

**COMENTARIOS AL PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA LGDCU
ENTREGA DE LOS BIENES VENDIDOS, RESOLUCIÓN Y TRASLADO DE
LOS RIESGOS EN LA COMPRAVENTA AL CONSUMO¹**

Ángel Carrasco Perera
Catedrático de Derecho Civil
Centro de Estudios de Consumo
Universidad de Castilla-La Mancha

Fecha de publicación: 20 de noviembre de 2013

I. EL NUEVO RÉGIMEN DE LA COMPRAVENTA AL CONSUMO

1. Las nuevas reglas

El proyecto de ley de modificación del TR LGDCU (el Proyecto) incorpora dos nuevos preceptos (arts. 66 bis y 66 ter) en el Capítulo de Disposiciones Generales del Libro II (de los contratos). Sustancialmente constituyen un simple traslado de los arts. 18 y 20 de la Directiva 83/2011², con la particularidad de que en el Proyecto se contempla una penalización del doble en el art. 66 bis 3 in fine (una regla de *mayor protección* permitida por el art. 18.4 de la Directiva)

El proyectado art. 66 bis tiene gloriosos precedentes en el Derecho comparado, nacional e internacional, porque se construye a partir de la introducción de la técnica del *Nachfrist* e incorpora una solución determinada al complejo problema de cuándo un incumplimiento se considera esencial a efectos resolutorios. No voy a ocuparme

¹ Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación DER 2011-28562, del Ministerio de Economía y Competitividad (“Grupo de Investigación y Centro de Investigación CESCO: mantenimiento de una estructura de investigación dedicada al Derecho de Consumo”), que dirige el Prof. Ángel Carrasco Perera.

² El art. 66 bis 1 se corresponde en términos sustancialmente idénticos con el art. 95, apartados 1 y 2, de la propuesta de Reglamento sobre *Derecho Común Europeo de la Compraventa* (CESL). Por su parte, el art. 142 CESL es más completo que el art. 20 de la Directiva y que el art. 66 ter del Proyecto: se refiere también a la transmisión del riesgo en los contratos de suministro de contenidos digitales y regula el supuesto de la mora del comprador.

de este asunto, remitiendo para ello a otros trabajos específicos sobre la materia donde se pueden encontrar los detalles necesarios sobre los ricos precedentes regulatorios³.

Las nuevas reglas que se incorporan por el Proyecto son las siguientes.

- (1) Salvo pacto en contrario, el vendedor entregará los bienes vendidos sin demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a contar desde la celebración del contrato.
- (2) La entrega se realizará “mediante la transmisión de la posesión material o control” al comprador consumidor.
- (3) Incumplido el deber de entrega en plazo, el consumidor concederá (“emplazará”) al vendedor un plazo adicional “adecuado a las circunstancias”, transcurrido el cual, sin ser atendido, permitirá que el consumidor resuelva el contrato.
- (4) No será precisa la concesión de este plazo adicional cuando la fecha de cumplimiento constituya un elemento esencial del contrato o cuando el vendedor haya repudiado el contrato rechazando proceder a la entrega.
- (5) En caso de resolución, el empresario deberá devolver “sin demora indebida” todas las cantidades abonadas por el consumidor. Si existe retraso “injustificado” en la devolución de estas cantidades, el comprador podrá reclamar que se le pague el doble de la suma adeudada, sin perjuicio de su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios que excedan dicha cantidad.
- (6) La carga de la prueba del cumplimiento de estos plazos recae sobre el vendedor.
- (7) El riesgo de los bienes vendidos (pérdida o deterioro) sólo se transmitirá al comprador cuando él o un tercero indicado por él, distinto del transportista, haya adquirido la posesión “material” de la cosa vendida.
- (8) Con todo, el riesgo se transmitirá al comprador con la entrega hecha por el vendedor al transportista, cuando sea el consumidor el que encargue el transporte o el transportista elegido no estuviera entre los propuestos por el empresario.

³ Cfr. **CARMEN GONZÁLEZ CARRASCO**, “PLAZO ADICIONAL E INCUMPLIMIENTO DEFINITIVO: UN ATISBO DE MODERNIZACIÓN DEL DERECHO DE OBLIGACIONES EN LA DIRECTIVA 2011/83/UE SOBRE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES”, EN (CARRASCO, Dir.), *TRATADO DE LA COMPRAVENTA. HOMENAJE A RODRIGO BERCOVITZ*, 2013; **NIEVES FENOY PICÓN**, *LA COMPRAVENTA DEL TEXTO REFUNDIDO DE CONSUMIDORES DE 2007 TRAS LA DIRECTIVA 2011/83/UE, SOBRE DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES*, Anuario de Derecho Civil 2013, pags. 717 y sigts.

2. Impacto de las nuevas reglas en el sistema del TR LGDCU

La LGDCU no contiene ninguna regulación general de la compraventa al consumo, sino “islas” de regulación singularizada, que, además de no formar un conjunto sistemático, no se integran siquiera en un capítulo o libro específico dedicado a este contrato de compraventa. Es cierto que las normas relativas a la contratación a distancia y a la contratación fuera de establecimiento mercantil son con carácter casi típicos normas de compraventa, pero no están diseñadas por el legislador como un régimen específico y exclusivo de la compraventa; lo mismo se puede decir de la regulación relativa a las condiciones generales y cláusulas no negociadas. Sólo existe una regulación (Libro II, Tít. V) propia de compraventa en la reglamentación del régimen de conformidad, y remedios frente a la no conformidad, en la venta al consumo.

