

# Las expectativas del consumidor en los criterios de conformidad del TRLGDCU y CCCAT

## The expectations of the consumer in the conformity criteria of the TRLGDCU and CCCAT

ESTHER TORRELLES TORREA

*Profesora Titular Derecho civil - Universidad de Salamanca*

ORCID ID: 0000-0001-9239-5326

Recibido:15.12.2022 / Aceptado:27.01.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.7566

**Resumen:** Los criterios objetivos de conformidad están basados en las características y fines que presentan normalmente los bienes y los contenidos y servicios digitales del mismo tipo y en las expectativas razonables del consumidor. En el presente trabajo estudiamos, por una parte, los criterios objetivos de conformidad en el Texto Refundido de la Ley General de Consumidores y Usuarios y en el Código civil de Cataluña, y, por otra parte, las expectativas del consumidor, en concreto desde el prisma del estándar de la razonabilidad y los elementos de evaluación que permiten su delimitación.

**Palabras clave:** Expectativas del consumidor, razonabilidad, criterios objetivos, muestra, modelo, versión de prueba o vista previa, accesorios, instrucciones, declaración pública.

**Abstract:** The objective requirements for conformity are based on the characteristics and purposes that goods and digital content and services of the same type normally have and on the reasonable expectations of the consumer. The objective of this work is to study, on the one hand, the objective criteria of conformity in the TRLGDCU and in the Civil Code of Catalonia, and on the other hand, the consumer expectations, specifically in the light of the standard of reasonableness and the assessment elements that grant its delimitation.

**Keywords:** Consumer expectations, reasonableness, the objective requirements for conformity, sample, model, trial version or preview, accessories, instructions, public statement.

**Sumario:** I. Contextualización de la materia. II. Los criterios de conformidad. 1. Criterios subjetivos, 2. Criterios objetivos, A) Criterios objetivos absolutos. a) Fines ordinarios. b) Cantidad, calidad y otras características de los bienes y contenidos y servicios digitales. B) Criterios absolutos relativos. a) Muestra, modelo, versión de prueba o vista previa. b) Accesorios, instrucciones o documentos de instalación. C) Supuestos especiales. a) Las actualizaciones en contratos de compraventa de bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales. b) La incorrecta instalación del bien como un caso de falta de conformidad. D) La exclusión de criterios objetivos. III. Las expectativas razonables del consumidor. 1. Las expectativas del consumidor perfiladas por el estándar de la razonabilidad. 2. El estándar de la razonabilidad en el Derecho uniforme europeo. 3. Los elementos de evaluación de las expectativas del consumidor. A) Primer supuesto. a) Las expectativas razonables del consumidor y usuario que derivan de la naturaleza del bien y del contenido o servicio digital, b) Las expectativas razonables del consumidor que derivan de las declaraciones públicas. B) Segundo supuesto. C) Tercer supuesto IV. Reflexión final

---

\* El presente Trabajo se enmarca en el Proyecto Cumplimiento de los contratos y realidad digital: la adaptación del derecho contractual para la prevención de conflictos transfronterizos (PID2019-107195RB-I00/AEI/10.13039/501100011033 financiado por MCIN), IP M. GRAMUNT Y G. RUBIO.

## I. Contextualización de la materia

1. Uno de los deseos de todo consumidor es ver satisfechas sus “legítimas expectativas” cuando adquiere un producto o servicio<sup>1</sup>. No es una expresión que se use en el Texto refundido de la Ley general de Defensa de los Consumidores y Usuarios (en adelante TRLGDCU), pero sí observamos expresiones similares como lo que el consumidor y usuario “puede razonablemente esperar”. Es en esta expectativa en lo que pretendemos detenernos en este trabajo y para ello pondremos el foco de atención en los criterios de conformidad regulados en el régimen de garantías, pues es donde más se usa dicha expresión. Analizaremos, en primer lugar, dichos criterios, especialmente los objetivos, y, en segundo lugar, las expectativas del consumidor en ellos mencionadas.

2. Los criterios de conformidad, aunque hace tiempo que forman parte de nuestro ordenamiento, han sido reformados recientemente a través de dos directivas comunitarias. La Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019, *relativa a determinados aspectos de los contratos de suministros de contenidos y servicios digitales* (en adelante Dir. 770) y la Directiva (UE) 2019/771 de 20 de mayo de 2019, *relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes por la que se modifican el Reglamento (CE) número 2017/2394 y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE* (en adelante Dir. 771). Estas normas establecen qué es lo que el consumidor tiene derecho a esperar que se le entregue cuando adquiere un bien y qué es lo que el vendedor debe entregarle a cambio de un precio o de datos. La Dir. 771 se aplica a la compraventa de bienes muebles tangibles mientras que la Dir. 770 se ocupa de los contratos de suministro de contenidos y servicios digitales<sup>2</sup>.

Estas Directivas revisan y derogan la Directiva 1999/44/CE (inspirada en la Convención de Viena -en adelante CISG<sup>3</sup>- y cargada de poder iusprivatista) que ya fue en su momento una maniobra muy ambiciosa del legislador europeo para incidir en un ámbito esencial del Derecho privado como es el contrato de compraventa<sup>4</sup>. Sin embargo, la Directiva de 1999, tras veinte años en vigor, había quedado obsoleta, especialmente por el desarrollo digital. Con las Directivas de 2019 se da el salto al Mercado Único Digital, otro de los grandes retos de la UE.

3. La transposición de las directivas de 2019 se ha realizado a nivel estatal en el TRLGDCU y, a nivel autonómico, Catalunya lo ha hecho en su Código civil (en adelante CCCat).

— En el TRLGDCU de 2007 se han incorporado las Dir. 770 y 771 a través del Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril, *de transposición de directivas de la Unión Europea en las materias de competencia, prevención del blanqueo de capitales, entidades de crédito, telecomunicaciones, medidas tributarias, prevención y reparación de daños medioambientales, desplazamiento de trabajadores en la prestación de servicios transnacionales y defensa de los consumidores*<sup>5</sup>. La transposición ha supuesto la modificación de los art. 114 ss. sobre las

<sup>1</sup> N. COLLADO-RODRÍGUEZ, y F. PEÑA LÓPEZ, “La protección del consumidor frente a la adquisición de bienes defectuosos o que no satisfagan sus legítimas expectativas económicas”, en J.M. BUSTOS LAGO (coord.), *Reclamaciones de consumo. Materiales para la construcción de un Tratado de Derecho de consumo*, Cizur Menor, Thomson-Reuter Aranzadi, 2020 (4ª ed), p. 852.

<sup>2</sup> Como advierte J. MORAIS CARVALHO, “Contratos de compraventa de bienes (Directiva 2019/771) y suministro de contenidos o servicios digitales (Directiva 2019/770)-Ámbito de aplicación y grado de armonización”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2020), vol. 12, n. 1, p. 931, la Dir. 771 complementa la Dir. 2011/83/UE en lo que se refiere a las normas que rigen los contratos celebrados con los consumidores en general, dando así un paso más hacia un derecho armonizado de compraventa a nivel europeo.

<sup>3</sup> Convención de las Naciones Unidas sobre la Venta Internacional de Mercaderías, celebrada en Viena en 1980.

<sup>4</sup> F. GÓMEZ POMAR, “El nuevo derecho europeo de la venta a consumidores: una necrológica de la Directiva 1999/44”, *Indret* (Editorial), 4, 2019.

<sup>5</sup> El artículo decimosexto del Título VIII del Real Decreto-Ley 7/2021 realiza diferentes cambios en el TRLGDCU. Las directivas de 2019 se transponen en la parte general de los contratos con consumidores (Libro II, Título I, Capítulo I) y en sede de garantías y servicios postventa (Libro II, Título IV, Capítulos I a V). E. ARROYO AMAYUELAS, “Entra en vigor el Real Decreto Ley 7/2021 (compraventa de bienes de consumo y suministro de contenidos y servicios digitales al consumidor)”, *Revista CESCO de Derecho de consumo*, n. 41 (enero-marzo), 2022, pp. 2 y 4, crítica con la técnica utilizada, señala que recurrir al Real

garantías de los bienes de consumo y una incidencia mayor en el principio de transparencia. La nueva regulación entró en vigor el 1 de enero de 2022 (con matices previstos en la norma). El legislador español se ha decantado por una regulación sistemática, integradora de ambas modalidades<sup>6</sup>.

- En Cataluña se han transpuesto las Dir. 770 y 771 en el Libro sexto del Código civil de Cataluña, a través del Decreto Ley 27/2021, de 14 de diciembre, *de incorporación de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, relativas a los contratos de suministro de contenidos digitales y servicios digitales y a los contratos de compraventa de bienes, en el libro sexto del Código civil de Catalunya*. Se regula de forma separada el contenido de ambas directivas. La Dir. 771 ha exigido reformar los preceptos de la sección primera del capítulo I, relativo a la compraventa y la Dir. 770 se ha transpuesto creando una nueva sección cuarta dentro del capítulo I en el que se regula el suministro de contenidos y servicios digitales<sup>7</sup>.

## II. Los criterios de conformidad

4. Las nuevas directivas de 2019 prestan especial atención a los criterios de conformidad frente a la derogada directiva de 1999 que solo contemplaba cuatro criterios en un único precepto y sin distinciones. Ahora se regulan cuatro criterios subjetivos de conformidad (art. 6 Dir. 771 y art. 7 Dir. 770) y cuatro objetivos (art. 7 Dir. 771 y art. 8 Dir. 770), además del criterio específico de falta de conformidad por incorrecta instalación o integración (art. 8 Dir. 771 y art. 9 Dir. 770)<sup>8</sup>.

5. En concordancia con el art. 115 TRLGDCU, se regulan tres preceptos más dedicados al principio de conformidad: art. 115 bis (criterios subjetivos), art. 115 ter (criterios objetivo), y art. 115 quater (instalación incorrecta de los bienes e integración incorrecta de los contenidos y servicios digitales). El CCCat regula el tema en los arts. 621-20 (criterios para determinar la conformidad), 621-21 (conformidad en la instalación), 621-25 y 621-71 (criterios para determinar la conformidad) y 621-72 (integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales)<sup>9</sup>.

6. En ninguno de los dos ordenamientos se define legalmente qué es la conformidad, pero sí queda patente en todos los preceptos mencionados que existe una clara obligación de conformidad (“deberán cumplir”, se señala en el TRLGDCU o “el bien es conforme al contrato si cumple los siguientes requisitos” según el CCCat). La conformidad con el contrato sirve principalmente como instrumento conceptual y práctico para canalizar, en relación a las compraventas de consumo, todo el campo de la infracción

---

Decreto Ley, es habitual en el gobierno para evitar retrasos en la transposición de las Directivas e impedir los procedimientos de infracción. También se muestra crítico R. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, “A golpe de Decreto Ley”, *Cuadernos de Derecho Privado*, n. 1, 2022, p. 1 ss.

<sup>6</sup> Entre otros, L. ARNAU RAVENTÓS, “Bienes y elementos digitales: ¿dos mundos aparte?”, *Revista de Educación y Derecho*, 24, 14 septiembre 2021, p. 3.

<sup>7</sup> Recomendable L. ARNAU RAVENTÓS, Y M. GRAMUNT FOMBUENA, “Cap a un Dret català conforme a les Directives (UE) 2019/770 i 2019/771”, en *Indret*, 1, 2022.

<sup>8</sup> La Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 9 diciembre de 2015, COM(2015) 634 final, daba preeminencia absoluta a la hora de evaluar las faltas de conformidad a lo estipulado en el contrato; es decir, establecía únicamente parámetros subjetivos de conformidad, sin preservar las legítimas expectativas de los usuarios por vía de requisitos objetivos de conformidad. Tras diversas críticas y cambios en la tramitación legislativa, tanto la Dir. 770 como la Dir. 771 acogen una lista de criterios subjetivos y objetivos de conformidad.

<sup>9</sup> La inspiración de esta regulación se encuentra en el art. 35 CISG, que a su vez influyó en la Directiva 1999. Estos dos textos se tuvieron presentes en los arts. IV.A.-2:301 DCFR (conformidad con el contrato) y IV.A.-2:302 DCFR (adecuación a su uso, calidad y embalaje), y en los arts. 99 CESL (conformidad con el contrato) y 100 CESL (criterios de conformidad de los bienes y contenidos digitales). De aquí pasó a las Directivas de 2019 y sus previas propuestas de 2015, con matices durante todo el itinerario.

contractual del vendedor, calificable como cumplimiento defectuoso o irregular por razón del objeto<sup>10</sup>. Es la correspondencia entre lo debido y lo que se entrega<sup>11</sup>.

7. Para que un bien sea conforme no se exige que cumpla todos los criterios objetivos y subjetivos, sino que el bien debe reunir cada criterio “*cuando sea de aplicación*”. Y entre los que resulten de aplicación, se deduce un criterio cumulativo, es decir, que cabe la aplicación simultánea de varios de estos criterios<sup>12</sup>.

Aunque pueda parecer que no existe una aplicación priorizada de los criterios de conformidad<sup>13</sup>, la doctrina alemana considera que se establece una cierta prioridad de los requisitos de conformidad objetivos sobre los subjetivos. Además, dentro de los criterios objetivos, también establecen una prioridad a favor de los criterios más específicos<sup>14</sup>.

<sup>10</sup> F. GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, en *Comentari al llibre sisè del Codi civil de Catalunya. Contractes amb finalitat transmissora i sobre activitat aliena*, J. EGEA I FERNÁNDEZ I J. FERRER RIBA, (dirs), Barcelona, Atelier, 2021, p. 226. M. CASTILLA BAREA, “¿Estamos ante un nuevo paradigma de la conformidad de bienes muebles, contenidos y servicios digitales? Reflexiones sobre el rol asignado a los requisitos objetivos tras la adaptación del TR-LGDCU a las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771”, en L. ARNAU RAVENTÓS (dir.) *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*, Barcelona, Atelier, 2022, p. 101, define la conformidad como “la plena adecuación a todo cuanto el consumidor y usuario puede razonablemente esperar, teniendo en cuenta lo pactado en el contrato celebrado y, en su caso, las características materiales, digitales y jurídicas habituales en el mercado para este tipo de bienes o servicios”.

J.A. FERRER GUARDIOLA, “Algunos aspectos no resueltos tras la modificación del TRLGDCU con ocasión de la transposición de las Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771”, *RDC*, VIII-4, 2021, p. 188, considera que Las Directivas de 2019 suponen una quiebra del anterior principio de conformidad con el contrato. Para un estudio de la conformidad, A. VAQUER ALOY, “El principio de conformidad: ¿supraconcepto en el Derecho de obligaciones?”, *ADC*, 2011, tomo LXIV, fascículo 1; o “La conformidad de la prestación en la nueva regulación de la compraventa en Cataluña”, en Estudios sobre el *Libro sexto del Código civil de Cataluña*, A. SERRANO DE NICOLÁS (coord.), Madrid, Barcelona, Marcial Pons y Col·legi de Notaris de Catalunya, pp. 215 ss; o R. SHULZE R. SHULZE, “Nuevos retos para el Derecho de contratos europeo y cuestiones específicas acerca de la regulación del suministro de contenidos digitales”, en *La Europeización del Derecho Privado: Cuestiones actuales*, E. ARROYO AMAYUELAS Y A. SERRANO NICOLÁS (dirs), Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 22 ss.

