

**LA PRETENSIÓN DE INDEMNIZACIÓN POR DAÑO CONTRACTUAL
COMPLEMENTARIA O EN LUGAR DE LOS REMEDIOS LEGALES POR FALTA
DE CONFORMIDAD DE LA COSA VENDIDA AL CONSUMIDOR***

Angel Carrasco Perera**
Catedrático de Derecho civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 5 de abril de 2024

Unos conceptos básicos de partida

Lo que sigue es un extracto de información indiscutible que se contiene en el § 12 del manual de CESCO *Derecho de consumo. Materiales, Fundamentos, Aplicaciones*, 2023, redactado por Manuel J. MARÍN LÓPEZ

Existe en nuestro derecho una regulación especial para las faltas de conformidad que se manifiesta en los bienes vendidos por un empresario a un consumidor. Ese régimen, está contenido en los arts. 114 a 127 LGDCU, que han recibido una nueva redacción por el RD-ley 7/2021, de 27 de abril. Mediante esta redacción se incorporan las Directivas 770 y 771/2019

El consumidor podrá solicitar una indemnización de daños y perjuicios, si procede. Esta indemnización de daños no tiene regulación propia en la normativa sobre falta de

* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de Investigación PID2021-128913NB-I00, del Ministerio de Ciencia e Innovación y la Agencia Estatal de Investigación (AEI) cofinanciado por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social: seguimiento y avances”, dirigido por Ángel Carrasco Perera y Encarna Cordero Lobato y en el marco de las Ayudas para la realización de proyectos de investigación aplicada, en el marco del Plan Propio de investigación, cofinanciadas en un 85% por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER), para el proyecto titulado “Modelos jurídicos eficientes de consumo sostenible”, con Ref.: 2022-GRIN-34487 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana I. Mendoza Losana y, en el marco del Proyecto de Investigación SBPLY/23/180225/000242 “El reto de la sostenibilidad en la cadena de suministros y la defensa del consumidor final” cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional, en el marco del Programa Operativo de Castilla-La Mancha 2021-2027 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Carretero García.

** ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-3622-2791>

conformidad del bien vendido (se rige por las reglas generales contenidas en el LGDCU y en el Código Civil).

El consumidor puede ejercitar los remedios subsidiarios (rebaja de precio y resolución) únicamente en los siguientes casos (art. 119 LGDCU): a) la medida correctora consistente en ponerlos en conformidad resulta imposible o desproporcionada (no queda claro si basta con que un remedio primario sea imposible o desproporcionado o han de serlo los dos, aunque esta última interpretación parece más adecuada); b) el vendedor no ha llevado a cabo la reparación o la sustitución, o no lo ha hecho en un plazo razonable; c) aparece una falta de conformidad después del intento del vendedor de poner los bienes en conformidad (de donde resulta que basta un único intento infructuoso de puesta en conformidad para que quede abierta la vía a los remedios subsidiarios). Pero hay otros dos casos en que cabe recurrir a los remedios subsidiarios sin que el consumidor haya pedido previamente reparación o sustitución: a) cuando la falta de conformidad es de tal gravedad que justifica la reducción inmediata del precio o la resolución del contrato; lo que sucede cuando por la falta de conformidad el consumidor ve definitivamente frustradas sus expectativas en el contrato y no tiene sentido para él mantenerlo; b) cuando el vendedor ha declarado, o así se desprenda claramente de las circunstancias, que no pondrá los bienes en conformidad en un plazo razonable o sin mayores inconvenientes para el consumidor; en ese caso no tiene sentido que el consumidor solicite reparación o sustitución si el vendedor ya ha advertido de que no atenderá esa petición.

Mediante la acción de reducción del precio (regulada en el art. 119 bis LGDCU) el consumidor consigue que el precio del bien se reduzca o rebaje. El contrato mantiene su validez, pero como el bien presenta una falta de conformidad, se fija un nuevo precio inferior al inicialmente pactado. La reducción del precio será proporcional a la diferencia existente entre el valor que el bien hubiera tenido en el momento de la entrega de haber sido conforme con el contrato y el valor que el bien efectivamente entregado tenga en el momento de dicha entrega. Las partes pueden pactar cuál es la cuantía de ese nuevo precio; en su defecto, lo fijará el juez, tras el ejercicio judicial del derecho por el consumidor.

La resolución del contrato es un remedio subsidiario de último recurso. Aunque el saneamiento haya fallado, no cabe resolver el contrato por defectos “menores” de conformidad.