Las nuevas normas introducidas por el Proyecto se integran entre las normas generales de la contratación con consumidores, pero en este caso su supuesto de hecho es no sólo típico, sino exclusivo, del contrato de compraventa. En el fondo, es un complemento del régimen de conformidad del Libro II, Tit. V, y seguramente allí hubiera tenido mejor acomodo, al menos el art. 66 bis, toda vez que se trata, como en la falta de conformidad, de un supuesto de incumplimiento obligacional por el vendedor y de una regulación singularizada de un tipo de remedio (resolución contractual) frente a dicho incumplimiento.

Tampoco existía en el texto vigente ningún tratamiento mínimamente general del problema de los riesgos de pérdida y deterioro previos a la entrega, aunque sí, curiosamente, sí (art. 75) un precepto relativo a los riesgos en la *restitución* derivada del ejercicio por el consumidor de su *derecho de desistimiento*, que en el art. 76 bis 3 y 4 del Proyecto se extiende a los contratos complementarios del contrato principal desistido. El art. 75 es una norma excepcional, porque contraría el principio de derecho de los arts. 1308, 1314 y 1295 Código Civil, según el cual el riesgo lo sufre en tales casos el legitimado para la restitución, que no puede exigir la ineficacia del vínculo cuando no se halle en condiciones de devolver el bien que había recibido como prestación. En cierta medida, pero menor, el art. 66 ter nuevo es una norma excepcional en materia de riesgos. Obsérvese que si no cabe proceder a una aplicación analógica del art. 75 al nuevo supuesto del art. 66 bis es sólo porque en esta especie el incumplimiento es de tal clase que el comprador nunca llegó a recibir la cosa, por lo que no puede hablarse de riesgos de la restitución.

El art. 114 de la Ley no contenía en mi opinión una norma de atribución de riesgos de la entrega⁴. Según la norma, el vendedor está obligado a entregar al consumidor productos que sean conformes con el contrato, respondiendo frente a él de cualquier falta de conformidad que exista en el momento de la entrega del producto. Pero de la misma forma que la norma común de riesgos en la compraventa (art. 1452 CC) es compatible con la norma relativa al deber de sanear los vicios ocultos (art. 1484 CC), el art. 114 LGDCU, que es una norma relativa a la *responsabilidad por falta de conformidad*, es perfectamente congruente con un régimen de riesgos en virtud del cual el comprador consumidor soporta el riesgo de pérdida o deterioro *fortuitos* que ocurren *una vez perfeccionado el contrato* y que procede de una contingencia que *no trae causa de un vicio preexistente* al contrato. En consecuencia, el art. 66 ter no estaba anticipado por ni es redundante con el art. 114 LGDCU ni creo que haya sido introducido para *acomodar* nuestra legislación a las exigencias comunitarias previas a la Directiva 2011/83⁵.

También en la regulación de las consecuencias restitutorias derivadas del ejercicio del desistimiento se regula en el art. 76 la obligación del vendedor de devolver las sumas cobradas del comprador que desiste. Pero es curioso, e injustificado, que se contenga una solución distinta en la vieja y la nueva norma, cuando el supuesto contemplado es equivalente. En el art. 66 bis proyectado, el vendedor reembolsará “sin ninguna demora indebida” las cantidades que hubiera cobrado. En caso de retraso injustificado (sic), puede exigir el duplo de esta suma. Pero en el art. 76 de la Ley el vendedor estará obligado a devolver la suma “lo antes posible” y, en cualquier caso, antes de que transcurran treinta días desde que se le hubiere comunicado el desistimiento y, transcurrido ese plazo, tiene derecho el consumidor a recobrar la cantidad duplicada.

Las conexiones y las lagunas sistemáticas examinadas nos permiten construir soluciones que sirvan para colmar las lagunas del régimen proyectado.

Regla 1. El plazo de 30 días del art. 76.1 debe considerarse en todo caso el máximo plazo en el cual el vendedor ha de devolver las cantidades recibidas, cuando el comprador resuelva la compraventa conforme al art. 66 bis.3 del Proyecto. En otros términos, pasado este plazo, la demora es “indebida”

⁴ Considerando 14 Directiva 1999/44/CE.

⁵ En contra, señaladamente, **MORALES MORENO**, “LA CONFORMIDAD DE LA COSA VENDIDA SEGÚN LA DIRECTIVA 1999/44/CE”, en LETE ACHIRICA (edit) *GARANTÍAS DE LOS BIENES DE CONSUMO*, 2004, pags. 46, 47 y **M. J. MARÍN LÓPEZ**, “COMENTARIO ART. 114”, en R. BERCOVITZ (dir.) *COMENTARIO DEL TR DE LA LGDCU*, 2009, pags. 1413 sgt.

