumidor, al menos en lo que se refiere al plazo de garantía, que es solo de seis meses, mientras que la Directiva (UE) 2019/771 lo fija en, al menos, dos años. Y el legislador español ha hecho uso de su facultad para aumentarlo. En segundo lugar, el legislador refundidor no tenía competencias para instaurar un nuevo régimen de «garantía legal», aplicable únicamente a determinados bienes. La Ley 23/2003 no regulaba un régimen especial de garantía legal para los bienes de naturaleza duradera puestos en circulación antes del 11 de septiembre de 2003, y, si no estaba previsto en esa Ley, no podía regularse *ex novo* en la nueva legislación surgida de la refundición. Este razonamiento lleva a la conclusión de que los apartados 2 y 3 de la Disp. Trans. primera del TRLGDCU son inaplicables, ya que implican una extralimitación del legislador refundidor<sup>6</sup>.

<sup>6</sup> MARÍN LÓPEZ, M.J., «Comentario a la Disp. Trans. primera TRLGDCU», cit., pp. 2310-2311.

## **Segunda. Productos de naturaleza duradera**

En tanto no se concreten por el Gobierno los productos de naturaleza duradera, se entenderá que tales productos son los enumerados en el anexo II del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2, apartado 2, y 11, apartados 2 y 5, de la Ley general para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes.

### **COMENTARIO**

*Por Javier Lete Achirica*

**SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LOS PRODUCTOS DE NATURALEZA DURADERA.**

## **I. INTRODUCCIÓN**

Este precepto es copia de la antigua Disp. Trans. segunda del TRLCU, que a su vez reproducía la misma disposición de la Ley 23/2003, de 10 de julio, de garantías en la venta de bienes de consumo.

## **II. LOS PRODUCTOS DE NATURALEZA DURADERA**

Nuestra legislación de consumo se refiere a los productos de naturaleza duradera o a la «durabilidad» de los bienes en distintos preceptos. Así, el artículo 44.1, letra e), del TRLCU al tipificar las infracciones en materia de consumo, se refiere al incumplimiento del régimen de garantías y servicios postventa, o del régimen de reparación de productos de naturaleza duradera. El artículo 59 bis, apartado 1, letra i), del TRLCU a la durabilidad de los bienes, entendida como su capacidad de mantener sus funciones y rendimiento requeridos en condiciones normales de utilización durante el tiempo que sea razonable. Las Disp. Trans. Primera, segunda y tercera del TRLCU establecen una especie de garantía legal especial para los productos de naturaleza duradera puestos en circulación antes del 11 de septiembre de 2003. Y, por último, la Disp. Final segunda del TRLCU faculta al Gobierno para determinar cuáles son los productos de naturaleza

duradera. Fuera del Texto Refundido otras disposiciones también aluden a los productos de naturaleza duradera. Por el contrario, la referencia que contenía el antiguo artículo 127 del TRLCU en materia de reparación y servicio postventa ha desaparecido, de forma explícita, del vigente artículo 127 bis del TRLCU.

Mientras el Gobierno no haga uso de la habilitación que le concede la Disp. Final segunda del TRLCU, la Disp. Trans. Segunda del TRLCU indica que se considerarán como productos de naturaleza duradera los enumerados en el Anexo II del Real Decreto 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2, apartado 2, y 11, apartados 2 y 5, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes.

Nuestro derecho positivo no contiene una definición de lo que deba entenderse por «bienes de naturaleza duradera», y tampoco la doctrina ha conseguido proporcionar un concepto unitario y coherente de tales bienes<sup>1</sup>. Los bienes de naturaleza duradera se presentan como una categoría contrapuesta a la de los «bienes consumibles». Si bien para distinguirlos se han utilizado criterios que atienden a la duración de la vida útil del producto, a su valor económico, o a la complejidad técnica del bien, ninguno de ellos puede servir, por sí solo, para calificar al bien como de naturaleza duradera. Quizás lo que suceda es que se trata de una categoría que no permite una delimitación dogmática<sup>2</sup>. Lo cierto es que el legislador ha prescindido de toda definición, y se ha decantado por elaborar un catálogo de bienes reputados como duraderos. Un primer catálogo se incluyó en el RD 287/1991, que después fue derogado y sustituido por el todavía en vigor RD 1507/2000.

El Anexo II del RD 1507/2000 contempla un elenco absolutamente heterogéneo de bienes de muy diversa índole. Se trata de una enumeración de bienes sin ningún nexo de conexión entre ellos, de la que sólo cabe

<sup>1</sup> SANZ VALENTÍN, L. A., «En torno al concepto de bienes de naturaleza duradera y su incardinación en las garantías de venta», *Anuario de derecho civil*, 3/2003, pp. 1380-1383.