<sup>11</sup> Para un estudio del cambio de criterio clásico de la cuestión, A. M. MORALES MORENO, *La modernización del derecho de obligaciones*, Madrid, Civitas, 2006, p. 102.

<sup>12</sup> Entre otros, E. ARROYO AMAYUELAS, “La propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia”, *InDret*, 3-2016, p.8; J.M. MARÍN LÓPEZ, “La Directiva 2019/771/UE, de 20 de mayo, sobre contratos de compraventa de bienes de consumidores”, en *Publicaciones jurídicas CESCO*, 19 junio 2019, p. 7; J.M. MARÍN LÓPEZ, “La responsabilidad del vendedor de bienes de segunda mano por falta de conformidad”, *Responsabilidad civil, seguro y tráfico*, n. 70, 2020, p 18; J. AVILÉS GARCÍA, “La nueva conformidad contractual de los bienes con elementos digitales en las compraventas de consumo (hacia un mercado único digital europeo)”, en L. A. FERNÁNDEZ VILLAZÓN (coord.), *Derecho y nuevas tecnologías*, Cizur Menor, Thomson-Reuters-Civitas, 2020, p. 538; S. MARTÍNEZ GÓMEZ, “Novedades (en vigor a partir del 01.01.2022) en el régimen de la compraventa de bienes al consumo tras la transposición de la Directiva (UE) 2019/771 mediante el RD-Ley 7/2021 de 27 de abril”, en *Publicaciones jurídicas CESCO*, 20 mayo 2021, p. 7; F.M. CORVO LÓPEZ, “Estudio de Derecho comparado sobre las garantías en la venta de bienes de consumo en España y Portugal a la luz de la Directiva (UE) 2019/771”, *Cuadernos de Derecho transnacional*, marzo 2020, vol. 12, nº 1, p. 131, nota marginal 26.

<sup>13</sup> El tema no es pacífico. Entre nuestra doctrina, CASTILLA BAREA, *La nueva regulación europea de la venta de los bienes a consumidores. Estudio de la Directiva (UE) 2019/771 y su transposición por el Real Decreto-ley 7/2021, de 27 de abril*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2021, pp. 109 o 141 defiende que en sentido estricto no hay una jerarquía normativa, si bien el programa obligacional debe ser el primer criterio rector: primero deben concurrir los requisitos subjetivos y si el bien aún presenta anomalías habrá que integrar el contenido contractual con los requisitos objetivos. También sigue este criterio en “Estamos ante un nuevo paradigma...”, *loc cit.*, pp. 104 y 105, 109. En sentido similar MARÍN LÓPEZ, “La responsabilidad del vendedor...”, *loc cit.*, p 18.

En cambio, apuestan por una configuración omnipresente de los criterio objetivos en el sentido que deben cumplirse en todo contrato independientemente de lo exigido por el mismo: R. SÁNCHEZ LERIA, “Mercado digital y protección del consumidor: a propósito de la Directiva 770/2019 y su transposición la ordenamiento jurídico español”, *InDret*, 4-2021, p. 53; G. MUÑOZ RODRIGO, “Algunas cuestiones sobre la transposición de la Directiva 771/2019, 20 mayo 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nº 16, febrero 2022, p. 1291.

<sup>14</sup> D. STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 de la Directiva 770/2019, en R. SCHULZE Y D. STAUDENMAYER (ed.), *EU Digital Law Article-by-Article Commentary*, Baden-Baden; Nomos, 2020, p. 135 (número marginal 15), aunque se refiere a los criterios objetivos de la Dir, 770 puede extrapolarse a los criterios establecidos en nuestros ordenamientos. En este sentido, el autor considera que en caso de que los distintos criterios objetivos alcanzaran resultados diferentes, habría que dar prioridad a los criterios más específicos, Así, el art. 8.1.d), es prioritario sobre el 8.1.a) y b) y el art. 8.1.b) tiene prioridad sobre el 8.1.a), mientras que el 8.1.c) se aplicaría junto con otros criterios. Haciendo una equivalencia de esta reflexión con el TRLGDCU supondría dar prioridad al art. 115.ter.1.b) sobre el art. 115.ter.1.a) y d), y el art. 115.ter.1.d) tiene prioridad sobre el art. 115.ter.1.a), mientras

Se afirma que, dado que los criterios objetivos deben cumplirse con independencia de las estipulaciones contractuales, estos son más relevantes que los subjetivos. Además, esta prioridad se demuestra por el hecho de que un acuerdo contractual sobre una desviación de los criterios objetivos, debe cumplir, como se verá más adelante, unos requisitos formales bastante estrictos (art. 115 ter.5 TRLGDCU y 621-20.4 CCCat).

Esta primacía ha sido criticada por restringir la libertad contractual y por el temor a que con ello se dificulte el acceso al mercado de nuevos productos. Sin embargo, se alega a favor de la primacía de los criterios objetivos, que estos deben entenderse como un régimen de información y en el fondo un régimen de transparencia<sup>15</sup>. La finalidad de esta prioridad es evitar perjudicar al consumidor a través de cláusulas contractuales desventajosas para él<sup>16</sup>.

## 1. Criterios subjetivos

8. No entraremos con detalle en estos criterios puesto que en ninguno se hace alusión a las expectativas del consumidor (art. 115 bis TRLGDCU y 621-20 CCCat). En ellos, lo decisivo es el programa obligacional contenido en el contrato y si el bien o contenido y servicio digital no presenta algunas de las características, cualidades o prestaciones pactadas, o no se entregan los accesorios y las instrucciones, a pesar de haberse pactado, habrá falta de conformidad<sup>17</sup>. Ahora bien, los requisitos subjetivos de conformidad no siempre se extraen de los términos expresos del contrato, pues, a veces, es preciso recurrir al contenido obligacional implícito que se extrae de la publicidad, información, descripciones precontractuales, etc<sup>18</sup>.

9. Cabe señalar que un pacto entre las partes es poco habitual en las ventas de bienes de consumo (aunque no ausentes), pues suelen producirse en masa y con prestaciones similares en todos ellos. Sin embargo, ante bienes que tienen que producirse o fabricarse (admitidos en el art. 114 TRLGDCU o 621-3 CCCat), pueden tener mayor cabida estos criterios subjetivos.

---

que el art. 115.ter.c) se aplicaría junto con otros criterios. En el CCCat implicaría dar prioridad al art. 621-20.2.c), sobre los apartados a) y b), y el art. 621-20.2 b) tiene prioridad sobre el apartado a), mientras que el apartado d) se aplicaría junto con otros criterios. Esta prioridad también se defiende por I. SCHWENZER, en SCHLECHTRIEM Y SCHWENZER (eds), *Commentary on the UN Convention on the International Sale of Goods (CISG)*, Oxford, OUP, 2016, comentario al art. 35 CISG, número marginal 13, en una situación similar al comentar el art. 35.2 CISG.

<sup>15</sup> B. GSELL, “Conformidad y expectativas razonables de los consumidores”, Working Paper Jean Monnet Chair, Universitat de Barcelona, 2/2022, p. 4. Considera que no es sorprendente el hecho de que tanto en los criterios subjetivos como objetivos se haga referencia a un mismo criterio (por ejemplo, tener la calidad debida), “porque, muy a menudo, las partes no prevén todos los extremos y, en consecuencia, no queda más remedio que recurrir a la expectativa general en el contrato correspondiente o a los estándares similares objetivizados, que permiten completar el acuerdo”.

En una línea similar D. STAUDENMAYER, “The Directives on Digital Contracts: First Steps Towards the Private Law of the Digital Economy”, *European Review of Private Law (ERPL)*, 2020.2, p. 236, considera que ambas directivas siguen un criterio conservador afirmando que “have to respect mainly objective conformity criteria”. Las directivas de 2019 siguen el criterio de la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas de bienes a distancia de 9 de diciembre 2015, COM (2015) 635 final), respetando, eso sí, los criterios subjetivos incluidos en el contrato. Esta Propuesta de directiva se distanció del enfoque de la Directiva de 1999, la cual adoptaba un criterio subjetivo (art. 2.1 Directiva 1999) y del enfoque, en el mismo sentido, del art. 6 de la Propuesta de Directiva relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 9 de diciembre 2015, COM(2015) 634 final). Sin embargo, al igual que la Propuesta de directiva de 2015 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, ahora las directivas de 2019 siguen el enfoque de los arts. 99-101 CESL, exigiendo el respeto de criterios objetivos.

<sup>16</sup> A. METZGER, “Verträge über digitale Inhalte und Digitale Dienstleistungen; Neuer BGB-Vertragstypus oder punktuelle Reform?”, *Juristenzeitung (JZ)*, 2019, p. 581 y B. ZÖCHLING-JUD ÖCHLING-JUD, “Das neue Europäische Gewährleistungsrecht für den Warenhandel”, *Gemeinschaftsprivatrecht (GPR)*, 2019, p. 120. Entre nosotros en sentido similar, E. ARROYO AMAYUELAS, “La transformación digital de los contratos de consumo en España”, en prensa, p. 12 gentilmente prestado por la autora.

<sup>17</sup> MARIN LÓPEZ, “La Directiva 2019/771/UE...”, *loc cit.*, págs. 7 y 8.

<sup>18</sup> CASTILLA BAREA, “¿Estamos ante un nuevo paradigma...”, *loc cit.*, pp. 102-103.

10. Se ha criticado la formulación extensa de los criterios subjetivos, y consideramos apropiado defender la reducción de los mismos a una declaración general según la cual los bienes son conformes cuando responden al programa prestacional establecido por el vendedor y consumidor en el contrato suscrito entre ambos<sup>19</sup>.

## 2. Criterios objetivos

11. Los criterios de conformidad objetivos siguen lo establecido en la Propuesta de Reglamento de compraventa europeo (en adelante CESL<sup>20</sup>) y la directiva de 1999, aunque se adaptan a los contenidos y servicios digitales. Se trata de criterios establecidos por la ley, por lo que deben cumplirse para no defraudar las expectativas razonables de los consumidores<sup>21</sup>. Integran el contrato, no contra la voluntad de los contratantes, pero sí al margen de dicha voluntad (ex art. 1258 i.f, Cc)<sup>22</sup>.

Como señala ARROYO AMAYUELAS, su finalidad "no es poner de relieve que determinados elementos no necesitan ser acordados (aunque desde luego, puede ser así y, entonces, tendrían carácter supletorio), sino más bien enfatizar que en este tipo de contratación estandarizada el contrato no puede quedar exclusivamente en manos del empresario o vendedor, que es lo que ocurriría si los criterios objetivos solo encontraran aplicación cuando nada se hubiera previsto en el contrato"<sup>23</sup>.

12. Sin embargo, como se verá, es posible apartarse de alguno de estos criterios objetivos, si en el momento de la celebración del contrato, el consumidor y usuario ha sido informado específicamente de que una determinada característica de los bienes o de los contenidos y servicios digitales se aparta de los criterios objetivos de conformidad y el consumidor acepta expresamente y de forma separada este extremo (art. 115.ter.5 y 621-20.4 CCCat).

13. El art. 115 ter TRLGDCU regula cuatro criterios de conformidad objetiva. Los criterios con más repercusión práctica son el a) y d)<sup>24</sup>. En Catalunya se regulan en el art. 621-20 CCCat y en el art. 621-71 CCCat con remisión al anterior, pero el primer precepto agrupa los criterios subjetivos y objetivos sin separarlos (se distinguen, pero no de manera expresa).

<sup>19</sup> CASTILLA BAREA, *La nueva regulación...*, op cit., p. 103.

<sup>20</sup> Propuesta de Reglamento del Parlamento europeo y del Consejo relativo a un derecho común europeo de compraventa (Bruselas, 11 octubre 2011, COM (2011), 635 final).

<sup>21</sup> CÁMARA LAPUENTE, "Una prospectiva...", loc cit, p. 37. Según ARROYO AMAYUELAS, "La transformación digital..." loc cit, p. 11, los criterios objetivos "son los previstos legalmente y que se adecúan a las expectativas legítimas del consumidor, de acuerdo con las características y el fin para el que se utilizarían normalmente bienes o contenidos digitales del mismo tipo (...), independientemente de que además aquél los requiera para un uso específico que el vendedor haya aceptado".

<sup>22</sup> A. JUÁREZ TORREJÓN, "Garantías en la venta de bienes de consumo y Servicio postventa", en N. MATO PACÍN y M.J. SANTOS MORÓN (Coords), *Derecho de consumo: visión normativa y jurisprudencial actual*, Madrid, Tecnos, 2022, p. 115.

<sup>23</sup> ARROYO AMAYUELAS, "La transformación digital...", loc cit., p. 12

<sup>24</sup> El art. 115 ter TRLGDCU introduce un nuevo requisito objetivo, el relativo a la entrega del bien junto con los accesorios, en particular el embalaje, y las instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar recibir. El resto de criterios ya se contemplaban en las letras a), b) y c) del antiguo art. 116.1 TRLGDCU, aunque se introducen matices importantes. En el art. 115 ter se distinguen los requisitos objetivos para todos los bienes y los contenidos o servicios digitales que el empresario entregue o suministre al consumidor o usuario, y otros requisitos que únicamente se exigen en contratos de compraventa de bienes de elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales y sus actualizaciones.

Coincidimos con ARROYO AMAYUELAS, "Entra en vigor...", loc. cit., p. 14, cuando señala que "el resultado de la transposición ha dado lugar a artículos muy largos, difíciles de manejar, que en diferentes párrafos reiteran reglas idénticas o muy parecidas". Con la antigua regulación del TRLGDCU advierte lo mismo A. CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos*, 3ª ed, Cizur Menor, Civitas Thomson Reuters, 2021, p. 980, nota marginal 18/38) cuando señala que el modo en que está redactado el antiguo art. 116 TRLGDCU (similar al actual 115 ter) y la propia directiva "no puede ser más lamentable". Creo que el lenguaje es poco jurídico; últimamente se está generando una literatura de consumo espesa y compleja. Como señala C. TWIGG-FLESNER, "Conformity of Goods and Digital Content/Digital Services", en *El Derecho privado en el nuevo paradigma digital*, E. ARROYO AMAYUELAS y S. CÁMARA LAPUENTE, (dirs), Madrid, Colegio Notarial de Cataluña y Marcial Pons, 2020, p. 78, los consumidores podrían haber esperado razonablemente una mejor calidad de dichas directivas.

Los criterios objetivos están fundamentados en dos pilares. Por una parte, se centran en las características y fines que presentan normalmente los bienes y los contenidos y servicios digitales *del mismo tipo*, es decir en lo que es habitual por lo que respecta a bienes de cierto tipo (lo que obliga a hacer un ejercicio de comparación); y por otra parte, en lo que “el consumidor pueda razonablemente esperar” (es decir, las expectativas razonables de normalidad del consumidor)<sup>25</sup>. Sin olvidar el suministro de accesorios, instrucciones o actualizaciones.