El art. 66 bis es una norma general que *queda desplazada* por normas más específicas, cual es el caso de los arts. 103 y 104 de la LGDCU, relativos a la contratación (venta) a distancia. *Básicamente*, el nuevo art. 66 bis 1 coincide en sus términos con el art. 103 (= art. 109 Proyecto).

También el art. 104 (= art. 110 Proyecto) es un trasunto de la norma más general que aspira a ser el art. 66 bis. Pero existen discrepancias preocupantes. En el art. 104 de la Ley se parte de que el incumplimiento del deber de entrega proviene de la falta de existencias del bien adquirido por un medio de comunicación a distancia, mientras que en el art. 66 bis no se discrimina entre las razones posibles que el vendedor haya tenido para no cumplir (salvo cuando se trata de una repudiación dolosa). En el art. 104 no existe deber de conceder un plazo suplementario para la entrega y el comprador puede resolver (aunque la norma no utiliza esta expresión) mediante declaración unilateral inmediata. Con todo, el art. 105 (=art. 111 Proyecto) introduce una restricción al precepto anterior, no de fácil coordinación, porque ahora el empresario dispone (¿en qué plazo? ¿incluso cuando el consumidor ha resuelto por declaración extrajudicial?) del derecho de sustituir el pedido por un bien “de características similares que tenga la misma o superior calidad”. Producida la resolución del art. 104, la devolución de las cantidades retenidas por el vendedor sigue el régimen del art. 76, el cual es aplicable analógicamente, según nuestra propuesta, en sede del art. 66 bis del Proyecto.

Regla 2. Propongo que el art. 66 bis 2 del Proyecto debe ser aplicado para integrar el supuesto resolutorio de los arts. 104.1 y 105 de la Ley. Esto es, dado que no existe repudiación del vendedor a distancia, el consumidor, informado de la falta de existencias, ha de conceder al vendedor un “plazo adicional adecuado a las circunstancias”, si el vendedor solicita esta nueva oportunidad.

Regla 3. También vale la aplicación inversa, en el sentido de que en el plazo adicional del art. 66 bis 2 del Proyecto el vendedor podrá cumplir mediante la entrega de un bien de caracteres similares de igual o superior calidad, incluso aunque se trate de una venta en la que el consumidor no disponga del derecho de desistimiento. La razón es perentoria cuando los productos que se venden al consumo son fungibles, y el producto de “características similares” ha de ser siempre un producto que forme parte del mismo género que el bien no entregado. Cuando se trate, excepcionalmente, de una venta de cosa específica, ningún otro bien tendrá “características similares” al no entregado.

3. La coherencia sistemática en el Proyecto de Ley

En la LGDCU el régimen disociado del derecho de desistimiento obedecía en alguna medida a una regla lógica, y los arts. 75 y 76 pretendían un alcance general, con independencia de cuál fuera la modalidad de contrato que llevase incorporado un derecho de desistimiento. En el Proyecto no es así. Se mantiene en sus términos la regla de riesgos de la restitución (art. 75 Ley), pero se redunda en sus efectos en el art. 76 bis, en una aplicación que debería haberse reconducido al precepto general. De más sustancia es la incongruencia interna que ahora se produce entre los arts. 107 del Proyecto y el art. 76 de la Ley, que no ha sido afectado por la reforma.

Como sabemos, el art. 76 de la Ley impone al empresario el deber de devolver las sumas cobradas, en un plazo no superior a 30 días y con la amenaza de una penalización del doble de la cantidad. Conforme al art. 107 del Proyecto, el vendedor devolverá las cantidades sin demoras indebidas (en el art. 76 de la Ley “lo antes posible”) y, en cualquier caso, antes de que hayan transcurrido 14 días desde la fecha en que ha recibido la notificación del desistimiento. Por imposición de la Directiva, el plazo de devolución queda reducido a la mitad. Pero en tal caso no tenía sentido seguir manteniendo el plazo originario de treinta días, que ahora sólo será aplicable a los casos marginales en que exista un derecho de desistimiento convencional o legal en un contrato que no sea contrato a distancia o fuera de establecimiento mercantil.

Regla 4. Entiendo que sigue siendo el plazo de 30 días del art. 76.1 de la Ley, y no el de 14 días del art. 107 del Proyecto, el que ha de emplearse para integrar el plazo indeterminado de devolución de cantidades a que se refiere el art. 66 bis.3 del Proyecto, en el supuesto de resolución del contrato por incumplimiento del deber de entrega

Los nuevos textos proyectados nos ofrecen material normativo susceptible de ser utilizados para integrar eventuales lagunas del régimen de resolución por incumplimiento del art. 66 bis proyectado.

Regla 5. Debe aplicarse analógicamente al supuesto resolutorio del art. 66 bis 3 del Proyecto lo dispuesto respecto a la devolución de cantidades en el art. 107.1 II del Proyecto, referido al medio de pago con el que ha de hacerse la devolución.