<sup>2</sup> MARÍN LÓPEZ, M. J., «Comentario a la Disp. Trans. segunda TRLCU», en AA.VV. (coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), *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. 2312.

deducir con claridad la exclusión de algunos bienes, como es el caso de los alimentos, que, además de ser bienes consumibles, son perecederos (están incluidos en el Anexo I del RD 1507/2000). A partir de aquí todo son dudas e interrogantes. Por ejemplo, no queda claro si el listado de bienes es un *numerus clausus* o un *numerus apertus*, y a veces también puede resultar complicado intentar averiguar el significado y alcance de algunos de los bienes (por ejemplo, «artículos de menaje», «accesorios», «enseres domésticos», «artículos para recreo»)<sup>3</sup>.

Mención aparte merece la vivienda. El RD 1507/2000 la considera como un bien de naturaleza duradera, y así debe seguir siendo incluso tras la reforma del Texto Refundido. Sin embargo, los preceptos que establecen un régimen particular para los productos de naturaleza duradera no podrán ser aplicados a la vivienda. Este es el caso del artículo 127 bis del TRLCU para la reparación y servicio postventa, que solo se aplica a los productos de naturaleza duradera que tengan la consideración de bienes muebles. Y ello porque el artículo 114 del TRLCU, al regular el ámbito de aplicación del Título IV del Libro II del TRLCU (y dentro de dicho Título IV están el artículo 127 bis), se refiere a los contratos de compraventa de bienes existentes o que hayan de producirse o fabricarse, y se consideran «bienes» las cosas muebles corporales de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 59 bis, apartado 2, del TRLCU. Lo mismo sucede con la garantía prevista en la Disp. Trans. primera del TRLCU para los productos de naturaleza duradera puestos en circulación antes del 11 de septiembre de 2003, que tampoco incluye a la vivienda. Lo mismo debe afirmarse respecto del artículo 44.1, letra e), del TRLCU, que tipifica la infracción de consumo por remisión al «régimen de garantías y servicios postventa, o del régimen de reparación de productos de naturaleza duradera», y esa normativa excluye la vivienda.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

## Segunda. Desarrollo reglamentario

Se faculta al Gobierno para dictar, en materia de su competencia, las disposiciones precisas para la aplicación de esta norma. En particular, el Gobierno determinará los productos de naturaleza duradera.

---

## COMENTARIO

*Por Javier Lete Achirica*

SUMARIO: I. DESARROLLO DEL TEXTO REFUNDIDO. II. LA DETERMINACIÓN DE LOS PRODUCTOS DE NATURALEZA DURADERA.

### I. DESARROLLO DEL TEXTO REFUNDIDO

La Disp. Final segunda del TRLCU tiene un doble contenido. En primer lugar, contiene la fórmula clásica de remisión o habilitación normativa. En segundo lugar, ordena al Gobierno la determinación de cuáles son los bienes de naturaleza duradera a que se refiere la Disp. Trans segunda del TRLCU.

En relación con el primero de los contenidos citados, la Disp. Final segunda del TRLCU es completamente superflua, pues no añade nada nuevo. En efecto, la posibilidad que tiene el Gobierno de dictar cuantas disposiciones estime necesarias para la aplicación de una ley procede directamente de lo dispuesto por el artículo 97 CE, según el cual, el Gobierno «ejerce la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes». En consecuencia, no es necesario que una ley contenga una cláusula de remisión normativa para que el Gobierno pueda dictar reglamentos. Como dice DE OTTO, «la potestad reglamentaria viene conferida por la propia Constitución y se puede utilizar siempre que no lo prohíba la Constitución o el legislador», añadiendo que, salvo que la Constitución haya querido que un concreto sector de la disciplina normativa sea objeto sólo de regulación legal, o salvo que la Ley lo impida, «el Gobierno puede por sí mismo regular cualquier materia sin necesidad de que el legislador se lo permita»<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 236.

Y esto es lo que sucede en esta materia. La Constitución no ha establecido que las materias relacionadas con la protección de los consumidores queden reservadas a la ley, y, además, el Texto Refundido no prohíbe la utilización de la potestad reglamentaria. Por eso, no era necesario que el Texto Refundido contuviera de manera expresa una cláusula de remisión normativa. Algo similar se puede afirmar del hecho de que se faculte al Gobierno a dictar disposiciones «en materia de su competencia». Es evidente que el Gobierno, como órgano del Estado, sólo puede dictar normas en materias sobre las que el Estado tenga competencias.