Incumplimiento primario e incumplimiento secundario

La entrega de un bien que no es conforme al contrato es un *incumplimiento contractual*. Haría pensar lo contrario que los *remedios de saneamiento* (por vicios ocultos) no están



históricamente constituidos en el Código Civil como un *remedio de incumplimiento* sino como la *puesta en ejecución de la garantía legal de que los bienes vendidos no tendrán vicios ocultos*. Esto puede parecer extraño en los casos de los arts. 1484 y 1486 CC, pero es diáfano en el *saneamiento por evicción*, porque el vendedor no está “obligado” a transmitir la propiedad, sino que *garantiza que el comprador no será privado de la posesión pacífica*. En este sentido, el remedio del art. 1478 CC sería una puesta en ejecución de la garantía frente a la evicción. En un cierto sentido, el art. 1486 II CC confirmaría esta primera impresión, porque sólo el vendedor doloso responde de los daños y perjuicios – adicionales al saneamiento–, remedio ordinario de todo incumplimiento (art. 1101 CC) que en el presente caso se esquiva, mediante la reserva del remedio indemnizatorio a un supuesto muy cualificado de dolo in contrahendo. Es decir, puede sospecharse que si la indemnización del daño contractual está reservada a una conducta de dolo, entonces no es un remedio de incumplimiento, sino otra cosa, que el art. 1270 CC tampoco se atreve a caracterizar.

Con todo, este esquema jurídico que procede de Derecho romano ha sido superado por el ámbito creciente de la resolución por incumplimiento y del remedio de daños en el art. 1124 CC. La jurisprudencia asume como ordinario que *la falta de entrega de la propiedad* constituye *ceteris paribus* un incumplimiento, y la entrega de cosa con vicios comporta un incumplimiento; de hecho, por ser tal es por lo que, además de los remedios legales, el vendedor puede ser obligado a *reparar la falta de conformidad*, opción que ya se reconocía como ordinaria antes de que fuera incorporado a nuestro derecho el sistema europeo de la falta de conformidad. En último extremo, la LGDCU deja abierta la opción de la resolución contractual, bien que bajo ciertas condiciones, y la pretensión de resolución es indiscutiblemente un remedio de incumplimiento en el Derecho común.

Si esto es así, la entrega de un bien no conforme es un incumplimiento contractual de la obligación primaria del vendedor de entregar bienes conformes. De no existir normas especiales, resultaría que el comprador podría ejercitar *la acción de cumplimiento en forma específica* a través de una pretensión de reparación (art. 1098 CC) y de una pretensión de sustitución- si la venta se construyó, como es normal en la venta de primera mano, como compraventa de cosa genérica. Y podría resolver, si se tratara de un “incumplimiento esencial”. En todos los casos, se podría acumular a la pretensión primaria una reclamación de daños contractuales, por mora, por costes incidentales, por daños consecuenciales y en la forma de *reclamación del id quod interest bilateral neto* que más adelante explico.

El deber de reparar (y en su caso sustituir) son *remedios*, pero también son obligaciones *secundarias* del vendedor. Es decir, son conductas secundarias debidas que a su vez



pueden ser incumplidas, lo que por su parte dispara una nueva panoplia de remedios. Si no se repara, se puede exigir extrajudicial o judicialmente la reparación (acción de cumplimiento en forma específica de la obligación secundaria), y ejecutar la sentencia de condena conforme a la regulación de la LEC previstas para la ejecución de condenas de hacer. Si no se repara, el comprador puede *reclamar el id quod interest* de esta obligación (los costes predeterminados de reparar por parte del comprador o en su caso los *costes de reparación ficticia* si el comprador decide no reparar). Y puede pedir la resolución del contrato, con la indemnización del *id quod interest bilateral neto*, que expresa tanto la cifra de la obligación primaria incumplida (entregar bienes conformes) como de la obligación secundaria incumplida (reparar).

De hecho, en el art. 119 cabe construir el remedio subsidiario de resolución como remedio de incumplimiento tanto de la obligación primaria como de la secundaria.

Los remedios resarcitorios del consumidor

Un consumidor que se encontrara en un supuesto de falta de conformidad podría reclamar, independientemente de otra acción, una indemnización de los daños y perjuicios derivados de esta falta de conformidad. La indemnización de daños no está distribuida en la jerarquía de remedios del art. 118 LGDCU y por esto, en principio, puede operar como accesoria de cualquiera de los remedios legales o, en su caso, en lugar de cualquiera de los remedios legales. Antes de proceder a la articulación del resarcimiento de daños en el sistema de los arts. 118 y 119 de la ley, presentaré una anatomía de los daños posibles que en teoría pudieran proceder en un sistema de acciones como las de los arts. 118 y 119.