Podemos clasificar los criterios objetivos de la siguiente manera:

- Criterios objetivos absolutos: en principio se dan en todo tipo de bienes o servicios y contenidos digitales.
- Criterios objetivos relativos: se dan en determinados casos.
- Supuestos especiales: las actualizaciones y la incorrecta instalación.

## A) Criterios objetivos absolutos

14. Se trata de requisitos que deben tener todos los bienes y servicios o contenidos digitales para considerarse conformes:

### a) Fines ordinarios

15. Está regulado en el art. 115ter.1.a) TRLGDCU y en el art. 621-20.2.a) CCCat. Encontramos su origen en el art. 35.2.a) CISG, se recogió también en el art. IV.A-2:302(b) y en el art. 100.1.b) CESL. La regla es similar a la que establecía el art. 2.2.c) Dir. 1999, pero se ha sustituido “usos” por “fines”<sup>26</sup>.

16. Existe conformidad cuando los bienes y contenidos o servicios digitales tengan la suficiente aptitud para realizar la función común en atención a su naturaleza y a lo que el tráfico asigna habitualmente a los objetos del mismo tipo<sup>27</sup>. No se refiere a fines ocasionales o excepcionales<sup>28</sup>.

17. Al referirse a “los fines a los que *normalmente* se destinen bienes o contenidos o servicios digitales *del mismo tipo*”, se intenta buscar un enfoque estandarizado y objetivo, teniendo en cuenta, que en el caso de contenidos y servicios digitales estamos ante productos aún muy nuevos para poder comparar. Lo que es *normal* se determina objetivamente y depende de los usos y prácticas del consumidor medio. Si compro un CD para escuchar a mi cantante favorito, mi propósito como consumidora es escuchar dicha música y el uso normal no incluye editar una canción de dicho cantante realizando modificaciones en la misma.

<sup>25</sup> S. CÁMARA LAPUENTE, “Un primer balance de las novedades del RDL 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)”, *Diario La Ley*, nº 9881, 29 de junio 2021, p. 37. En sentido similar GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit*, p. 255.

<sup>26</sup> CASTILLA BAREA, *La nueva regulación...*, *op cit.*, p. 117 considera que se podía haber unificado este criterio con el del art. 115 ter.1.d) TRLGDCU. Y CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos*, *op cit*, p. 981, nota 116, aunque refiriéndose al antiguo art. 116 TRLGDCU, afirma que los supuestos b) y d) del antiguo art. 116 TRLGDCU producen posiblemente una redundancia y no propiamente una acumulación.

<sup>27</sup> A.M. MORALES MORENO., Comentario al art. 1484 Cc, en *Comentarios del Código civil*, Tomo II, Ministerio de Justicia, 1991, p. 956. Como señala CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 983, nota marginal 18/42, “en mercados estandarizados se trata del criterio predominante, pues no requiere un contacto previo ni una negociación anterior entre las partes sobre el nivel de calidad y funcionalidad del producto”.

<sup>28</sup> A. CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos*, *op. cit.*, p. 983, nota marginal 18/42, refiriéndose al antiguo art. 116.1.b) TRLGDCU, nos advierte de que “se trata de un estándar solo referible al uso esperado como ordinario, pero no define ni condiciona la calidad del producto, que no puede ser desentrañada por medio de este estándar, si cosas de distinta calidad pueden satisfacer cada una de ellas el uso ordinario previsto. A tal fin, el presente estándar no contiene una regla residual a favor de la calidad «media», a diferencia de lo dispuesto en el art. 1167 CC”.

**18.** Actualmente, con las directivas de 2019, se ha añadido que dichos fines deben tener en cuenta, cuando sea de aplicación, “toda norma vigente, toda norma técnica existente o, a falta de dicha norma técnica, todo código de conducta específico de la industria del sector”<sup>29</sup>. Es decir, a partir de ahora, a efectos de conformidad, la normativa sectorial reguladora de la naturaleza y características propias sobre determinados bienes, materiales o componentes pasan a formar parte de los criterios subyacentes para esclarecer determinadas faltas de conformidad en sectores como la automoción y los electrodomésticos, al que va unido un mercado creciente de piezas digitalizadas, cada vez en mayor número y complejidad (estas normas también deberán tenerse presente en los servicios de reparaciones y piezas de recambio)<sup>30</sup>. Sin embargo, esto no significa que estemos ante una noción puramente normativa de lo que debe entenderse por fines habituales o normales. Debe complementarse con lo que los operadores económicos consideran como habitual y esperable de los bienes o contenidos y servicios digitales del mismo tipo<sup>31</sup>.

**19.** Para terminar, se ha de advertir que en este apartado no se hace referencia a las expectativas razonables del consumidor. Sin embargo, dado que el consumidor es la parte contractual para cuyo uso se destinan los bienes y servicios, podemos entender que el uso normal será el que considere el consumidor medio (ni el experto en dichos bienes o servicios y contenidos digitales, ni el consumidor que carece de cualquier experiencia en bienes o servicios y contenidos digitales)<sup>32</sup>.

## **b) Cantidad, calidad y otras características de los bienes y contenidos o servicios digitales**

**20.** Este criterio está previsto en el art. 115 ter 1.d) TRLGDCU y en los arts. 621-20.2.b) y 621-25 CCCat. Procede del art. 2.d) Directiva de 1999, art. IV.A-2:302(f) y IV.A-2:303 DCFR y art. 100.g) CESL.

Según estos apartados son exigibles todos aquellos elementos que, sin incidir directamente sobre la aptitud del bien para servir a sus fines, dotan al mismo de la cantidad<sup>33</sup>, y de un nivel de calidad y características equiparable al de los demás bienes que pertenecen a ese tipo de bien<sup>34</sup>. Se añaden otras características como son: la durabilidad del bien, la accesibilidad, la continuidad del contenido o servicio digital y la funcionalidad, compatibilidad y seguridad<sup>35</sup>. Esta lista no es exhaustiva (el precepto

<sup>29</sup> Respecto a lo que puede entenderse por normas técnicas, vid. art. 2 del Reglamento (UE) nº 1025/2012 del Parlamento europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 sobre la normalización europea, por el que se modifican las Directivas 89/686/CEE y 93/15/CEE del Consejo y las Directivas 94/9/CE, 94/25/CE, 95/16/CE, 97/23/CE, 98/34/CE, 2004/22/CE, 2007/23/CE, 2009/23/CE y 2009/105/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y por el que se deroga la Decisión 87/95/CEE del Consejo y la Decisión no 1673/2006/CE del Parlamento Europeo y del Consejo. Son las adaptadas por organismos de normalización, europeos, internacionales o nacionales.

<sup>30</sup> AVILÉS GARCÍA, “La nueva conformidad contractual...”, *loc cit.*, p. 543.

<sup>31</sup> GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 252. JUÁREZ TORREJÓN, “Garantías...”, *loc cit.*, p. 117, considera que con ello se da a los criterios objetivos un carácter pseudonormativo.

<sup>32</sup> En el mismo sentido, STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 Dir. 770, p. 136, número marginal 18.

<sup>33</sup> LETE ACHIRICA, Comentario al art. 115 ter TRLGDCU, *loc cit.*, p. 1676, critica la referencia a la cantidad pues es más propia de los criterios subjetivos. En el mismo sentido TWIGG-FLESNER, “Conformity of Goods...”, *op. cit.*, p. 65. Un análisis de la cantidad a entregar, ARROYO AMAYUELAS, “La Propuesta de Directiva...”, *loc. cit.*, p. 9, o ARNAU RAVENTÓS, “Remedios por falta de conformidad en contratos de compraventa y de suministro de elementos digitales con varias prestaciones”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, marzo 2020, vol. 12, n. 1, *loc cit.*, pp. 83 ss.

La cantidad puede generar ciertas dudas de interpretación. Así, GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 230, respecto al exceso de cantidad, considera que supone una falta de conformidad, aunque no debe confundirse este caso con los supuestos en que existe una especie de acuerdo de novación en el momento de la entrega (se entrega un modelo superior al contratado por falta de stock). STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 de la Directiva 770/2019, *loc cit.*, p. 140 (número marginal 38 ss), considera que tanto la entrega de una cantidad inferior como superior supone una falta de conformidad.

<sup>34</sup> MARIN LÓPEZ, “La responsabilidad del vendedor...”, *loc cit.*, p. 21.

Como pone de manifiesto ARNAU RAVENTÓS, “Remedios...”, p. 797, la directiva de 1999 se caracterizaba por su simplicidad, avalada en la ausencia expresa de la cantidad como criterio de conformidad. Las Directivas de 2019, en cambio, “se muestran explícitamente más receptivos frente a las estructuras de mayor complejidad”. Interesante la distinción que realiza entre la “pluralidad objetiva simple” (prestación plural, pero uniforme) y la “pluralidad objetiva compleja” (mezcla de prestaciones de distinta naturaleza).

<sup>35</sup> Un análisis de la durabilidad en R. BARBER CÁRCAMO, “Garantías en las ventas de consumo y economía circular: ¿el inicio de un nuevo régimen?”, *RDC*, vol. IX, n. 2, 2022, pp. 150 ss. Se trata de un requisito muy vinculado con las políticas de

dice “y otras características, en particular...” –art. 115 ter.1.d) TRLGDCU-, o “particularmente” -art. 620-21.2.b) CCCat-<sup>36</sup>. Es importante la referencia a la seguridad, debido al incremento de las amenazas de virus informáticos u otro tipo de malware que pueden dañar equipos informáticos o difundir informaciones privadas de los consumidores<sup>37</sup>.

**21.** Todas estas características se delimitan por dos criterios:

- Por una parte, por la cantidad, calidad o características que tienen *normalmente* bienes y contenidos o servicios digital del mismo tipo<sup>38</sup>, lo que obliga a realizar una labor de ponderación. Lo “normal” debe determinarse objetivamente y depende de los usos y prácticas de un consumidor medio. Además, la obligación de que la calidad sea normal según los bienes y contenidos o servicios digitales del mismo tipo significa que la calidad debe ser media. Hay que tener presente que el progreso tecnológico genera una rápida evolución de la calidad, pero la entrega de un contenido y servicio digital en la versión anterior a la que acaba de salir, no siempre significa que comporte una falta de conformidad (vid art. 621-71 CCCat).
- Por otra parte, además, la cantidad, calidad o características se delimitan por lo que el consumidor y usuario *pueda razonablemente esperar* (el antiguo art. 116.d) TRLGDCU decía “fundadamente esperar”). Sin embargo, en tema de contenidos y servicios digitales, materia muy nueva y en constante evolución, estas expectativas pueden evolucionar y cambiar con más facilidad que con los bienes clásicos.

**22.** La normativa añade una ayuda adicional a lo que “razonablemente pueda esperar” el consumidor al advertir que debe tenerse en cuenta la naturaleza del bien o de los contenidos y servicios digitales y las declaraciones públicas. El carácter esperable para el consumidor depende del tipo de bien, de su naturaleza, y de la publicidad, al margen de cualquier motivación subjetiva<sup>39</sup>.

**23.** Incorporar las expectativas razonables del consumidor tiene su relevancia pues enfatiza el punto de vista del consumidor como un requisito legal y separado de los demás<sup>40</sup>.

**24.** Los dos criterios descritos: “bienes y contenidos o servicios digitales del mismo tipo” y “las

---

sostenibilidad y economía circular. Puede consultarse también STAUDENMAYER, “The Directives on Digital Contracts...”, *loc cit*, pp. 238-239 y la vinculación de la durabilidad con la Directiva 2009/125/CE, de 21 de octubre de 2009 por la que se instaura un marco para el establecimiento de requisitos de diseño ecológico aplicables a los productos relacionados con la energía, y el Reglamento (UE) 2017/1369 del Parlamento europeo y del Consejo de 4 de julio de 2017 por el que se establece un marco para el etiquetado energético y se deroga la Directiva 2010/30/UE. Respecto a las demás características mencionadas, por todos STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 de la Directiva 770/2019, *loc cit*, pp. 141-144 (número marginal 46 a 57).

<sup>36</sup> CORVO LÓPEZ, “Estudio...”, *loc cit*, p 133, nota marginal 31, añade el precio como elemento a tener en cuenta. Y en nota 78 advierte que no cabe exigir las mismas prestaciones a dos bienes entre los cuales existe una diferencia de precio importante, pues esa diferencia de precio justifica que ambos productos no tengan la misma calidad.

<sup>37</sup> M.N. TUR FAÚNDEZ, “El régimen de la falta de conformidad tras la reforma de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios por el Real Decreto Ley 7/2021, de 27 de abril”, en *La ley* 9716/2021, n. 83, septiembre 2021, p. 4.

<sup>38</sup> Según STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 de la Directiva 770/2019, *loc cit*, p. 134 (número marginal 6), la cláusula “the quality and performance which are normal in goods of same type”, se acerca bastante a la definición de *Gattungsschuld* del Derecho civil Alemán (vid § 243 BGB y SCHULZE, comentario al § 243 BGB, en DANNEMANN y SCHULZE, *German Civil Code. Commentary*, C.H. Beck, 2020, número marginal 1 y ss.).

<sup>39</sup> Entre otros, J. MARCO MOLINA, “La garantía legal sobre bienes de consumo en la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías sobre bienes de consumo”, *RCDI*, n. 674, 2002, p.2306, nota 108; L. COSTAS RODAL, “El régimen de la falta de conformidad con el contrato en la compraventa de bienes de consumo”, *Aranzadi civil*, n. 1, 2004, p. 2055; P. MARTÍNEZ ESPÍN, “Claves de la Directiva de suministros de contenidos y servicios digitales (Directiva (UE) 2019/770, de 20 de mayo de 2019)”, *Publicaciones jurídicas CESCO*, 21 junio 2019, p. 6; J.M. MARÍN LÓPEZ, “La responsabilidad del vendedor de bienes de segunda mano por falta de conformidad”, *Responsabilidad civil, Seguro y Tráfico*, n. 70, 2020, p. 21.

<sup>40</sup> Como se señala en los comentarios al art. IV.A-2:302 DCFR en C. VON BAR Y E. CLIVE, *Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, Draft Common Frame of Reference (DCFR)*, Full Edition, Sellier, 2009, vol. IV, p. 1286.

expectativas razonables del consumidor”, son cumulativos<sup>41</sup>. Siguiendo estos dos parámetros, la actual normativa puede parecer que se desmarca del art. 100.g) CESL que solo hacían referencia a las expectativas del consumidor sin calificarlas (“poseer las cualidades y prestaciones que el comprador pueda esperar”). Sin embargo, el art. 5.2 CESL aclara de forma horizontal cómo deben interpretarse estas expectativas: “cualquier referencia a lo que se pueda esperar de una persona o una persona pueda esperar, o lo que pueda esperarse en una situación concreta, se entenderá hecha a lo que pueda razonablemente esperar”<sup>42</sup>.