Son muchos los reglamentos que se han dictado en desarrollo de la LCU de 1984, y que ahora, tras la publicación del Texto Refundido, deben entenderse dictados en desarrollo de este último cuerpo normativo. Al margen del RD 1507/2000, pueden citarse, entre otros, los siguientes<sup>2</sup>:

- Consejo de Consumidores y Usuarios. Se reguló por primera vez en el Capítulo II (artículos 5 a 15) del RD 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones. Este Capítulo fue derogado por el RD 894/2005, de 22 de julio, por el que se regula el Consejo de Consumidores y Usuarios, posteriormente modificado por RD 487/2009, de 3 de abril. El RD 894/2005 constituye en la actualidad la norma que desarrolla el artículo 38 del TRLCU.
- Aparatos de uso doméstico: RD 58/1988, de 29 de enero, sobre protección de los derechos del consumidor en el servicio de reparación de aparatos de uso doméstico, y RD 1390/2011, de 14 de octubre, que regula la indicación del consumo de energía y otros recursos por parte de los productos relacionados con la energía, mediante el etiquetado y una información normalizada.
- Asociaciones de consumidores y usuarios: RD 825/1990, de 22 de junio, sobre el derecho de representación, consulta y participación de los consumidores y usuarios a través de sus asociaciones.
- Precios de productos y servicios: RD 3423/2000, de 15 de diciembre, por el que se regula la indicación de los precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios, que deroga el RD 2160/1993, de

10 de diciembre, por el que se regula la indicación de precios de los productos ofrecidos a los consumidores y usuarios.

- Productos alimenticios: RD 1334/1999, de 31 de julio, por el que se aprueba la Norma general de etiquetado, presentación y publicidad de los productos alimenticios. Este Real Decreto ha sido modificado en varias ocasiones, en concreto, por los RRDD 238/2000, de 18 de febrero; 1324/2002, de 13 de diciembre; 2220/2004, de 26 de noviembre; 892/2005, de 22 de julio; 1164/2005, de 30 de septiembre; 36/2008, de 18 de enero; 1245/2008, de 18 de julio; y 890/2011, de 24 de junio. El RD 1334/1999 constituye la unificación en un único texto de la anterior normativa reguladora de los productos alimenticios (que había sido dictada con la finalidad de incorporar al ordenamiento jurídico español las Directivas comunitarias sobre la materia, en particular la Directiva 79/112/CEE), y que estaba conformada por los Reales Decretos 212/1992 y 1268/1997.
- Seguridad de los productos: RD 820/1990, de 22 de junio, por el que se prohíbe la comercialización y fabricación de los productos de apariencia engañosa que pongan en peligro la salud y seguridad de los consumidores, y RD 1801/2003, de 26 de diciembre, sobre seguridad general de los productos, que deroga el RD 44/1996, de 19 de enero, de medidas para garantizar la seguridad general de los productos puestos a disposición del consumidor.
- Talleres de vehículos: RD 1457/1986, de 18 de enero, por el que se regulan la actividad industrial y la prestación de servicios en los talleres de reparación de vehículos automóviles, de sus equipos y componentes.
- Vivienda: RD 515/1989, de 21 de abril, sobre protección de los consumidores en cuanto a la información a suministrar en la compraventa y arrendamiento de vivienda.

La enumeración no es exhaustiva. Pues existen multitud de normas que, de un modo u otro, tienen relación directa o indirecta con la protección de los consumidores, por lo que pueden entenderse dictadas en desarrollo de la LCU de 1984 (ahora Texto Refundido) aunque a veces también supongan la incorporación al Derecho interno de Directivas europeas. Así sucede, por ejemplo, con la ingente normativa sobre etiquetado energético de los electrodomésticos (Reales Decretos 1326/1995, 607/1996, 574/1996, 701/1998, 864/1998, 284/1999, 142/2003, o 210/2003), productos alimenticios (por ejemplo, Reales Decretos 888/1988, 1808/1991, 930/1992, 1430/1997, 3484/2000, 348/2001, 293/2003, 1052/2003, 1054/2003,

<sup>2</sup> PARRA LUCÁN, M. A., «Comentario a la Disp. Final segunda 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), pp. 2331-2332.

1055/2003, 1275/2003, 640/2006, 1487/2009, 191/2011, 1101/2011, 781/2013), productos cosméticos (RD 1599/1997), preparados peligrosos (Reales Decretos 1406/1989, 363/1995, 255/2003), juguetes, etc.

Una mención aparte merece la regulación del arbitraje de consumo. Contenida en los artículos 57 y 58 del TRLCU, ha sido desarrollada por el RD 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo, y que deroga el RD 636/1993, de 3 de mayo.

## II. LA DETERMINACIÓN DE LOS PRODUCTOS DE NATURALEZA DURADERA

La Disp. Final segunda del TRLCU contiene una segunda frase, con el siguiente texto: «en particular, el Gobierno determinará los productos de naturaleza duradera». Por consiguiente, la Disp. Final segunda del TRLCU faculta al Gobierno para determinar cuáles son los productos de naturaleza duradera.

El legislador, por tanto, impone al Gobierno la determinación de los productos de naturaleza duradera. Sin embargo, mientras el Gobierno no proceda a ello, la Disp. Trans. segunda del TRLCU dispone que se considerarán como productos de naturaleza duradera los enumerados en el Anexo II del RD 1507/2000, de 1 de septiembre, por el que se actualizan los catálogos de productos y servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado y de bienes de naturaleza duradera, a efectos de lo dispuesto, respectivamente, en los artículos 2, apartado 2, y 11, apartados 2 y 5, de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y normas concordantes.