El art. 66 bis del Proyecto está suponiendo que el bien objeto de la venta es una cosa única. Pero puede no serlo, como se revela por las hipótesis contempladas, para otros efectos, en el art. 104 del Proyecto (múltiples bienes encargados por el consumidor en el mismo pedido; bien compuesto de diversos componentes o piezas; contrato de suministro periódico). El art. 66 bis tiene que cubrir también estas hipótesis, y aplicarse igualmente cuando el vendedor deje de cumplir la obligación de entrega de bienes sucesivos (o del último de ellos). En este caso, y por analogía, las cosas se desarrollarían como prevé el art. 73 del Convenio de Viena sobre la Compraventa Internacional. A saber. En los contratos que estipulen entregas sucesivas de mercaderías, si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas constituye un incumplimiento esencial del contrato en relación con esa entrega, la otra parte podrá declarar resuelto el contrato en lo que respecta a esa entrega. Si el incumplimiento por una de las partes de cualquiera de sus obligaciones relativas a cualquiera de las entregas da a la otra parte fundados motivos para inferir que se producirá un incumplimiento esencial del contrato en relación con futuras entregas, esa otra parte podrá declarar resuelto el contrato para el futuro, siempre que lo haga dentro de un plazo razonable. El comprador que declare resuelto el contrato respecto de cualquier entrega podrá, al mismo tiempo, declararlo resuelto respecto de entregas ya efectuadas o de futuras entregas si, por razón de su interdependencia, tales entregas no pudieren destinarse al uso previsto por las partes en el momento de la celebración del contrato.

Regla 6. Cuando el vendedor deja de cumplir el deber de entrega de bienes sucesivos que forman parte del mismo pedido o de alguno o algunos componentes de un bien compuesto, el art. 66 bis del Proyecto también será de aplicación. Para estos casos, y suponiendo que el comprador que resuelve ha tenido la posesión de los bienes efectivamente entregados, que deberán ahora ser restituidos, han de aplicarse por analogía las reglas de restitución de bienes que la Ley (art. 74 apartados 2 y 3) y el Proyecto introducen en la regulación de los efectos del desistimiento: art. 107, apartados 2 y 3. Y, lo que es más importante, se deberá aplicar por analogía también la norma de riesgos de restitución contenida en el art. 75 de la Ley, no alterado por el Proyecto. Pero no serán aplicables por analogía las normas relativas a la asunción por el comprador de los costes de devolución del art. 108 del Proyecto, porque la resolución procede de un incumplimiento del empresario, no de un derecho potestativo a desistir de parte del comprador [cfr. art. 120 a) de la Ley]. No se aplicará el art. 108.2, y el comprador que resuelve responderá de los deterioros

causados en la cosa por su culpa.

II. INCUMPLIMIENTO DEL DEBER DE ENTREGA Y RESOLUCIÓN

1. Ámbito de aplicación

A pesar de que en la transposición no se contienen, frente a la Directiva, normas generales referidas al ámbito de aplicación de los nuevos preceptos, el art. 66 bis sólo se aplica a la *compraventa de cosas muebles corporales*. No se aplica a los contratos sobre “contenidos digitales” que no se proporcionen en un soporte material (art. 17.1 Directiva) ni tampoco a los inmuebles [art. 59 bis 2 Proyecto y art. 3.3 e) Directiva], sin perjuicio de que haya que considerar que el apartado 2 del precepto contiene un principio general que ha de extenderse en la medida adecuada a la compraventa inmobiliaria, en el sentido de que tampoco en ésta (y menos en ésta que en la mobiliaria) el plazo contractual de cumplimiento es como regla un plazo no esencial, y no permite acudir directamente al remedio resolutorio. La solución del art. 66 bis se revela como muy pertinente respecto de las ventas de inmuebles, porque sigue siendo incierta la solución de si el comprador ha de tolerar una espera adicional y por cuánto tiempo ha de extenderse esa espera⁶.

2. Entrega e instalación

También se extiende la aplicación de la norma a la *instalación* de la cosa vendida, si aquélla forma parte de la obligación del vendedor, en los términos del art. 116.2 LGDCU. En consecuencia, el bien ha de estar instalado en el espacio posesorio del

⁶ Notas jurisprudenciales publicadas en el Centro de Estudios de Consumo: **IULIANA RALUCA STROIE**, *El retraso en la entrega de la vivienda no es resolutorio del contrato al no ser el plazo parte esencial del mismo. Obligación de los compradores a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados a la promotora* *vendedora*. <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/contratosInmobiliarios/14.pdf>; *Resolución del contrato de compraventa de vivienda por incumplimiento del plazo de entrega por la entidad vendedora*. <http://blog.uclm.es/cesco/files/2013/11/Resoluci%C3%B3n-del-contrato-de-compraventa-de-vivienda-por-incumplimiento-del-plazo-de-entrega.pdf>; *El retraso en la entrega de vivienda por parte de la promotora no implica un perjuicio a la compradora*. <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/contratosInmobiliarios/practicasConsumo/1.pdf> *Dos sentencias contradictorias sobre el plazo de entrega de las viviendas en construcción*. <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/contratosInmobiliarios/practicasConsumo/4.pdf> *La fecha de entrega de la vivienda no tiene que ser concreta y determinada sino estipulada de forma “clara”*. <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/contratosInmobiliarios/practicasConsumo/7.pdf>; *Total indefinición temporal en relación con la fecha de finalización de las obras y con la relativa a la entrega de la vivienda*. <http://www.uclm.es/centro/cesco/pdf/notasJurisprudencia/contratosInmobiliarios/PracticasConsumo/8.pdf>

comprador en el tiempo concedido por el art. 66 bis 1, sin que haya lugar a indagar plazos suplementarios específicos para la instalación posterior a la entrega.