## B) Criterios objetivos relativos

**25.** Se trata de requisitos que no confluyen en todo tipo de bienes o contenidos y servicios digitales, sino que solamente se dan en determinadas circunstancias. La propia normativa dice “*cuando sea de aplicación*”.

### a) Muestra, modelo, versión de prueba o vista previa

**26.** Está previsto en el art. 115 ter.1.b) TRLGDCU y en el art. 621-20.2.c) CCCat. Es un requisito inspirado en el art. 35.2.c) CISG y que estaba recogido también en el art. IV.A-2:302(c) DCFR y art. 100.1.c) CESL<sup>43</sup>. Tiene una función atributiva y excluyente<sup>44</sup>.

Si el vendedor ha facilitado al consumidor o usuario antes de contratar una muestra o modelo, lo entregado deberá tener las cualidades de la muestra o modelo y las que resulten de su descripción (supuesto similar al 2.2.a) Dir 1999, pero mejor redactado)<sup>45</sup>. Si se trata de contenidos o servicios digitales deben

<sup>41</sup> STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 Dir 770, *loc cit*, p. 139, número marginal 36.

La redacción del art. 115 ter. 1.d) TRLGDCU y del 621-20.2.b) CCCat no es clara. Se genera la duda de si son dos criterios distintos o complementario. Si acudimos a la versión francesa de los arts. 7 y 8 de las directivas 770 y 771 se afirma: cualidades y características “*normales pour des biens de même type et auxquelles le consommateur peut raisonnablement s’attendre*”, y en versión inglesa: “*normal for goods of the same type and which the consumer may reasonably expect*”. En estas versiones parece más claro que estamos ante criterios cumulativos y conectados. Incidiremos en ello más adelante.

COLLADO-RODRÍGUEZ Y PEÑA LÓPEZ, “La protección del consumidor...”, *loc cit*, p.875 consideran que la redacción del antiguo art. 116.1.d) TRLGDCU (similar a la actual) es una “perogrullada” y entienden que en el mismo existe un error que solventa interpretando que existen dos criterios de conformidad: uno estaría constituido por la calidad y prestaciones habituales del bien; y la otra regla de conformidad vendría determinada por la calidad y las prestaciones del bien que el consumidor puede legítimamente esperar atendiendo a su naturaleza.

Respecto al ordenamiento catalán, una buena interpretación del apartado en consonancia con el art. 123 del Código de consumo catalán en ARNAU RAVENTÓS, Y GRAMUNT FOMBUENA, “Cap a un Dret català...”, *loc cit.*, pp. 184-185.

<sup>42</sup> En sentido similar § 434 (1) 2 BGB: “wenn sie sich für die gewöhnliche Verwendung eignet und eine Beschaffenheit aufweist, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann”. GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 252. Consideramos acertada la reflexión del autor (aunque referida a la anterior regulación catalana que no calificaba las expectativas como razonables), según la cual “hagués estat preferible haver imitat el BGB i el CESL i no haver cenyit l’expectativa del comprador al camp de la normalitat o habitualitat en les qualitats i prestacions, i si es volia posar alguns límits al somnis de qualitat i les imaginacions desbocades dels compradors pel que fa a les prestacions d’alló que es compra, haver exigít explícitament -encara que com a requisit implícit sembla gairebé inevitable- el caràcter razonable de l’expectativa a la vista de les circumstàncies”.

<sup>43</sup> También se observa este criterio en algunos ordenamientos nacionales como en Portugal, Estonia, Finlandia, etc. Para más detalle, S. MARTENS, Art. 18:203 (2), en N. JANSEN Y R. ZIMMERMANN, *Commentaries of European Contract Law*, Oxford, OUP, 2018, p. 2001, número marginal 40.

<sup>44</sup> Así lo consideró A.M. MORALES MORENO, Comentario al art. 35 CISG, en L. DIEZ-PICAZO (dir.), *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario de la Convención de Viena*, Madrid, Aranzadid, 1998, p. 303. Entre la doctrina actual, por todos, J. LETE ACHIRICA, Comentario al art. 115 ter TRLGDCU, en A. CAÑIZARES LASO (dir.), *Comentarios al Texto Refundido de la Ley de Consumidores y Usuarios*, Tomo II, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 1671 y 1672, o COLLADO-RODRÍGUEZ, Y PEÑA LÓPEZ, “La protección del consumidor...”, *loc cit*, p. p. 872, en cuanto al antiguo art. 116 TRLGDCU.

<sup>45</sup> La exigencia de la conformidad referida a las características de la muestra o modelo es de naturaleza similar a la previsión relativa a la adecuación a la descripción del vendedor, aunque la descripción es posible para bienes únicos y de carácter singular, mientras que la muestra o modelo se refiere a bienes que pueden ser replicados dando lugar a distintos ejemplares. Además, la muestra o modelo tiene un elemento de corporeidad que la descripción no suele tener. GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit*, p. 256.

ser conformes con la versión de prueba o vista previa de los mismos puestos a disposición del consumidor antes de la celebración del contrato. La vista previa suele estar más limitada que la versión de prueba.

27. Es el empresario el que ofrece la muestra o modelo. El precepto no regula el supuesto en el que es el consumidor el que pone a disposición del vendedor la muestra o modelo. Si así fuera estaríamos ante un requisito subjetivo y habrá que estar a lo que acuerden las partes<sup>46</sup>.

28. Es posible que la presentación de la muestra o modelo vayan acompañadas de descripciones hechas por el vendedor respecto a determinadas cualidades o características del bien mostrado. Esta descripción del vendedor contribuye a fijar el valor de la muestra como referente más o menos exacto del bien que se entregará al comprador<sup>47</sup>. Sin embargo, si hubiera discrepancia entre las cualidades de la muestra, modelo, versión de prueba o vista previa y la descripción del vendedor, habrá que estar a esta última si así consta de forma expresa en el contrato y es aceptada por el consumidor y usuario tras ser informado específicamente. Es decir, hay que reconducir el tema a las condiciones establecidas en los art. 115 ter.5 TRLGDCU o 621-20.4 CCCat). Si no se cumplieran estas condiciones (aceptación expresa y por separado), dado que los arts. 115 ter.1.b) TRLGDCU y art. 621-20.2.c) CCCat<sup>48</sup> no menciona las descripciones realizadas por el vendedor (se refiere a la “descripción de la muestra o modelo o ser conformes con la versión de prueba o vista previa”), estas declaraciones del vendedor deberían considerarse irrelevantes<sup>49</sup>.

29. En este criterio de conformidad no se hace referencia a lo que el consumidor y usuario pueda razonablemente esperar<sup>50</sup>. Sin embargo, cuando a un consumidor, por ejemplo, se le permite probar un vehículo es para que se percate mejor de las dimensiones relevantes del bien (sensación de conducción). El consumidor esperará recibir lo que percibió a través de lo que se le mostró o se le dejó probar. La muestra o modelo permite incluir en el ámbito de la conformidad debida las propiedades que se materializan en la muestra o modelo. Pero esto no significa que el consumidor no pueda legítimamente esperar ciertas propiedades que corresponden a prestaciones habituales o normales (por ejemplo, el equipamiento de seguridad en un vehículo), aunque no estuvieran presentes en la muestra o modelo presentado por el vendedor al consumidor<sup>51</sup>. Si estas cualidades normales y habituales que espera razonablemente el consumidor no están en el bien que se prueba, el vendedor deberá informar de forma específica sobre ello y el consumidor aceptarlo expresamente y por separado (art. 115 ter .5 TRLGDCU o art. 621-20.4 CCCat). Lo importante en estos casos es la transparencia en la información, que queden claras las cualidades que tiene la muestra o modelo y que el comprador sea consciente de las mismas (de lo contrario estaríamos ante “otro tipo” de bien).

## b) Accesorios, instrucciones o documentos de instalación

30. Se contempla en los art. 115 ter.1.c) TRLGDCU y el art. 621-20.2.d) 621-22 CCCat<sup>52</sup>. Se

<sup>46</sup> CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos, op cit*, p. 982, nota marginal 18/40, afirma que en estos casos la norma (refiriéndose al antiguo art. 116.1.a) TRLGDCU no se aplicaría.

<sup>47</sup> MARÍN LÓPEZ, “La responsabilidad del vendedor...”, *loc cit.*, p 19. Considera que esta descripción es un parámetro de referencia complementario para determinar la adecuación de la muestra con lo entregado.

<sup>48</sup> En el mismo sentido GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit*, p. 256. El problema en la legislación catalana es que el art. 621-71 CCCat remite a los criterios de conformidad del art. 621-20 CCCat, pero en el apartado 2.c) de este último precepto, solo se alude a la descripción de la muestra o modelo, no a la versión de prueba o vista previa en el caso de contenidos y servicios digitales.

<sup>49</sup> Respecto al antiguo art. 116 TRLGDCU, CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos, op cit*, p 982, considera que “si el vendedor ha descrito la cosa con cualidades distintas (y superiores) a las inferibles de la muestra, prevalecerá aquella declaración”.

<sup>50</sup> CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos, op cit*, p.982 nota margina, 18/40, manifiesta que “no son decisivas las cualidades y bondades que el comprador *crea* descubrir en la muestra, si no están en ella, y si el vendedor no las ha «descrito» como pertenecientes a la muestra”.

<sup>51</sup> GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit*, p. 257.

<sup>52</sup> El art. 621-20.2.d) CCCat tiene una redacción más perfilada que la del art. 115 ter.1.c) TRLGDCU: “Esté embalado o envasado de la manera habitual o, si procede, de manera adecuada para conservar y proteger el bien o dar el destino que corresponda y se entregue con los accesorios y documentos que el comprador puede razonablemente esperar recibir”.

trata de un nuevo criterio de conformidad cuyo origen lo podemos encontrar en el art. 35.2.d) CISG, art. IV.A-2:302(d) DCFR y art. 100.d) y e) CESL.

**31.** En cuanto a los accesorios no debe identificarse necesariamente con el de pertenencia del bien, sino que debe interpretarse de forma funcional: cualquier otro elemento que sin formar parte integrante del bien vendido, es habitual que lo acompañe y puede afectar a las prestaciones, funcionalidad o utilidad del bien<sup>53</sup>.

Como ejemplo de accesorio se menciona el embalaje o envasado cuya función es de protección o conservación y de comercialización<sup>54</sup>. Aunque en el contrato no se haya pactado que los bienes han de entregarse embalados o envasados de una determinada manera (si se ha pactado puede exigirse conforme a los criterios subjetivos), existe una falta de conformidad si, dadas las expectativas razonables del consumidor, el producto no lo está o lo está de forma inadecuada o defectuosa provocando un riesgo en el producto. El criterio es importante, especialmente, en las ventas *on line*<sup>55</sup>. No se exige que el producto presente un defecto a causa de un mal embalaje.

**32.** El parámetro para medir este criterio es la expectativa razonable del consumidor<sup>56</sup>. Si compro unos zapatos, lo que espero es que vengan en una caja y así poderlos guardar en el cambio de estación. Si compro una viola, mi expectativa es que venga con un estuche. Si compro un regalo espero que me lo envuelvan (aunque en este caso entraríamos más bien ante un criterio subjetivo, pues lo usual es ponerlo en conocimiento del vendedor)<sup>57</sup>.

En los contenidos y servicios digitales el embalaje tiene un papel secundario pues lo habitual es que se suministren en línea, pero puede ser importante si compro un CD, pues lo normal que vaya protegido en una caja o funda.

**33.** También existe falta de conformidad cuando, debiendo entregar el vendedor las instrucciones de instalación o de otro tipo (instrucciones mantenimiento de bien, por ejemplo)<sup>58</sup>, no las entrega (si las instrucciones son defectuosas y por eso se produce la incorrecta instalación o mantenimiento inadecuado, art. 115 quater TRLGDCU o 621-21 y 621-72 CCCat). Se hace referencia a instrucciones que el consumidor pueda razonablemente esperar a recibir, y no a las instrucciones requeridas por el contrato

---

La normativa no incluye en este apartado “la asistencia al consumidor y usuario”, como sí se hace en el art. 115.bis.c) TRLGDCU en sede de criterios subjetivos de conformidad (la legislación catalana, en el art. 621-20.1.b) CCCat no alude a la asistencia). La asistencia, pues no debe entrar en las expectativas razonables del consumidor, en el sentido de ser un servicio sistemático suministrado por el vendedor. Estamos ante un requisito que debe acordarse en el contrato.

<sup>53</sup> GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-21 y 621-22, p. 266.

<sup>54</sup> También sería un accesorio una rueda de repuesto o kit de reparación del vehículo. Estos artículos pueden venderse por separado, pero deben entregarse si es habitual incluirlos en el precio y así lo espera recibir el consumidor. Comentarios al art. IV.A-2:302, Draft Common Frame of Reference, Full Edition, vol. IV, p. 1285.

<sup>55</sup> Así se afirma en los comentarios al art. IV.A-2:302, Draft Common Frame of Reference, Full Edition, vol. IV, p. 1285, y S. MARTENS, Art. 18:203 (2), *loc cit*, p. 2003, número marginal 14.

<sup>56</sup> LETE ACHIRICA, Comentario a art. 115 ter TRLGDCU, *loc cit*, pp. 1673 y 1674-1675, duda sobre el sentido que tiene vincular los accesorios a lo que el consumidor pueda razonablemente recibir, especialmente si la función del embalaje es la protección, conservación o comercialización.

TWIGG-FLESNER, “Conformity of Goods...”, *loc cit*, p. 64, critica la poca claridad del supuesto. Señala que vincular el embalaje a las expectativas razonables del consumidor es inusual y puede significar que el embalaje necesita algo más que ser adecuado para trasladar los bienes de forma segura al consumidor y podría incluir cuestiones como que el embalaje sea reciclable o no.

<sup>57</sup> Sin embargo, a veces, las expectativas del consumidor respecto a los accesorios pueden verse limitadas legalmente. A partir del 1 de enero de 2021, se prohíbe la entrega de bolsas de plástico ligeras, excepto si son de plástico compostable (Real Decreto 293/2018 de 18 mayo sobre reducción de bolsas de plástico y por el que se crea el registro de productores). A raíz de ello en la mayoría de establecimientos ya no se entregan bolsas de ningún tipo a no ser que se paguen, lo que ha supuesto un cambio de expectativa.

<sup>58</sup> El art. 621-20 CCCat alude a la entrega de los “accesorios y documentos que el comprador pueda razonablemente esperar recibir”. Un estudio de lo que supone la entrega de documentos en GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit*, pp. 234-235 y 266.

(sí lo preveía la Propuesta de Directiva de 2015<sup>59</sup>). Con este criterio se evita que las cláusulas contractuales puedan reducir a mínimos ese deber de suministrar instrucciones, lo que tratándose de contenidos digitales complejos no sería una solución adecuada<sup>60</sup>.

**34.** Debemos recordar también aquí la necesidad de información específica y acuerdo expreso y por separado del consumidor para desviarse de este criterio (art. 115 ter. 5 TRLGDCU y art. 621-20.4 CCCat).