Primero. Daños *moratorios*, por la tardanza en acometer el empresario cualquiera de los remedios de conformidad o por la demora de su ejecución. Este tipo de daños no plantean problemas particulares, y pueden fungir como accesorios de cualquiera de los remedios de conformidad de los arts. 118 y 119, incluso de la reducción del precio.

Segundo. Daños *incidentales o consecuenciales*, como sobrecostes de cobertura frente al incumplimiento o el daño que la falta de conformidad - o que un defectuoso remedio de conformidad - ha producido en otros bienes o intereses jurídicos del consumidor. Tampoco necesitan ser profundizados aquí, porque pueden cursar como accesorios en cualquiera de los cuatro remedios de los arts. 118 y 119.

Tercero. El *id quod interest de la pretensión de cumplimiento específica de reparar o sustituir*, cuando el vendedor no pueda proceder al saneamiento, no quiera proceder al saneamiento, proceda inadecuadamente al saneamiento, o se trata de un defecto que por



su entidad no requiera pasar prioritariamente por los remedios de saneamiento. Esta acción de daños es genuinamente un *subrogado económico del saneamiento*, sólo cursa en lugar de éste (“indemnización en lugar de cumplimiento”) y en principio no podría concurrir con los remedios subsidiarios de resolución y rebaja de precio. De estos daños nos ocuparemos luego.

Cuarto. El *interés bilateral resolutorio neto* del comprador. Partiendo de que el comprador ejercitara, dándose sus condiciones de aplicación, una acción de resolución por falta de conformidad y reclamara, en lugar de la restitución dinero-precio, el pago de la cantidad neta que resulta de restar (procedimiento “diferencial”) la suma del precio pagado más el *surplus* que el comprador habría obtenido de haber sido correctamente cumplido el contrato *menos* el precio que el comprador debía haber pagado, y seguramente ha pagado, por la compra. La resolución puede ser propia o impropia. En este segundo caso no se procede a la restitución bilateral del art. 119 ter apartado 4, y el consumidor reclama lo que ha dejado de obtener como consecuencia del fracaso del contrato.

Como este último concepto puede ser difícil de aprehender, haré a continuación un muestrario de situaciones típicas. No todas ellas son de incumplimiento por falta de conformidad de los arts. 118 y 119 LGDCU. Variante 1: el consumidor adquiere un smartphone, que no funciona, lo devuelve, pide restitución del precio más los mayores costes de adquisición que ahora supone hacerse con un aparato equivalente. Variante 2: el consumidor no ha pagado aún el precio, que no paga, y reclama sin más el mayor coste de adquisición de un bien equivalente, dejando el fallido teléfono de cuenta del vendedor. Variante 3: la reparación intentada por el vendedor falla o no se completa, el vendedor, que aún no ha pagado el precio, pide el mayor coste de una adquisición actual equivalente. Variante 4: la entrada adquirida para el concierto del año no ha sido entregada (hubo overbooking), el consumidor ejerce (está en plazo) el derecho de desistimiento y luego reclama como indemnización el *consumer surplus* fallido del concierto no disfrutado y que llevaba esperando durante un año. Variante 5: el consumidor no puede devolver el producto no conforme, porque su hijo menor lo tiró por la ventana de la casa, pero reclama como interés resolutorio neto el *consumer surplus* que perdió por no haber podido disfrutar de la ocasión festiva que hubiera posibilitado una prestación conforme al contrato. Variante 6: la señora que tiene concertada la sesión de peluquería para la mañana misma de su boda sufre la experiencia atroz de que la labor del peluquero es impresentable en sociedad; con independencia de cualquier otra medida que la señora pudiera tomar, puede reclamar como indemnización todo el *surplus* perdido, es decir, todo el valor de más que hubiera tenido para ella presentarse en la boda peinada decorosamente, la diferencia que *para ella* significaba el *plusvalor* de un peinado bien hecho y en el tiempo



oportuno y el precio que hubiera tenido que pagar por ello. Variante 6: el consumidor de bienes de consumo ordinario a entregar en su domicilio a fecha cierta, pagados o no pagados ya, es notificado de que dicha entrega no tendrá lugar, y el primero reclama el mayor coste abstracto de cobertura de un bien equivalente que hubiera tenido que adquirir (aunque no lo haya adquirido), a valor de mercado en la fecha y lugar en que debía haberse hecho la entrega.

Quinto. *El daño por inversiones alternativas perdidas* durante el tiempo en que el consumidor se había despojado del dinero que pagó como precio y el momento – ya improductivo a tales efectos- cuando se recupera el precio por medio de una resolución.

Sexto. El *lucro cesante* perdido por no haber podido acometer una reventa del bien no conforme. Aunque se trate en nuestro caso de una compraventa al consumo, es posible que el consumidor haya perseguido la obtención de este lucro, siempre que el negocio de reventa no forme parte de su actividad ordinaria profesional o empresarial.