3. Posesión material

El vendedor no cumple con ninguna otra modalidad de entrega salvo con la entrega material, la puesta del bien bajo el control material del comprador o de la persona designada por el comprador. La entrega en una oficina de correos se considera entrega material cuando el comprador dispone de la posibilidad de pasar a su recogida. No se considerará entregada la cosa por la entrega de documentos ni por un *constituto posesorio*. La entrega al transportista independiente no será considerada tampoco una modalidad de entrega a efectos del cumplimiento del plazo del art. 66 bis (cfr. art. 66 ter primer inciso). No importa que el transporte se facture a coste del comprador. Con todo, si el comprador contrata autónomamente el transporte, la entrega se considerará producida cuando se ponga a disposición de este porteador. La entrega se entenderá producida *cuando el comprador se encuentre en mora* del cumplimiento de su deber de colaborar a la recepción de la mercancía y a partir de este momento, los riesgos de la cosa corren a su cargo⁷; por ejemplo, si el comprador deja pasar el plazo de que disponía para retirar la cosa en el establecimiento del vendedor cuando ello se hubiera convenido así. El art. 66 bis 1 (y el art. 109 Proyecto) admite pacto en contrario, lo que es bastante insensato, tratándose de una negociación en la que el poder negociador es poseído siempre por la parte vendedora.

4. Tiempo de la entrega

Como ya se ha explicado, a falta de pacto la entrega debe realizarse “sin ninguna demora indebida y en un plazo máximo de 30 días”. Sin demora indebida quiere significar que existe un margen de razonabilidad – la entrega no tiene que hacerse “desde luego”, art. 1113 CC- y que este margen de razonabilidad *puede* durar hasta 30 días a contar desde la celebración del contrato. La norma no debe entenderse en términos que permitan al vendedor retrasar la entrega en cualquier caso hasta 30 días, sino que las demoras *justificadas* no pueden prolongar el plazo más allá de 30 días. Si no existe una causa justificada, el vendedor ha de entregar sin demora, que, según la naturaleza del contrato, puede exigir una entrega en un plazo *inferior* a los 30 días.

5. Plazo adicional de cumplimiento

⁷ Cfr. art. 69.1 Convenio de Viena de Compraventa Internacional de Mercancías, de 1980

El art. 66 bis 2 consagra normativamente un principio largamente sostenido por la jurisprudencia civil común, dentro y fuera del Derecho de consumidores; a saber, que el plazo de entrega no es esencial por principio y la demora en el cumplimiento no comporta como regla un incumplimiento resolutorio⁸. Confirma igualmente que el vendedor incumplidor en general *merece una segunda oportunidad* de cumplimiento, como ya se reconoce en el texto vigente de la LGDCU (art. 121) para el incumplimiento consistente en falta de conformidad de la mercancía. Según el art. 66 bis, el plazo nuevo debe ser “adecuado” a las circunstancias. No existe una regla de plazo supletoria, y no se puede exigir que el comprador conceda otros 30 días al vendedor. Si el plazo no es adecuado, la resolución posterior sería improcedente, lo que supone que el consumidor corre con el riesgo de incertidumbre sobre si el plazo en cuestión es razonable o no. Para eliminar este riesgo, se propone la integración de la norma del art. 115.2 CESL: el plazo concedido se considera razonable si el vendedor no se opone a él sin demora indebida. Durante el plazo adicional, el comprador no puede resolver el contrato por falta de entrega, pero la mora del vendedor no queda *purgada* merced a esta segunda oportunidad, por lo que el acreedor puede reclamar la indemnización de los daños que resulten de esta demora⁹.

6. Emplazamiento

Según la norma comentada, el consumidor “emplazará” al vendedor para que cumpla, concediéndole un plazo adicional adecuado a las circunstancias. No se trata en rigor de un emplazamiento, sino de un requerimiento. Tampoco es una conducta que imperativamente deba observar el comprador, que bien puede seguir esperando el cumplimiento mientras su acción no prescriba. Y puede demandar judicialmente el cumplimiento correcto. Según el precepto, si el vendedor no cumple su deber de entrega en este plazo adicional, el comprador “tendrá derecho a resolver el contrato”. Sería erróneo interpretar esta locución en el sentido de que el comprador ha de esperar a que transcurra el plazo adicional antes de declarar producida la resolución. Al contrario, la notificación (requerimiento) con concesión de plazo adicional puede ser en sí misma de tipo resolutorio, condicionado este efecto al transcurso del plazo, sin necesidad de renovar la manifestación de resolución; igual que ocurre con el clásico requerimiento resolutorio del art. 1504 CC.

⁸ Cfr. arts. 25, 47, 49.1 a) y b) Convenio de Viena de Compraventa Internacional de Mercancías.

⁹ Art. 47.2 Convenio de Viena de Compraventa Internacional de Mercancías.