### C) Supuestos especiales

#### a) Las actualizaciones en contratos de compraventa de bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales.

**35.** Se regula en el 115 ter.2 y 3 TRLGDCU y en el art. 621-20.6 CCCat, en los que se hace referencia a las actualizaciones necesarias para mantener la conformidad en este tipo de compraventas o suministros<sup>61</sup>. No se refiere a actualizaciones que puedan introducir características adicionales que no estaban presentes en el momento de la entrega ni previstas en el contrato<sup>62</sup>. Lógicamente, este requisito no es de aplicación a los contratos de compraventa de bienes que no incorporen elementos digitales<sup>63</sup>.

**36.** Es un criterio de conformidad objetivo específico para las actualizaciones de los bienes de elementos digitales. El vendedor velará por que se comuniquen y suministren al consumidor las actualizaciones, incluidas las relativas a la seguridad, que sean necesarias para mantener dichos bienes en conformidad durante el período que el consumidor pueda razonablemente esperar (cuando el contrato prevé un único acto de suministro de contenido digital o servicio digital) o durante el plazo de dos años o el (superior) fijado en el contrato (cuando el contrato establezca el suministro continuo de contenidos o servicios digitales durante un período inferior o superior a dos años). Aunque el vendedor no será responsable de la falta de conformidad causada por la falta de actualización cuando el consumidor no instala la actualización en un plazo razonable.

**37.** En todo caso, como señala el art. 115 ter.6 TRLGDCU: “Salvo que las partes lo hayan acordado de otro modo, los contenidos o servicios digitales se suministrarán de conformidad con la versión más reciente disponible en el momento de la celebración del contrato”<sup>64</sup>. En sentido similar el art. 621-71 CCCat, aunque se añade, apropiadamente, que “las partes pueden pactar, incluso en los contratos de consumo, que la versión suministrada no sea la más reciente”.

**38.** Queremos detenernos en este apartado en la circunstancia de que la obligación de actualizar que incumbe al empresario debe perdurar durante el periodo de tiempo que el consumidor *pueda razona-*

---

<sup>59</sup> La Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales de 9 de diciembre de 2015, COM (2015) 634 final, en su art. 6.1.c) afirmaba: “suministrados junto con las instrucciones y asistencia al consumidor requeridos por el contrato”.

<sup>60</sup> S. CÁMARA LAPUENTE, “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*, 3.2016, p. 35.

<sup>61</sup> Por primera vez en el Derecho europeo, las dos directivas de 2019 prevén la obligación de proporcionar actualizaciones. En este sentido, en sede de conformidad objetiva existe la obligación de proporcionar información y suministrar actualizaciones que serán necesarias para mantener la conformidad. Sobre el tema, STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 de la Directiva 770/2019, *loc cit*, pp. 153 ss (número marginal 110 y ss).

<sup>62</sup> TWIGG-FLESNER, “Conformity of Goods...”, *loc cit*, p. 69.

<sup>63</sup> Una lectura crítica que cuestiona el régimen legal aplicable al contenido y servicio digital que acompaña al bien proponiendo una solución alternativa, R. BARCELÓ COMPTE, Y G. RUBIO GIMENO, “La conformidad de los bienes con elementos digitales: un supuesto en la intersección de la DCD y la DCV”, *Indret*, 3.2022.

<sup>64</sup> El art. 115 ter.4 TRLGDCU señala que “Cuando el contrato prevea el suministro continuo de contenidos o servicios digitales a lo largo de un período, estos serán conformes durante todo ese periodo”.

*blemente esperar*. Definir un plazo a través de las expectativas razonables del consumidor no otorga seguridad jurídica<sup>65</sup>. El considerando 47 de la Dir. 771 señala que lo que el consumidor pueda razonablemente esperar puede dar lugar a las siguientes opciones: “en lo que respecta a los contenidos o servicios digitales, cuya finalidad es limitada en el tiempo, la obligación de facilitar actualizaciones debe limitarse a ese período de tiempo, mientras que para otros tipos de contenidos o servicios digitales, el período durante el cual deben facilitarse actualizaciones al consumidor podría ser igual al período de responsabilidad por falta de conformidad o ampliarse más allá del mismo, que podría ser el caso, en particular, de las actualizaciones de seguridad”. Por tanto, habrá que interpretar caso por caso las expectativas razonables del consumidor, que en todo caso, siempre deberá interpretarse de forma objetiva (considerando 46 Dir. 770).

## **b) La incorrecta instalación del bien como un caso de falta de conformidad**

**39.** Se regula en el art. 115 quater TRLGDCU<sup>66</sup> y en el art. 621-21 CCCat. En ningún momento se alude a las expectativas razonables del consumidor o usuario, pero sí existe conexión con el art. 115 ter.1.c) TRLGDCU o 621-20.2.d) CCCat.

En este caso, la falta de conformidad no deriva de un defecto material en el bien, sino de una incorrecta instalación. Se da relevancia, por tanto, a la incorrecta prestación de un servicio.

La incorrecta instalación del bien ya era una falta de conformidad en la Directiva 1999 (art. 2.5) o en el art. IV.A-2:304 DCFR. La nueva normativa toma como modelo estos preceptos. De hecho, la regla que establece es la misma, aunque ahora la redacción está más cuidada y es más correcta desde el punto de vista técnico. Como novedad se contempla la integración incorrecta de los contenidos o servicios digitales. Por integración se entiende la conexión o incorporación de los contenidos o servicios digitales con los componentes del entorno digital del consumidor o usuario para que estos se utilicen con arreglo a los requisitos de conformidad<sup>67</sup>.

**40.** El vendedor responderá por la incorrecta instalación del bien en dos casos: por una parte, cuando la instalación forme parte del contrato de compraventa y sea realizada por el vendedor o bajo su responsabilidad; y por otra parte, cuando esté previsto que la instalación la realice el consumidor, sea realizada por este y la instalación incorrecta se deba a deficiencias en las instrucciones de instalación proporcionadas por el vendedor o, en el caso de bienes con elementos digitales, proporcionadas por el vendedor o por el proveedor de los contenidos o servicios digitales.

## **D) La exclusión de criterios objetivos**

**41.** Ya hemos visto a lo largo de los criterios mencionados anteriormente que se prevé la posibilidad de que los criterios objetivos sean excluidos por parte del empresario (art. 115 ter.5 TRLGDCU y art. 621-20.4 CCCat)<sup>68</sup>. se sigue el criterio que establecía el art. 99.3 CESL y se desvía del art. 2.3 Dir 1999. La nueva normativa se decanta por un criterio más riguroso a favor del consumidor<sup>69</sup>.

<sup>65</sup> Así lo advierten I. BACH, “Neue Richtlinien zum Verbrauchsgüterkauf und zu Verbraucherverträgen über digitale Inhalte”, *Neue Juristische Wochenschrift NJW*, 2019.24, p. 1707, o R. SCHULZE “Die Digital -Richtlinie. Innovation und kontinuierität im europäischen Vertragsrecht”, *Zeitschrift für europäisches Privatrecht*, 2019.4, p. 714.

<sup>66</sup> Aunque no lo diga el apartado b), tampoco responderá el empresario cuando sea el consumidor y usuario quien se desvíe de las instrucciones de instalación proporcionadas por este.

<sup>67</sup> La instalación de contenidos digitales en bienes con elementos digitales suele ser una condición previa para el funcionamiento de dichos bienes. La integración del contenido digital en el entorno digital permite al consumidor acceder al contenido digital y poder utilizarlo.

<sup>68</sup> No es una norma nueva en nuestro derecho, pues la observamos de forma similar en el art. 97.5 TRLGDCU respecto a los contratos a distancia o celebrados fuera de establecimiento; en el art. 154 TRLGDCU relativo a viajes combinados o en el art. 11.2 de la Ley 4/2012 de 6 de julio de contratos de aprovechamiento por turno.

<sup>69</sup> GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit*, p. 283 y 294.

Se está pensando, especialmente, en los casos de bienes con taras<sup>70</sup>. En este sentido, no existirá responsabilidad por falta de conformidad cuando el vendedor ha informado de manera específica, antes de la conclusión del contrato, que unas determinadas características del bien se apartan de aquellos criterios (por tanto, el defecto o problema ha sido identificado) y el consumidor o usuario lo acepta expresamente y por separado de otras declaraciones o acuerdos (por ejemplo, marcando una casilla, apretando un botón o activando una función similar<sup>71</sup>).

Se demuestra con ello un comportamiento activo e inequívoco<sup>72</sup>. El vendedor es responsable de asegurar que el consumidor o usuario conozca el problema o defecto del bien<sup>73</sup> y que quede constancia de ello.

**42.** La finalidad de la norma es evitar que, a base de describir los defectos o características negativas del bien en las condiciones generales de la contratación, el consumidor se vea posteriormente impedido de reclamar por falta de conformidad<sup>74</sup>. Esta norma se utiliza como argumento a favor de priorizar los criterios objetivos sobre los subjetivos<sup>75</sup>.

Los arts. 115 ter.5 TRLGDCU<sup>76</sup> y 621-20.4 CCCat son complejos y traidores por lo que pueden esconder. CÁMARA LAPUENTE, advierte que el nuevo art. 115 ter.5 TR-LGDCU, “en función de la futura praxis contractual en el mercado podría convertirse de facto en regla”, además, la norma menoscaba o puede diluir el carácter objetivo de los criterios del art. 115 ter.1 TRLGDCU, y añade que “más que requisitos objetivos inderogables basados en un estándar de expectativas razonables del consumidor medio, las Directivas y la transposición española potencian los deberes de transparencia a cargo del empresario y la configuración de una suerte de consentimiento reforzado (“expreso y por separado”), a imagen y semejanza del consentimiento “granular” y más protegido que se exige para autorizar lícitamente el tratamiento de datos personales del art. 7.3 RGPD para estos supuestos”<sup>77</sup>.

**43.** La información debe realizarse de “forma específica”, lo que parece excluir la información tácita como podría ser la que otorga indirectamente el vendedor cuando el rótulo de su tienda advierte que son productos de segunda mano o de ocasión<sup>78</sup>.

<sup>70</sup> Sorprende que dicha posibilidad de exclusión no proceda cuando los criterios de conformidad se refieran a la instalación, como pone de manifiesto ARROYO AMAYUELAS, “Las nuevas directivas sobre digitalización del Derecho de contratos”, en L. ARNAU RAVENTÓS, *La digitalización del Derecho de contratos en Europa*, Madrid, Tecnos, 2022. p. 31.

<sup>71</sup> MARTÍNEZ ESPÍN, “Claves de la Directiva...”, *loc cit.*, p. 6.

<sup>72</sup> AVILÉS GARCÍA, “La nueva conformidad contractual...”, *loc cit.*, pp. 545 y 546. Considera este caso como un quinto criterio de conformidad respecto a los bienes de segunda mano.

<sup>73</sup> TWIGG-FLESNER, “Conformity od Goods...”, *loc cit.*, p. 71. Afirma que “This is a narrow exclusionary prevision than the corresponding provision in the CSD” (CSD: Dir 1999). Sin embargo, señala que es posible que el consumidor también puede haberse dado del problema del bien por otros medios, por ejemplo, a través de un examen de los bienes antes de celebrar el contrato, o quizás a través de “widespread reports” del problema de los bienes en cuestión. Este supuesto ya no lo recoge la nueva regulación del TRLGDCU.

<sup>74</sup> ARROYO AMAYUELAS, “La Propuesta de Directiva...”, *loc cit.*, p.8; JUÁREZ TORREJÓN, “Garantías...”, *loc cit.*, p. 118, añade que el alcance de esta norma no pretende supeditar la irrelevancia de la falta de conformidad perfectamente cognoscible, a que, además, se cumplan los requisitos formales de información específica al consumidor y aceptación ad hoc de este.

<sup>75</sup> GSELL, “Conformidad...”, *loc cit.*, p. 5, a raíz de ello considera que “es prácticamente imposible que el comerciante escape de los requisitos objetivos (...); el comerciante no puede simplemente acordar de manera informal que los bienes de consumo son de calidad inferior. Tal acuerdo de calidad negativa, en el sentido de una desviación negativa del estándar objetivo de conformidad, está prácticamente excluido”. No defiende la prioridad de los criterios objetivos CASTILLA BAREA, ¿Estamos ante un nuevo...”, *loc cit.*, a lo largo de todo el trabajo.

<sup>76</sup> Art. 115ter.5 TRLGDCU. “No habrá lugar a responsabilidad por faltas de conformidad en el sentido de lo dispuesto en los apartados 1 o 2 cuando, en el momento de la celebración del contrato, el consumidor o usuario hubiese sido informado de manera específica de que una determinada característica de los bienes o de los contenidos o servicios digitales se apartaba de los requisitos objetivos de conformidad establecidos en los apartados 1 o 2 y el consumidor o usuario hubiese aceptado de forma expresa y por separado dicha divergencia”.

<sup>77</sup> CÁMARA LAPUENTE, “Un primer balance...”, *loc cit.*, p. 37 y 38. Añade que “de nuevo cabe entrever aquí el futuro papel del control de transparencia frente a las cláusulas predispuestas que delimitan los elementos esenciales de estos contratos *ex art.* 4.2 de la Directiva 93/13 sobre cláusulas abusivas”

<sup>78</sup> De la misma opinión CASTILLA BAREA, *La nueva regulación...*, *op cit.*, p. 162, que apunta que no se puede deducir de la mera aceptación de un bien la aquiescencia del consumidor a adquirirlo con faltas de conformidad. Vid. J.R. DE VERDA Y BEA-

El enfoque es distinto al que tenía el derogado art. 116.3 TRLGDCU, pues en este se excluía la responsabilidad por falta de conformidad del vendedor si al celebrar el contrato el consumidor y usuario “conociera o no hubiera podido fundadamente ignorar” dicha falta de conformidad. Por tanto, solo los defectos ocultos daban lugar a responsabilidad. Antes se exigía una diligencia media al consumidor para percatarse de la existencia de faltas de conformidad y poder así rechazarlo antes de la entrega<sup>79</sup>. En cambio, ahora se prescinde de la situación subjetiva del consumidor trasladando la diligencia al vendedor: él debe detectar las disconformidades, informar y asegurarse de que el consumidor lo acepta expresamente y por separado<sup>80</sup>. Se abandona el criterio general del conocimiento, directo o presunto, y se sustituye por el del consentimiento y aceptación

**44.** La exigencia de la aceptación expresa y por separado burocratiza la situación y todo a cargo del vendedor. Según TWIGG-FLESNER, no es posible inferir la aceptación del consumidor simplemente del hecho de que el consumidor completó el contrato; tiene que haber alguna indicación expresa y un registro de dicha aceptación<sup>81</sup>.

La simple inserción en el documento contractual de una cláusula predispuesta sobre este conocimiento y aceptación de la conformidad del bien por parte del consumidor, no sería suficiente. Se exige cumplir los requisitos legales<sup>82</sup>.