Séptimo. *Los intereses legales del precio* pagado y restituido, en las circunstancias del art. 119 ter apartado 4.

Propuesta. Articulación de remedios legales y resarcimiento del comprador

- 1) Si la prestación primaria no es conforme, el comprador no puede eludir que el vendedor ejercite los remedios de saneamiento del art. 118 y, por ende, no puede aquél reclamar como primera medida los costes económicos de una autorreparación, ni los costes ficticios de una reparación virtual (el consumidor se *conforma* con la cosa sin reparar) ni el interés bilateral resolutorio neto. En incumplimiento de la obligación primaria no abre ya la posibilidad de reclamar el valor económico de este cumplimiento fallido.
- 2) Si el vendedor *no está obligado* a acometer el saneamiento, conforme al art. 118.3, el comprador no puede reclamar en su lugar el *id quod interest* que comportaría esta reparación efectiva o el *id quod interest* ficticio, que el comprador finalmente decide no acometer, quedándose con el producto cual es. Si el comprador se encamina, pues, a la resolución conforme al art. 119 a), la resolución cursará como remedio a la obligación primaria (incumplida) de entregar bienes conformes, pero no de la secundaria (*ad impossibilia nemo tenetur*) de sanear la falta de conformidad.



- 3) Conforme a algunos de los nichos de incumplimiento de las letras b) a f) del art. 119, el vendedor ha incumplido *también* la obligación secundaria de saneamiento. El consumidor puede, según ley, pasar a los remedios subsidiarios. Pero ciertamente no está obligado a pasar a tales remedios, que pueden resultarle insuficientes. El consumidor puede reclamar el *id quod interest* de la reparación fallida y encargada a otro profesional (como en el art. 1098 CC) o los costes ficticios de una reparación que debió haberse acometido pero que el consumidor defraudado deja estar.
- 4) Llamamos *resolución propia* a aquella en que se devuelven cosa y precio (art. 119 ter), y *resolución impropia* a aquella en que nada queda por devolver, pero en la que el consumidor reclama el *id quod interest* neto del mayor coste que le supone procurarse una cosa alternativa o el valor perdido del *consumer surplus* que ha perdido como consecuencia de la fallida operación, o el lucro cesante, en su caso. Este *surplus* perdido puede ser muy importante en la compra de productos o servicios digitales. El consumidor puede ejercer la resolución impropia en las mismas condiciones en que podría ejercitar la resolución propia del art. 119 ter. Para resolver *impropiamente*, basta que el consumidor, legitimado para ello por el art. 119, realice una conducta incompatible con el mantenimiento del contrato, aunque no se hubieran entregado aún la cosa ni el precio.
- 5) Una vez practicada la resolución propia o impropia, el comprador dispondrá adicionalmente de un remedio de indemnización por las cantidades correspondientes a los intereses legales del precio, al lucro cesante perdido (si alguno) o a los daños derivados del fallido (y no recuperable) empleo alternativo de unos fondos que empleó en una compraventa que finalmente fracasó por falta de conformidad.
- 6) Supongamos que el consumidor se encuentra en la situación de poder y querer reclamar una reducción de precio del art. 119 bis. Esta pretensión sigue siendo acumulable a la reclamación de indemnización por daños moratorios, incidentales o consecuenciales. ¿Pero lo es también con el daño que es la cifra del *id quod interest* de la reparación fallida o no acometida? Creemos que no, porque entonces el consumidor se enriquecería, al querer al tiempo pagar un precio menor por una cosa de menos valor y simultáneamente la reposición del coste de este bien degradado, que sería precisa para alcanzar un nivel de calidad superior.



- 7) Supongamos el caso de que la reparación se ha llevado (o sólo se puede llevar a cabo) con un resto de depreciación del valor final del producto. Lo que el art. 118.4 c) denomina “inconvenientes” para el consumidor. Éste podrá acudir a los remedios subsidiarios, conforme al art. 119 c). Pero puede no interesarle hacerlo, acaso porque quiere reclamar más que el simple *quanti minoris*. Puede en tal caso retener el bien inadecuadamente reparado, y exigir como indemnización el valor de mercado de esta pérdida de calidad, la depreciación del valor de mercado o las desmejoras en la calidad de los resultados que finalmente producirá el producto. Esta indemnización del valor de depreciación no conducirá siempre a un resultado equivalente al que el consumidor hubiera obtenido de haber optado por la reducción del precio conforme al art. 119 bis; porque en definitiva un bien de “menor calidad” o “menores prestaciones” no tiene necesariamente el mismo minusvalor que un bien superior reparado y con riesgos de déficit de las prestaciones futuras.