7. Repudiación por el vendedor

No será preciso conceder un plazo adicional de cumplimiento cuando el vendedor haya *repudiado* el contrato. Según el precepto, esto ocurre cuando el vendedor “haya rechazado entregar los bienes”. La hipótesis debe ser bastante marginal en la compraventa al consumo, a diferencia de la venta mercantil ya que el tipo de *commodities* específicas de aquél mercado y los cortos plazos de ejecución no darán ordinariamente ocasión – que es siempre el motivo para repudiar un cumplimiento debido- para que el precio del contrato se hunda por debajo del precio de mercado a la fecha de cumplimiento. La repudiación deberá ser expresa, y el silencio ante un requerimiento de cumplimiento no debe entenderse como repudiación. Con todo, habrá ocasiones en que no sea precisa una repudiación expresa para constatar que el vendedor *no estará en condiciones de cumplir*, por voluntad propia o por otra contingencia. En este caso, la concesión de plazo suplementario carece de sentido si, como declara el art. 116 del CESL, “queda claro” que el vendedor no cumplirá en el plazo original.

8. Plazo esencial

Tampoco se requiere concesión de plazo suplementario si el tiempo de cumplimiento es esencial. Esencial es el plazo de cumplimiento cuando el comprador no tenga interés en el cumplimiento más allá de este plazo, cuyo transcurso habrá frustrado las expectativas legítimas puestas en el contrato. La esencialidad se determina “a la vista de todas las circunstancias que concurren” en el contrato. No hace falta que se haya incluido en el mismo una declaración expresa de esencialidad, ni tampoco la simple inclusión de esta mención hace sin más esencial un plazo. El Considerando 52 de la Directiva 2011/83 ilustra el caso con el ejemplo de la compraventa de un vestido de novia. También será esencial el plazo “cuando el consumidor informe al empresario antes de la celebración del contrato de que es esencial la entrega antes de una fecha determinada”. Pero, como digo, no basta que el comprador “informe” de esta circunstancia, sino de que de hecho la fecha sea un elemento esencial. Y tampoco hace falta que se “informe” de tal extremo, sino que así resulte de la interpretación del contrato y el vendedor no pueda legítimamente ignorar este extremo.

9. Reembolso

Resuelto el contrato, el vendedor reembolsará “sin demora indebida” todas las cantidades abonadas por el comprador “en virtud” del contrato. Respecto del plazo, ya he sostenido la aplicación analógica del art. 76.1 de la Ley. Las cantidades “abonadas” son las pagadas al vendedor por cualquier concepto, pero no los costes

pagados a terceros (transporte, instalación) ni los costes de reparación y mejora de la cosa, aunque éstos también serán reembolsables (cfr. art. 74.3 de la Ley) o indemnizables, como establece el apartado 3 in fine del art. 66 bis que comentamos. El comprador no estará sujeto a indemnizar ni restituir el (eventual) valor del uso de la cosa durante el tiempo que haya disfrutado de ella¹⁰, ni tampoco por el desgaste del uso ordinario ni por los deterioros sufridos que no le sean imputables.

Regla 7. La remisión que hace el art. 74.1 de la Ley al art. 1303 CC es aún más procedente en sede del art. 66 bis del Proyecto. En consecuencia, el vendedor deberá también los intereses del precio recibido, desde que se le hubiera abonado el precio, antes de hallarse en mora de su deber de reembolso.

III. TRASLADO DE LOS RIESGOS AL COMPRADOR

1. Ámbito de aplicación

El art. 66 ter se aplicará exclusivamente a contratos de compraventa de cosas corporales, incluyendo el agua, gas o electricidad cuando estén envasados para su comercialización en un volumen determinado. No se aplica a las compraventas de bienes inmuebles ni a las de “contenidos digitales” no entregados en un soporte material¹¹ [art. 59 bis 2 Proyecto, arts. 3.3 e) y 17.1 Directiva].

2. El traslado de riesgos.

El régimen de los riesgos nada tiene que ver con el cumplimiento o incumplimiento de los deberes de entrega y puesta a disposición. “Riesgo” significa *exposición a una contingencia de destrucción o daño de la cosa, que ocurre por caso fortuito y tiene lugar después de la perfección del contrato y antes de la entrega*. No se trata de saber entonces quién *sufre la pérdida o deterioro*, pues en una percepción inmediata se revela que estas contingencias las sufre siempre *el dueño* de la cosa, que es el vendedor en tanto en cuanto no ha tenido lugar la entrega. Se trata de saber, por el contrario, qué parte sufre el riesgo *de la contraprestación*, en otros términos, si el vendedor conserva en tal situación el derecho a reclamar o retener el

¹⁰ Según la STJUE 17.4.2008, el remedio de sustitución habrá de ser totalmente gratuito para consumidor, y el Considerando 15 de la Directiva 1999/44 (posibilidad de reducir el importe por el valor del uso) se refiere a la resolución por falta de conformidad. Pero es evidente que en el art. 120 a) LGCU también es gratuito el remedio resolutorio.