**45.** Ahora bien, esta excepción no procederá en el caso del lanzamiento en el mercado de bienes o contenidos y servicios digitales mejorados respecto a su versión anterior, siempre que quede bien clara dicha desviación/mejora en la declaración pública. Por ejemplo, dentro del sector de las aspiradoras (“el mismo tipo”), se lanza una inalámbrica; el que sea inalámbrica la hace distinta de las otra, por tanto, no es del mismo tipo, pero la declaración pública debe dejar claro que una aspiradora tradicional y un modelo inalámbrico son bienes distintos a través de la descripción de sus características.

**46.** Al parecer de ARROYO AMAYUELAS, tampoco debería proceder respecto de bienes de segunda mano porque el desgaste y utilización previa no permiten establecer una expectativa razonable uniforme para los bienes del mismo tipo. Cuando el vendedor describe las características del bien de segunda mano y establece qué defectos tiene, no existen otras expectativas del comprador que justifiquen que este pueda exigir calidades distintas. “Si el vendedor no explica el estado concreto del bien que el consumidor adquiere, determinadas características de los bienes de segunda mano del sector de que en cada caso se trate podrían formar parte de un subtipo concreto que podría servir para establecer requisitos objetivos de calidad”. El vendedor de un coche nuevo está sujeto a la expectativa estandarizada del consumidor según la cual el coche debe estar impecable, en cambio, el vendedor de un coche usado tiene en sus manos determinar de forma decisiva la expectativa de calidad por parte del consumidor describiendo de forma clara y transparente el estado individual del bien. Así las cosas, el vendedor de un coche nuevo necesita el consentimiento expreso y separado del consumidor si quiere vender como nuevo y sin defectos un coche que tiene arañazos en la puerta, sin embargo, esto no será necesario para el vendedor de un coche usado si ha descrito con suficiente claridad que tiene arañazos. El factor decisivo para el diferente tratamiento es precisamente el hecho de que existe una expectativa de mercado normalizada para la falta de desgaste de un coche nuevo, pero no para el desgaste de un coche usado<sup>83</sup>.

---

MONTE, Y G. MUÑOZ RODRIGO, “De la propuesta de Directiva, 31 octubre 2017, a la Directiva 2019/771, 20 mayo 2019 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes”, *IDIBE*, febrero 2021.

<sup>79</sup> Como señala JUÁREZ TORREJÓN, “Garantías...”, *loc cit.*, p. 117, respecto de lo que no se puede ignorar uno no puede quejarse cuando ha comprado pues la alternativa razonable hubiera sido no contratar.

<sup>80</sup> CASTILLA BAREA, *La nueva regulación...*, *op cit.*, p. 162. La nueva regulación, por tanto, eleva la protección al consumidor. Sin embargo, en CCCat se ha mantenido el supuesto (art. 621-251.a).

<sup>81</sup> TWIGG-FLESNER, “Conformity od Goods...”, *loc cit.*, p. 71.

<sup>82</sup> GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, pp. 247-248 y 280.

<sup>83</sup> ARROYO AMAYUELAS, *La transformación digital...*, *loc cit.*, p. 12 y 13. GSELL, “Conformidad...”, *loc cit.*, pp. 13.

### III. Las expectativas razonables del consumidor

47. Decíamos anteriormente que los criterios objetivos se basan en las características y fines que presentan normalmente los bienes y los contenidos y servicios digitales del *mismo tipo* y en lo que “el consumidor pueda razonablemente esperar”<sup>84</sup>, o en lo que es lo mismo, en las expectativas razonables del consumidor, a las que nos vamos a dedicar a partir de ahora.

48. Una *expectativa* es la esperanza o ilusión de realizar o ver cumplido un determinado propósito. Supone una anticipación que hace un consumidor de la experiencia que vivirá al comprar un bien. Así, las expectativas de un consumidor que quiere adquirir un vehículo serán diferentes para el que adquiere uno por primera vez que para el que es el tercer coche que compra. Ahora bien, las expectativas no son deseos subjetivos o utópicas, sino que están basadas en vivencias propias y en información. Así planteado, no puede negarse el matiz subjetivo de la expectativa. Pero como agudamente nos enseña VAQUER ALOY “este tinte subjetivo de la conformidad, no significa que el comprador pueda decidir según su arbitrio si la prestación es o no conforme (SAP Coruña 7.2.2012: “la falta de conformidad no se refiere a la simple disconformidad del cliente sino a defectos exteriorizados en el producto, y que se prueben”), pero sí que sus anhelos se incrustan en la prestación ideal y devienen determinantes de la existencia de conformidad”<sup>85</sup>.

49. Como elemento definidor de lo que debe considerarse conforme, las expectativas del consumidor y usuario se exige que sean “razonables” tanto en el TRLGDCU como CCCat<sup>86</sup>. En general, en estos textos legales, se alude a la razonabilidad en diversas ocasiones con matices distintos en cada una de ellas. Así, en sede de los criterios objetivos, se hace referencia, por ejemplo, a lo que el “consumidor y usuario pueda razonablemente esperar”, a lo que “no cabía razonablemente esperar que conociera” y al “plazo razonable”; en CCCat también se hace referencia a lo que “el comprador conozca o pueda razonablemente conocer la incorrección”<sup>87</sup>. Sin embargo, no hay una referencia general de cómo deben interpretarse.

50. En concreto observamos que en sede de los criterios objetivos de conformidad se hace referencia a las “expectativas razonables del consumidor” en tres ocasiones<sup>88</sup>: en el art. 115 ter 1. c) y d) y 115 ter 2. a) TRLGDCU; y arts. 621-20.2. b) y d), y art. 621-20.6.a) CCCat. La duda que se nos genera es ¿por qué solo se hace referencia en estos tres supuestos y no en los restantes criterios? En los comentarios al art. IV.A-2:302 DCFR (en el que se regulan los criterios de conformidad) se señala que las expectativas del consumidor están implícitas en todos los criterios del precepto, pero en el último criterio (f) funciona como una “general sweep.up rule”, ya que va más allá de lo previsto en el resto del articulado<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> CÁMARA LAPUENTE, “Un primer balance...”, *loc cit.*, p. 37; ARROYO AMAYUELAS, “La Propuesta de Directiva...”, *loc cit.*, p. 8.

<sup>85</sup> A. VAQUER ALOY, Capítulo 8, en P. DEL POZO CARRASCOSA, A. VAQUER ALOY, E. BOSCH CAPDEVILA, *Derecho civil de Cataluña. Derecho de obligaciones y contratos*, Madrid, Marcial Pons, 2021, p. 159. Añade que “la llamada a las expectativas es clave, por ejemplo, para poder concretar la conformidad de la prestación cuando se trata de la venta de bienes nuevos o de bienes de segunda mano o de bienes de gama alta”. Con más detalle, con interesante jurisprudencia, VAQUER ALOY, “La conformidad...”, *loc cit.*, pp. 218 y 219.

<sup>86</sup> Como señala CORVO LÓPEZ, “Estudio...”, *loc cit.*, p. 133, nota marginal 31, “por muy correctas que sean las expectativas del comprador, no deben ser tenidas en cuenta si no corresponden con lo que razonablemente cabe esperar del producto adquirido por el comprador”. C. LASHERAS ROMERO, “La falta de conformidad en el Derecho de consumidores. Especial referencia al concepto y tipos”, *Revista de Derecho Patrimonial*, n. 35, sep-dic 2014, p. 226, destaca la inseguridad jurídica que crea este elemento.

<sup>87</sup> El art. 621-25.1.a) CCCat introduce un aspecto no previsto en el art. 115 ter.1.d) TRLGDCU (aunque sí estaba recogido en el antiguo art. 116.3). El CCCat regula en un precepto separado las manifestaciones públicas previas a la conclusión del contrato y tras afirmar la responsabilidad del vendedor por la falta de conformidad, le exonera en el caso en que “el comprador conozca o pueda razonablemente conocer la incorrección”.

<sup>88</sup> STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 Dir. 770, p. 151, número marginal 93; o “The Directives on Digital Contracts...”, *loc cit.*, p. 239. También se utiliza el calificativo “razonable” en relación con la situación en la que el empresario no es responsable de las declaraciones públicas del productor si demuestra que “desconocía o no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión” (arts. 115 ter d) 1º TRLGDCU y 621-25-2 CCCat -también se alude a ello en el 621-25-1-a) respecto del consumidor-).

<sup>89</sup> Este último criterio equivale al art. 115 ter.1.d) TRLGDCU. Comentario al art. IV.A-2:302 DCFR Draft Common Frame of Reference, Full Edition, vol. IV, p. 1286.

**51.** Para entender lo que “el consumidor y usuario puede razonablemente esperar” hay que realizar una mirada periférica y acudir a las directivas que han dado origen a la actual regulación del régimen de garantías<sup>90</sup>. Estamos ante una expresión legal abstracta<sup>91</sup> y no nos podemos dejar llevar por su literalidad, pues la ausencia de definición en la normativa del TRLGDCU y CCCat, podría hacernos caer en el error de que estamos ante un criterio subjetivo y, en cierto modo, arbitrario<sup>92</sup>. Lo que debe imperar a la hora de fijar la referencia de lo que razonablemente cabe esperar, es la perspectiva del comprador representativo dentro de la población de compradores de acuerdo con el bien y del sector<sup>93</sup>.

Inicialmente la Comisión Europea quería utilizar las expectativas razonables del consumidor como concepto central para definir las características legales de los bienes vendidos, pero tuvo que retirarse este enfoque por las críticas recibidas. Sin embargo, a partir de la Directiva 44/1999 se incorporó dicha expresión masivamente<sup>94</sup>, quizás “con el fin de equilibrar el requisito de seguridad jurídica con una flexibilidad de las normas legales” (considerando 24 dir 771). Lo que se pretende es buscar un enfoque objetivo y estandarizado.

**52.** La inspiración de la noción de lo que el consumidor y usuario puede razonablemente esperar hay que buscarla en la British Sale of Goods Act 1979<sup>95</sup>. Sin embargo, las expectativas del consumidor como elemento para determinar la conformidad no se recogió en el art. 35 CISG, pero sí en el art. 2.2.d) Dir 1999 (donde se usa el adverbio “fundadamente” en vez de “razonablemente” y de ahí se transpuso a los antiguos arts. 1161.d TRLGDCU y 621-20.2.c) CCCat), posteriormente se incluye también en el art. IV.A.-2:302 f) DCFR, de ahí a los arts 7.1.d) Dir 771 y 8.1.b) Dir, 770, y posteriores a los arts. 115 ter 1.d) TRLGDCU y 621-20.2.b) CCCat<sup>96</sup>.

Cabe recordar que el art 100.g) CESL hace referencia a las expectativas del consumidor sin calificarlas como razonables: “poseer las cualidades y prestaciones que el comprador pueda esperar”. Sin embargo, ya advertimos que en los principios generales del CESL, el art. 5.2 CESL afirma que “cualquier referencia a lo que se pueda esperar de una persona o una persona pueda esperar, o a lo que pueda esperarse en una situación concreta, se entenderá hecha a lo que puede razonablemente esperarse” (se realiza una interpretación horizontal y extensible a todo su articulado).

<sup>90</sup> La SAP Islas Baleares, 19 julio 2010 (JUR\2010\*328247), advierte que en el antiguo art. 116.1.d) TRLGDCU (similar al actual art. 115 ter.1.d) TRLGDCU), se observa una reminiscencia al concepto de las legítimas expectativas del consumidor del Libro Verde sobre Garantías de los bienes de consumo y Servicios de postventa de 15 de noviembre de 1993.

<sup>91</sup> Respecto a los términos legales abstractos, STAUDENMAYER (ed), Introduction, en “Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council on a Common European Sales Law, Textbook, C.H. Beck, 2012, p. XXII, afirma que deben ser interpretados y todo legislador de Derecho civil se enfrenta con la necesidad de tomar una decisión equilibrada entre la necesidad de que exista una seguridad jurídica restringiendo al mínimo el uso de términos legales abstractos, y la necesidad de que exista una flexibilidad que permita a los jueces tomar decisiones justas al disponer de términos abstractos. Afirma que el uso del término abstracto razonabilidad en la CESL “was severely criticised by representatives of all stakeholder groups in the informal consultation launched by the Commission in May and June 2011”. Como consecuencia de ello se eliminó 30 veces el término razonabilidad sustituyéndolo por plazos precisos.

<sup>92</sup> CASTILLA BAREA, *La nueva regulación...*, *op cit.*, p. 123, señala que “las expectativas de cada persona son un elemento, naturalmente, subjetivo, como también lo es, inicialmente, el criterio de la razonabilidad”, pero añade que el Considerando 24 Dir 771 alude a la necesidad de determinar objetivamente ese criterio de razonabilidad. Por tanto, una expectativa subjetiva del consumidor, aunque fuera razonable, no deberá tener cabida en el precepto.

<sup>93</sup> GÓMEZ POMAR, Comentario a los arts. 621-21 y 621-22 CCCat, *loc cit.*, pp. 266 y 267.

<sup>94</sup> MARTENS, Art. 18:203 (2), *loc cit.*, p. 2003, número marginal 12.

<sup>95</sup> STAUDENMAYER, “The Directive on the Sale of Consumer Goods and Associated Guarantees – a Milestone in the European Consumer and Private Law”, *ERPL*, 2000.4, p. 552, considera que “The reference to the reasonable expectations, resembles section 14 (2A) of the British Sale of Goods Act 1979 and the clause on “the quality and performance which are normal in goods of the same type”, is fairly close to the definition of the so-called “Gattungsschuld” in German Law”. El autor insiste en ello en “The Directives on Digital Contracts...”, *loc cit.*, p. 239 y en el Comentario al art. 8 de la Dir, 770, *loc cit.*, p 151, nota marginal 94.

Section 14 (2A) of the British Sale of Goods Act 1979: “For the purposes of this Act, goods are of satisfactory quality if they meet the standard that a reasonable person would regard as satisfactory, taking account of any description of the goods, the price (if relevant) and all the other relevant circumstances”.

<sup>96</sup> Hemos mencionado aquí solo un supuesto en el que se recogen las expectativas razonables del consumidor, pero veremos que hay más supuestos.

53. Por tanto, estamos ante un criterio muy cercano al common law que ha entrado en nuestro ordenamiento a través de la transposición de las directivas comunitarias. La razonabilidad ha hecho fortuna en las últimas décadas y observamos un abundante uso de dicho estándar en el derecho uniforme europeo.

## 1. Las expectativas del consumidor perfiladas por el estándar de la razonabilidad

54. Las expectativas del consumidor no son caprichosas ni hay que buscarlas en un entorno u horizonte subjetivo o en las creencias o convicciones del consumidor o usuario, sino que vienen marcadas, delineadas o perfiladas por el estándar de la razonabilidad. Las expectativas son lo que se espera o desea de forma *razonable* y debe de estar objetivamente fundamentado. La frustración de una singular sensibilidad del comprador no puede encontrar refugio en la falta de conformidad, en cambio sí se tendrá en cuenta si se ha pactado o si el comprador puso en conocimiento del vendedor un uso particular del bien<sup>97</sup>.

55. Ya vimos que la regulación anterior, cuando se refería a las expectativas del consumidor, hacía referencia a lo que el “consumidor y usuario pueda *fundadamente* esperar” (art. 116.1.d) TRLGDCU)<sup>98</sup> o no se calificaba, como en el antiguo art. 621-20.1.c) CCCat: lo que el “comprador pueda esperar”. En cambio, la regulación actual ya ha incorporado expresamente el término “razonable” en el campo de las expectativas del consumidor. Si las expectativas deben ser *razonables*, es preciso determinar en qué consiste y cómo se perfila la razonabilidad.

56. La construcción del Derecho europeo y el acercamiento del *civil law* y el *common law*, ha generado el transvase de conceptos de un sistema a otro. Uno de los conceptos de la tradición jurídica anglosajona que se está introduciendo en el sistema continental, como hemos visto en el anterior apartado, es el de la “razonabilidad”<sup>99</sup>.

Este concepto, entre otros, ha sido ajeno (hasta hace poco) a la cultura civilista de tradición romano-germánica<sup>100</sup> por sus orígenes en el Derecho anglosajón<sup>101</sup>. Sin embargo, según G. PERLINGIERI, afirmar que el concepto de razonabilidad es extraño a nuestra cultura jurídica refleja la poca atención de los civilistas a la tradición del Derecho romano<sup>102</sup>. Toda la jurisprudencia romana, tanto en su método casuístico como en la formulación de *regulae* o brocardos, es un método que combinaba admirablemen-

<sup>97</sup> GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 238. Recomendables las reflexiones que hace el autor sobre el origen de los bienes vendidos como factor relevante en la conducta de los contratantes.

<sup>98</sup> COLLADO-RODRÍGUEZ, Y PEÑA LÓPEZ, “La protección del consumidor...”, *loc cit.*, p. 874, comentando la regulación anterior afirman que “las legítimas expectativas del consumidor podemos identificarlas con la confianza de buena fe en que ciertas características, cualidades y calidades se encontrarán presentes en los bienes. El sujeto en el que se debe generar esta confianza no es el consumidor que en concreto adquiere el bien, sino un consumidor medio, razonable y prudente”.

<sup>99</sup> No es el único concepto importado en nuestro sistema procedente del common law, pensemos en el “principio de conformidad” (M. R. LLÁCER MATACÁS, “La garantía por falta de conformidad y cumplimiento “no conforme” el derecho español a luz del Marco común de referencia”, en E. BOSCH CAPDEVILA (coord.), *Derecho contractual europeo: problemática, propuestas y perspectivas*, Barcelona, Bosch, 2009, p. 461.

<sup>100</sup> L. NIVARRA, “Ragionevolezza e diritto privato”, en AAVV, *Ars interpretandi. Anuario di ermeneutica giuridica, VII, Ragionevolezza e interpretazione*, Padova, 2002, pp. 373 y 380.

<sup>101</sup> Como pone de manifiesto STAUDENMAYER, Introduction, *loc cit.*, p. XXII, “While this term is normal for Common law lawyers, it is not customary for continental lawyers”. Destaca también el origen de la razonabilidad en el common law J.P. SCHMIDT, art 1:1302: Reasonableness, en N. JANSEN, Y R. ZIMMERMANN, *Comentarios on European Contract Laws*, Oxford, OUP, 2018, p. 174, número marginal 3, quien añade que “The paramount of the concept of reasonableness can be said to reflect a fundamental characteristic of the English legal tradition, namely its rootedness in experience and pragmatic reason”.

<sup>102</sup> G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 2015, p. 2, nota 2; se está pensando en la orientación jurisprudencial del siglo I d.C., y en Antistio Labeone, Salvio Giuliano y Papiniano. Como señala N. STAMILE, “Razonabilidad (Principio de)”, en *Eunomia. Revista en Cultura de la Legalidad*, n. 8, marzo-agosto 2015, p. 224, “según algunos autores, las raíces históricas de un análisis jurídico de la razonabilidad se encuentran en el mundo romano en el clásico binomio entre *aequitas* y *ius naturale* (Mazzarella, 2003, Frosino 1966, Frosini 1966, Calaso, 1966, Guarino 1960, Cortese 1962)”.

te razón, intuición y experiencia. Las respuestas de los juristas romanos (*responsa prudentians*) son un paradigma imperecedero de razonabilidad. Aquí common law y Roman law se aproximan<sup>103</sup>.

Dentro del Derecho anglosajón, estamos ante un concepto que tiene su origen en la jurisprudencia de los tribunales ingleses de la época victoriana (1837-1901)<sup>104</sup>, en particular en sede de *tort law*<sup>105</sup>. Sin embargo, la expansión del estándar nacido en el ámbito del Derecho de daños fue progresivamente ubicándose en otros ámbitos del Derecho civil, como el Derecho de contratos de mano de la teoría objetiva del contrato<sup>106</sup>. Con anterioridad, especialmente en los siglos XVI al XVIII, puede encontrarse alguna referencia a este estándar, pero no es hasta el siglo XIX cuando se hacen frecuentes las alusiones a la "reasonable diligence", "reasonable price" o la "reasonable" estimación de los daños por ruptura contractual. En el Derecho privado del common law el estándar de la razonabilidad encuentra su mayor expresión en la figura del "hombre razonable" o la "persona razonable"<sup>107</sup>.

**57.** En nuestro ordenamiento jurídico disponemos de otros criterios parecidos, o más bien cercanos al mismo, como la buena fe, la diligencia del buen padre de familia, el abuso del derecho, la proporcionalidad, la equidad, etc., que cumplen una función similar<sup>108</sup>. Sin embargo, SCHMIDT afirma que la razonabilidad no debe considerarse una regla general o un principio como son la buena fe o la libertad de contratación. Ni la conducta de las partes ni la interpretación de la ley están sujetas al estándar de la razonabilidad. La razonabilidad opera dentro de un contexto específico y esto es lo que la diferencia de la buena fe<sup>109</sup>. En cambio, observamos que para ESSER "el desarrollo entero del common law en los

<sup>103</sup> Esta reflexión es del Prof. Mariano Alonso Pérez, en mi última conversación académica que tuve la oportunidad de compartir con él.

<sup>104</sup> J.R. LUCAS, "The philosophy of the reasonable man", *The Philosophical Quarterly*, vol 13 (1963), n. 51, p. 97-106, ubica los inicios de la razonabilidad en los filósofos griegos como Aristóteles, para justificar el estándar de lo que un hombre razonable decidiría en uno u otro caso. En cambio, APULEIO, "De Platone et ius dogmate", CreateSpace Independent Publishing Platform, Seattle, 2014, atribuye el filósofo romano Apuleio la utilización, por primera vez de la categoría conceptual de la razonabilidad.

<sup>105</sup> Suele citarse el caso *Vaughan v Menlove* (1837) como el primero en el que se usó el criterio de la razonabilidad. Vid R. POWELL, "The Unreasonableness of the reasonable man", *Current Legal Problems*, vol 10 (1957), p. 104.

La doctrina anglosajona ha ido diferenciando la persona razonable en sede de derecho de daños y en el ámbito del derecho contractual. Así, el "reasonably prudent man" de *tort law* es un personaje universal que refleja el general deber de cuidado de cada ser humano con los demás (nuestro *neminem laedere*). En cambio, la "reasonable person of contract" es una figura más específica que incorpora los rasgos de las partes que se interrelacionan en el negocio y está referida a lo que las partes realmente hacen en un espacio del tráfico jurídico concreto. TOMÁS MARTÍNEZ, *La sustitución... op cit.*, p. 68

<sup>106</sup> Algunos autores prefieren utilizar la razonabilidad unida a las cualidades de la persona: inteligencia razonable, habilidad razonable, etc. En todo caso se prescinde de la valoración subjetiva; es un estándar objetivo e impersonal aunque varía según las circunstancias, las características de las cosas que están involucradas, la magnitud del riesgo...

<sup>107</sup> S. TROIANO, "To What extent Can the Notion of "Reasonableness" Help to Harmonize European Contract Law? Problems and Prospects from a Civil Law Perspective", *European Review of Private Law*, 5-2009, p. 751. En cambio, en el Código civil es una figura desconocida. G. TOMÁS MARTÍNEZ, "La influencia internacional en la creciente presencia del estándar de la razonabilidad en el Derecho privado", en A. MURILLO VILLA, M.A. CALZADA GONZÁLEZ, S. CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, (coords), *Homenaje al Profesor Armando Torrent*, Madrid, Dykinson, 2016, p. 1185, afirma que el término razonable en nuestro Código civil se usa solamente en dos ocasiones: en el art. 105 Cc, en sede de medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio ("causa razonable"), y en el art. 201 Cc en sede de incapacitación ("se prevea razonablemente"). La redacción de ambos preceptos es fruto de reformas posteriores a la promulgación del Código y en ninguno de los casos tiene el significado angloamericano.

<sup>108</sup> En todo caso, para entender el paralelismo de la razonabilidad con estándares de nuestro derecho es gráfica la reflexión de LÓPEZ LÓPEZ: "lo que en un sistema de raíces romanas se soluciona bien con arreglo a principios como la *buena fe*, en sentido objetivo, o con referencia a modelos de conducta como es el *buen padre de familia*, en derecho anglosajón lo hacen con un solo elemento de referencia, que es la *reasonableness*, lo que significa necesariamente que el resultado jurídico en la práctica es distinto" (A. LÓPEZ LÓPEZ, Comentario art. 8, en Díez-PICAZO (Dir y coord.) *La compraventa internacional de mercaderías. Comentario a la convención de Viena*, Madrid, 1998, p. 122-125).

SCHMIDT, Art 1:1302: Reasonableness, *loc cit*, p.175, número marginal 4, menciona la equivalencia con algunos estándares del civil law, especialmente la buena fe y la fusión que realizó el legislador holandés de los conceptos de razonabilidad y buena fe introduciendo el concepto "redelijkheid en billijkheid" (art. 3:12 BW). H. BEALE, General Clauses and Specific Rules in the Principles of European Contract Law: The *Good Faith Clause*", en S. GRUNDMANN Y D. MAZEAUD (eds), *General Clauses and Standards in European Contract Law: Comparative Law EC Law and Contract Law Codification*, Kluwer Law International, La Haya, 2006, pp. 205 y 216, considera que buena fe y razonabilidad son términos intercambiables.

<sup>109</sup> SCHMIDT, Art. 1:302: Reasonableness, *loc cit*, p. 178, número marginal 9, considera que esto puede explicar que en la

tiempos modernos se ha efectuado en el sentido de la incorporación del principio de la racionalidad, tanto en la formulación de sus reglas, como en su aplicación a casos particulares... Los Principios mismos no son otra cosa que instrumentos de la razón”<sup>110</sup>.

**58.** La razonabilidad es un concepto indeterminado que es capaz de adaptarse al cambio de la sociedad o a la variabilidad de la exigencia social<sup>111</sup>. Se configura como la “lógica de los valores”, por lo que resulta difícil definirla, es muy flexible y repleta de ductilidad<sup>112</sup>. Es un elemento de referencia a la hora de interpretar y aplicar normas jurídicas relativas a los contratos y por extensión a todas las obligaciones<sup>113</sup>. Se ha dicho que es “el elemento arquitectónico del entero sistema jurídico”<sup>114</sup>, “un principio general implícito” del ordenamiento jurídico<sup>115</sup>. Es una máxima que obliga a obrar de manera arreglada, en concordancia con los principios del sentido común y con los juicios de valor generalmente aceptados<sup>116</sup>. Se trata de un parámetro para medir la conducta humana; un referente o punto de comparación que ayuda a determinar la corrección. En nuestra cultura jurídica lo medimos con la actuación del “buen padre de familia”.

Con la razonabilidad el legislador tiende a introducir un criterio de medida flexible, capaz de tener en cuenta las circunstancias del caso concreto, de los múltiples intereses concurrentes y de situaciones anómalas, nuevas o marginales<sup>117</sup>.

La “persona razonable” representa el modelo ideal de una conducta socialmente aceptable, inspirada en el sentido común y en el equilibrio<sup>118</sup>. Los jueces usaban el estándar del “hombre común” (“common man”) y en la edad de la razón lo denominan ya “hombre razonable”<sup>119</sup>. La jurisprudencia creó una persona ficticia: “el hombre razonable con prudencia ordinaria”, un arquetipo externo, objetivo e igual en todas las personas. Se le identifica como “The man on the capham ómnibus (el hombre en el autobús de Clapham –barrio Londinense-)”<sup>120</sup>. Es la personificación de un ideal social de comportamiento razonable, determinado por la valoración y juicio social del jurado que deberán tener en cuenta todas las circunstancias del caso pues la negligencia es dejar de hacer lo que una persona razonable hubiera hecho bajo las mismas o similares circunstancias. El hombre razonable es el hombre de la calle, el hom-

---

Propuesta de Reglamento CESL no se encuentre la razonabilidad en la lista de definiciones del art. 2, sino que se regula de forma aislada en el art. 5 CESL.

<sup>110</sup> J. ESSER, *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, Bosch, Barcelona, 1961, p. 287. Actualmente, R. SCHULZE, en H. SCHULTE-NÖLKE, F. ZOLL, N. JANSEN, Y R. SCHULZE, (edit), *Der Entwurf für ein optionales europäische Kaufrecht*, 2012, al comentar el art. 5.2, considera que el CESL debe ser todo interpretado a la luz de la razonabilidad, dándole a este estándar una mayor relevancia.

<sup>111</sup> S. ZAGREBELSKY, “Introduzione”, en ALEXI, R., *Concetto e validità del diritto* (traducción italiana de F. Fiore), Einaudi, Torino, 1997, p. XIII.

<sup>112</sup> BALDASSARRE, “Fonti normative, legalità e legittimità: l’unità della ragionevolezza”, *Queste Istituzioni*, n. 87/88, 1991, p. 60-64

<sup>113</sup> TOMÁS MARTÍNEZ, “La influencia internacional...”, *op cit*, p. 1183. Se ha afirmado que la razonabilidad viene a ser una fórmula útil de equidad en el periodo de negociación de un contrato para obtener el equilibrio entre los intereses opuestos cuando las partes adoptan posiciones demasiado encontradas. N. LIDIA NICOLAU, “El principio de razonabilidad en el Derecho privado”, *RDP*, 2010, p. 11.

<sup>114</sup> D’ANDREA, “Ragionevolezza e legittimazione del sistema”, Giuffrè, Milano, 2005.

<sup>115</sup> A. MORRONE, *Il custode della ragionevolezza*, Giuffrè, Milano, 2002, p. 34.

<sup>116</sup> P. LÓPEZ DÍAZ, “La confianza razonable y su relevancia como criterio fundante de la tutela de ciertas anomalías o desconformidades acaecidas durante el iter contractual: una aproximación desde la doctrina y jurisprudencia chilena”, *Revista de Derecho privado*, U Externado de Colombia, n. 36, enero-junio 2019, pp. 127-168. A. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Y C.I. JARAMILLO JARAMILLO, *El criterio de la razonabilidad en el Derecho privado. El estándar de la persona razonable y su aplicación en las decisiones judiciales*, Grupo editorial Ibáñez. Bogotá, 2020, p. 40.