¹¹ Para el art. 142.2 CESL, se transmite el riesgo al comprador en contratos sobre contenidos digitales no incorporados a un soporte material cuando aquél haya tomado control del bien.

precio, si el comprador ha de pagar o no la cosa que no adquirirá, si el vendedor sigue obligado a entregar un bien equivalente a pesar de la pérdida del primero. Entendida la cosa en estos términos, la regla contenida en el art. 66 ter se formula como sigue. Si la cosa se pierde o deteriora por caso fortuito, antes de que hubiera sido puesta bajo el poder de disposición material del comprador (o de la persona por él designada), el vendedor perderá a la vez la cosa y el precio, que no podrá cobrar o deberá devolver. En buena teoría, aquí acabaría la cosa: no hay compraventa, el comprador nada recibe, el vendedor nada cobra, el vendedor se queda sin la cosa. Mas la trama se complica, porque en la inmensa mayoría de casos de venta al consumo estamos refiriéndonos a cosas que se determinan por su pertenencia a un género y *genus nunquam perit*. No nos bastará haber resuelto que el vendedor pierde a la vez la cosa y el precio, porque queda todavía por decidir si el comprador puede exigir que se le entregue *otra cosa* del mismo género, sin pagar precio adicional, ¿e incluso decidir si el vendedor puede todavía insistir en entregar otra cosa, asumiendo mejor el coste de vender dos bienes al precio de uno que dar por perdido un bien sin haber cobrado precio alguno!

Regla 8. Cuando el riesgo de pérdida o deterioro se realiza (por caso fortuito), y se trata de compraventa de bienes determinados por la pertenencia a un género, el comprador puede exigir que se entregue otro bien que sea conforme al contrato, pero también el vendedor puede insistir en entregar otro bien, conforme al contrato, dando por bueno haberse desposeído de dos unidades al precio de una. Entretanto uno u otro actúan, la obligación de entrega no está extinguida por la pérdida sobrevenida de la cosa; el contrato se encuentra, todavía, pendiente de cumplimiento.

3. ¿Cuál es la especialidad de la regla en la venta a consumo?

Si no existiera la regla propuesta en el Proyecto, en la venta de bienes determinados por su género se trasladaría el riesgo al comprador desde el momento en que el vendedor hubiera *especificado unilateralmente* (cfr. art. 1452 III Código Civil) cuáles bienes dentro del género habrían de ser entregados en cumplimiento del contrato. A efectos prácticos, y atendiendo a los límites de las estrategias probatorias, este momento coincidiría con el instante en que el pedido hubiera sido *embarcado* en transporte para su entrega. Si la venta recayera sobre cosa específica, el riesgo sería soportado por el comprador cuando la compraventa se hubiera perfeccionado (concurso de oferta y aceptación completamente determinadas o determinables objetivamente), en los términos clásicos de la paremia *periculum est emptoris* que reconocidamente (aunque no sin polémica) se contiene en el art. 1452 I

Código Civil. Con todo, a *efectos prácticos* el traslado del riesgo no se produciría tampoco en este caso antes de la especificación mediante el embarque, porque para el vendedor sería poco menos que indestructible la presunción (art. 1183 Código Civil) de que la cosa se ha perdido o destruido o deteriorado en el ínterin por su negligencia empresarial y no por caso fortuito. En consecuencia, el art. 66 ter del Proyecto no es un nuestro sistema una norma ociosa ni redundante. Ni tan siquiera aunque se postule – como impertinentemente hacen el art. 59 bis.1 a) del Proyecto y el art. 2 (5) de la Directiva- que la compraventa al consumo tiene de singular frente a la compraventa común que el vendedor *está obligado* a transmitir la propiedad de la cosa vendida. Aunque así fuera, no por ello habría que entender derogada la regla de riesgos del Código Civil: no existe ninguna incongruencia entre la existencia de una *obligación* del vendedor de transmitir la propiedad al comprador y la posibilidad de que se libere de dicha obligación por la ocurrencia de un caso fortuito que sea anterior a la entrega y transmisión efectiva de la propiedad. En otros términos, la *magia* de las reglas del traslado de riesgos se halla precisamente en que hacen posible que el comprador resulte obligado a pagar el precio a pesar de que el vendedor no haya cumplido su obligación de transmitirle la propiedad y de hecho no se la haya transmitido aún en el momento en que la cosa se pierde o se destruye. Y esto es lo que ha alterado el art. 66 ter proyectado.

4. Deterioro

Como es tradicional en el discurso sobre el traslado de los riesgos, la norma equipara la pérdida total (*interitus*) y el deterioro (*damnum*). Pero sus efectos son diferentes, aunque sólo fuera porque en el segundo caso el bien subsiste. Con todo, la norma confirma que el riesgo sigue siendo del vendedor. Y esto quiere decir que, si se trata (como de ordinario) de cosa determinada por su género, el comprador puede rechazar la mercancía dañada o, si ya está en su poder, pedir la sustitución de la misma, en los mismos términos del art. 119 LGDCU, pero que aquí *se aplicaría por analogía*, porque la temática del riesgo no pertenece al capítulo de la disconformidad de la cosa. En términos rigurosos, el régimen legal de la falta de conformidad de los arts. 114 sigts LGDCU no se aplica directamente, porque la ocurrencia de un riesgo de deterioro *no es una falta de conformidad en el sentido del art. 114 LGDCU*. Hasta tal punto es así que, si bien el comprador puede solicitar la sustitución del bien dañado, no puede solicitar que el vendedor *repare* el deterioro ocurrido por caso fortuito antes de la entrega. Si, excepcionalmente, la venta versara sobre un bien específico y singular (en realidad, todos los bienes de segunda mano), el comprador tendría derecho a rechazar la cosa y resolver el contrato; no habría posibilidad de sustitución, porque la cosa no tendría iguales en su género, y tampoco

cabría imponer al vendedor, contra su voluntad, que reparase el defecto resultante de la contingencia de riesgo. ¿Mas podría reclamarse una rebaja de precio, como en el art. 121 de la Ley, tanto si la venta es de género como si la cosa vendida es específica? ¿Y se aplicará la limitación que el art. 121 contiene respecto de la resolución?

Regla 9. En las contingencias de riesgo que produzcan un deterioro de la cosa, además del resto de los remedios que le correspondan, el comprador siempre podrá exigir una rebaja de precio en términos equivalentes a los del art. 122 LGDCU

Regla 10. El comprador puede exigir la sustitución de la cosa si se ha producido una contingencia de riesgo que daña la cosa. Si el bien no es sustituible, puede pedir directamente la resolución. Pero el vendedor puede exigir que se le conceda una oportunidad para reparar el deterioro.

5. Riesgo subsiguiente a la entrega

Si el comprador *no dispone por ley de un derecho de desistimiento*, el riesgo de pérdida o deterioro subsiguiente a la entrega es suyo propio; no puede resolver el contrato, no puede pedir reparación ni sustitución ni rebaja de precio. En cambio, si estuviera legitimado para desistir del contrato en los términos legales (venta a distancia o fuera de establecimiento), el riesgo de la restitución sería soportado por el vendedor en los términos del art. 75.1 de la Ley. Como he expuesto en un lugar anterior de este trabajo, creo que el art. 75.1 se aplicaría igualmente cuando el comprador *resolviera* el contrato de compraventa por falta de conformidad o por incumplimiento del deber de entrega en los términos del art. 66 bis.

6. Mora creditoris

Si el comprador se hallara en *mora creditoris*, por no hallarse en disposición de recibir la cosa que se le ofrece en el momento *convenido*, el riesgo se transmitiría al comprador a partir de este momento¹². Pero el comprador (consumidor) sólo se encuentra en mora de su deber de recibir la entrega cuando la fecha de la misma se ha determinado en términos exactos. No hay mora si el vendedor no ha precisado la fecha exacta en que se hará la entrega, sino sólo un plazo aproximado o un margen de tiempo, y el consumidor no se hallara en su domicilio en el momento en que,

¹² Art. 69.1 Convenio de Viena Compraventa Internacional de Mercancías.

incluso dentro de este plazo o margen, el vendedor o transportista se presentaran para la entrega.

7. Transporte

Si el vendedor transporta la mercancía con sus propios medios, el régimen del riesgo no se altera: sólo se produce el traslado del riesgo cuando la cosa llega al ámbito de control posesorio del comprador¹³. Mas también ocurre así cuando el vendedor *contrata* con tercero el transporte, *aunque* se haga por cuenta y cargo del comprador, es decir, ya sea que el transportista cobre directamente del comprador ya sea que el vendedor cargue este coste en el precio de la mercancía vendida. En cambio, si es el comprador quien *encarga* el transporte, el riesgo pasa a ser suyo desde que la mercancía es entregada al transportista en el establecimiento designado por el vendedor. Pero será preciso que sea el comprador quien lo encarga, *no bastando* que sea el comprador quien paga el transporte. Lo mismo ocurre si el comprador elige un transportista distinto de los propuestos por el empresario. Me parece que la regla contenida en el precepto no es pertinente en este punto y dará lugar a incertidumbres y a previsibles prácticas empresariales de elusión. ¿*Encarga* el transporte el comprador que solicita que le lleven la mercancía a casa, aprovechando la disponibilidad ofrecida por el vendedor en este sentido, con o sin recargo de precio? ¿Hay *encargo* cuando el vendedor toma la iniciativa de *ofrecer* al comprador esta posibilidad? En mi opinión, al comprador sólo se le imputará el *encargo* cuando se trate de una compraventa de bienes de los que *típicamente se recogen y reciben por el comprador en el establecimiento del vendedor*. Cuando por cualquier circunstancia no es así (por ejemplo, por el tamaño o peso de los bienes, por la necesidad de instalación ulterior, etc), el transporte por los medios dispuestos o contratados por el vendedor nunca se entiende hecho por encargo del comprador.

Regla 11. A efectos del traslado de riesgos, no se entiende por principio que el comprador ha “encargado” el transporte cuando se trata de una compraventa a distancia o de una compraventa fuera de establecimiento del vendedor. Tampoco, cuando se trata de mercancías que típicamente no son retiradas directamente por el comprador en el establecimiento del vendedor.

¹³ En esto difiere del régimen básico de traslado del riesgo en la compraventa mercantil: art. 67 Convenio de Viena