<sup>117</sup> PERLINGIERI, *Aspectos aplicativos de la razonabilidad...*, *op cit.*, p. 34.

<sup>118</sup> TROLANO, “To What...”, *op cit*, p. 751.

<sup>119</sup> Interesante es el estudio de F. BADOSA COLL, *La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987, p. 91, del modelo de conducta “homines” defendido por Bartolo inspirándose en Pedro de Bellapertica. Afirma que el grado mínimo de diligencia-conducta es el correspondiente al modo común de comportarse los hombres, es un comportamiento estadístico. Es un comportamiento habitual de la gente (p. 93).

<sup>120</sup> A. RIPSTEIN, A., “Reasonable Persons in Private Law”, en G. BONGIOVANNI et al., *Reasonable and Law*, Springer, 2009, p. 255; POWELL “The Unreasonableness...”, *op. cit.*, p. 107 ss., “the man who takes the magazines at home and in the evening pushes the lawn mower in his shirt sleeves”.

bre medio, normal, usual, predecible, razonablemente educado e inteligente, que personifica el estándar de cuidado necesario<sup>121</sup>.

La razonabilidad supone un equilibrio en las cosas y conductas. Sin embargo, la consideración de lo que sea razonable o no dependerá siempre de lo que el operador jurídico entienda por ordinario o normal conforme a su tradición y ordenamiento jurídico.

**59.** Para ir concluyendo cabe advertir que la recepción de la razonabilidad en nuestro ordenamiento tiene el riesgo, incluso el peligro, de generar el ostracismo de modelos de conducta esencialmente continentales como los que se han ido apuntando: la diligencia del buen padre de familia, la equidad, la buena fe, etc.<sup>122</sup>. Además, el problema es que el término “razonabilidad” tiene muchos matices, es decir, se usa en muy diversos contextos adquiriendo distintos significados. Así, observamos que se configura como un principio de equidad, justicia o adecuación en diversos parámetros como el tiempo, plazo, precio, gasto, información. O supone ponderación, sentido común, probabilidad, diligencia, etc. Todos estos significados dificultan poder trazar una frontera entre la razonabilidad, la buena fe, la diligencia, la proporcionalidad, la honestidad o equidad<sup>123</sup>.

**60.** Reconduciendo lo expuesto a nuestro tema, observamos que las expectativas razonables del consumidor son lo que espera el consumidor medio, estándar, equilibrado y con sentido común, por tener todas las cualidades que demandamos a un buen ciudadano/consumidor<sup>124</sup>. Y así configurado, advertimos que la razonabilidad tiene ya implícita la objetividad y una carga considerable de la misma.

## 2. El estándar de la razonabilidad en el derecho uniforme europeo

**61.** Cuando analizábamos los criterios objetivos de la conformidad, fuimos apuntando algunas referencias a la razonabilidad en el Derecho uniforme europeo. Ahora pretendemos exponer el modo en que el estándar de la razonabilidad fue incorporándose en el Derecho europeo.

**62.** La razonabilidad entró en nuestra cultura, al igual que el principio de conformidad, especialmente, a través de la CISG y la implantación de las directivas comunitarias. Con anterioridad, ya los principios de UNIDROIT de los contratos comerciales internacionales de 1994 se referían a la razonabilidad en numerosas disposiciones, siguiendo el mismo camino las posteriores ediciones de los mismos. Así, en su edición de 2010, por ejemplo, el art. 4 relativo a la intención de las partes, afirma: *(1) El contrato debe interpretarse conforme a la intención común de las partes. (2) Si dicha intención no puede establecerse, el contrato se interpretará conforme al significado que le habrían dado en circunstancias similares personas razonables de la misma condición que las partes*<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> TOMÁS MARTÍNEZ, “La sustitución del “buen padre de familia” por el estándar de la “persona razonable”: reforma en Francia y valoración de su alcance”, *Revista de Derecho civil*, vol. II, núm. 1, 2015, p. 67 y 71.

<sup>122</sup> POWELL, “The Unreasonableness...”, *op cit*, pp. 104-107, señala que, desde una perspectiva histórica, la razonabilidad es un estándar reciente comparado con el principio de buena fe. Fueron la Revolución Francesa e industrial con las que empezó “the age of the common man”.

<sup>123</sup> S. ZORZETTO, “Reasonableness”, *Italian Law Journal*, 2015 vol 1, n. 1, p. 107.

<sup>124</sup> Aconsejable, si quieren entretenerse, leer a A.P. HERBERT, *¿Es ilegal el matrimonio? Y otras cuestiones singulares*, Pàmies, Madrid, 2007, traducción que se ha realizado de su obra *Uncommon Law*. Recoge en sesenta y seis artículos reflexiones (en broma y en serio) sobre conflictos legales imaginarios que aparecieron en una conocida revista satírica inglesa (Punch) a partir de 1924. Uno de dichos artículos se dedica a “El hombre razonable” al que denomina *figura mítica* (p. 23) y que define con ingenio, ironía y sátira, advirtiendo que “tiene todas las virtudes, excepto la capacidad de ganarse el afecto de los demás seres humanos (...). Este excelente pero odioso carácter se sitúa como un monumento en nuestros tribunales de justicia, apelando en vano a sus conciudadanos para que ordenen sus vidas siguiendo su ejemplo”, recordándonos lo “desagradable que necesariamente tiene que resultar este hombre para un ciudadano normal si lo piensa en privado” (pp.24-25).

<sup>125</sup> En el comentario al mismo se afirma que “El criterio para determinar qué debe entenderse por “razonabilidad” no es general y abstracto, sino que se refiere al entendimiento que cabe esperar de una persona, por ejemplo, con los mismos conocimientos de idioma, experiencia técnica o en los negocios que la de las partes en el contrato”. Puede consultarse también, respecto a ediciones anteriores, J. BONELL, “UNIDROIT Principles 2004 – The New Edition of the Principles of International

El recurso a la razonabilidad en la CISG deja de ser frecuente y deviene un uso “sistemático”, como uno de los pilares de toda la materia de la convención. El texto no define qué se entiende por el criterio de razonabilidad ni lo considera de forma explícita como un principio, aunque la doctrina que ha comentado la CISG sí se ha encargado de destacar su carácter de principio fundamental<sup>126</sup>.

**63.** Con posterioridad a la CISG el criterio de la razonabilidad se aceptó clamorosamente por el Derecho europeo<sup>127</sup>: desde las Directivas, pasando por los Principles of European Contract Law, los Principles of European Law (PEL, del Study Grup), los Acquis Principles, el Marco Común de Referencia (DCFR), sin olvidar la CESL. EIDENMÜLLER, ante esta invasión, nos advierte irónicamente que la razonabilidad parece resolver todos los problemas<sup>128</sup>.

**64.** En este sentido, los PECL se refieren a un modelo ideal de persona razonable o a un atributo, por ejemplo, de un plazo, de una medida de diligencia, de una decisión, previsión, etc. Se atrevieron incluso a definir el concepto de razonabilidad en el art. 1:302: “*Para los presentes principios, lo que se entienda por razonable se debe juzgar según lo que cualquier persona de buena fe, que se hallare en la misma situación que las partes contratantes, consideraría como tal. En especial, para determinar aquello que sea razonable, habrá de tenerse en cuenta la naturaleza y objeto del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas del comercio o del ramo de actividad a que el mismo se refiera*”. Los PECL parten de la idea de que lo razonable debe de juzgarse a la luz de la buena fe. Se introduce la buena fe junto con la razonabilidad. Se regulan también factores de concreción de la razonabilidad: naturaleza, objeto del contrato, circunstancias del caso, usos y prácticas del comercio. Observamos que lo que pretenden los PECL con esta referencia a la buena fe es conciliar la tradición anglosajona y romano-germánica<sup>129</sup>.

**65.** Por supuesto, siguen la misma estela los PEL y los Acquis Principles, con su espíritu de recopilar conceptos elásticos y generales. Curiosamente se vincula la razonabilidad con lo “apropiado”<sup>130</sup>. Respecto a los principios del Acquis Group (ACQP), también se alude a la buena fe tanto en las relaciones precontractuales como en las contractuales. Así, el art. 2:101 se señala que “*En las relaciones precontractuales, las partes deben actuar de buena fe*” (en idéntico sentido en el art. 7:101 en sede de cumplimiento contractual). Y en el art 2:102, referente a las expectativas legítimas, acude a la razonabilidad: “*En las relaciones precontractuales, el profesional debe actuar con los especiales conocimientos técnicos y el cuidado que razonablemente quepa esperar y, en particular, según las legítimas expectativas de los consumidores*” (en idéntico sentido en el art. 7:102 en sede de cumplimiento contractual)<sup>131</sup>.

---

Commercial Contracts Adopted by the International Institute for the Unification of Private Law”, *Uniform Law Review*, n. 9, 2004, pp. 6 ss.

Curiosamente, el art. 4.8 de los principios UNIDROIT, que contempla la “razonabilidad” entre los elementos de integración del contrato la distingue de forma clara de “la buena fe”, aunque en vez de la “razonabilidad” (término que se usa en la versión inglesa) se ha preferido traducir por “sentido común”. El artículo establece: “(1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias. (2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: (a) la intención de las partes; (b) la naturaleza y finalidad del contrato; (c) la buena fe y la lealtad negocial; (d) el sentido común”.

<sup>126</sup> F. FORTIER, “Le contrat du commerce international à l’aune du raisonnable”, *Journal du droit international*, 1996, p. 316.; o J.O. HONNOLD, *Uniform Law for International Sales under 1980 UN Convention*, Amsterdam 4ª ed, Wolters Kluwer, 2009, p. 107.1; SCHWENZER Y MUÑOZ (Dir), SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la convención de las Naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 384-385.

<sup>127</sup> Así lo considera SCHMIDT, Art 1:1302: Reasonableness, ... *loc cit.*, p. 173, número marginal 1, que la califica como “The all-pervasive concept of reasonableness”, especialmente a partir de la CISG, y se pregunta si los legisladores fueron realmente bien asesorados al elegir el concepto de razonabilidad como herramienta favorita para aportar soluciones flexibles.

<sup>128</sup> H. EIDENMÜLLER, “Der Gemeinsame Referenzrahmen für das Europäische Privatrecht: Wertungsfrage und Kodifikationsprobleme”, *JZ*, 2008, 529 y 536.

<sup>129</sup> En el comentario al art. I-1:104 Draft Common Frame of Reference, Full Edition, vol. 1, p. 9, se lamenta la mezcla de la buena fe con la razonabilidad por ser conceptos distintos.

<sup>130</sup> TROIANO, “To What...”, *op cit.*, p. 757.

<sup>131</sup> La traducción se ha tomado de ARROYO AMAYUELAS, “Los principios de Derecho contractual comunitario”, *ADC*, 2008-1,

**66.** El Marco Común de referencia (DFCR) en su versión de 2008 también recoge (y mucho) el criterio de razonabilidad. Introduce una definición de lo razonable en el Anexo: “*Lo “razonable” se determinará de forma objetiva, teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas pertinentes*” (haciendo una remisión al art. 1:104<sup>132</sup>). Observamos que se aleja del concepto de los PECL, pues ahora se pretende ir más allá de las situaciones contractuales y lo relevante es que se huye de la buena fe por considerar que no es deseable mezclar la buena fe con la razonabilidad<sup>133</sup>, defendiendo un criterio objetivo de razonabilidad (esto lo acerca mucho a la razonabilidad anglosajona). En este sentido, en su comentario se advierte que hay situaciones que pueden ser contrarias a la buena fe pero razonables. Y otras situaciones pueden no ser razonables, sin embargo, no ser contrarias a la buena fe.

**67.** El art. 4 Feasibility Study (FS), mantuvo la definición del art. 1:104 DCFR, pero añadió un segundo apartado según el cual “*Cualquier referencia a lo que se puede esperar de una persona, o en una situación particular, es una referencia a lo que razonablemente se puede esperar*”. Se optó por la técnica de regular una cláusula general. En este caso resulta útil por estar ante un concepto desconocido en el civil law.

**68.** En cuanto a la CESL, el art. 5 del anexo de la CESL alude a la “condición de razonable”, sin definir la razonabilidad, pero sí estableciendo pautas de interpretación: “*1. Aquello que es “razonable” deberá ser objetivamente determinable teniendo en cuenta la naturaleza y el propósito del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las actividades comerciales o profesiones de que se trate. 2. Cualquier referencia a lo que se pueda esperar de una persona o una persona pueda esperar, o a lo que pueda esperarse en una situación concreta, se entenderá hecha a lo que puede razonablemente esperarse*”<sup>134</sup>. Es una disposición muy similar a la del DCFR (I.1:104), con la diferencia de añadir “*to the trades and professions involved*”<sup>135</sup>. En la CESL, observamos que se sigue el criterio del DCFR, pues la referencia a la buena fe, a la que se aludía en los PECL, también se suprime de la definición de lo razonable<sup>136</sup>.

Pero, curiosamente, se recupera de nuevo la relación razonabilidad/buena fe, en la enmienda 37 a la propuesta de reglamento presentada en febrero de 2014 al CESL, esta vez al definir la buena fe contractual en el nuevo art. 2 f (sexies): “*buena fe contractual*”: *una norma de conducta caracterizada por la honradez, la franqueza y la consideración razonable, en tanto en cuanto pueda resultar conveniente, de los intereses de la otra parte de la transacción o de la relación en cuestión*”.

---

p.223. La autora ha sido prudente y buena conocedora del estándar de la razonabilidad, pues no ha abusado de su uso desmesurado en la traducción.

<sup>132</sup> I. – 1:104: Reasonableness. Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices.

La versión original de la definición *Reasonable* en el Anexo es la siguiente: *What is “reasonable” is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of what is being done, to the circumstances of the case and to any relevant usages and practices.* (I.- 1:104).

<sup>133</sup> SCHMIDT, Art 1:1302: Reasonableness, *loc cit*, p. 176, número marginal 6, considera preferible la opción del DCFR.

<sup>134</sup> Article 5. Reasonableness

*1. Reasonableness is to be objectively ascertained, having regard to the nature and purpose of the contract, to the circumstances of the case and to the usages and practices of the trades or professions involved.*

*2. Any reference to what can be expected of or by a person, or in a particular situation, is a reference to what can reasonably be expected.*

<sup>135</sup> También se alude a la persona razonable en el art. 58 en sede de interpretación del contrato: “1. Los contratos se interpretarán conforme a la intención común de las partes, incluso cuando dicha interpretación no coincida con el significado habitual de las expresiones utilizadas en el mismo. 2. Si una parte quiso dar un sentido determinado a una expresión utilizada en el contrato y en el momento de la celebración del acuerdo la otra parte conocía o puede esperarse que conociera esa intención, el contrato deberá interpretarse en el sentido dado por la primera. 3. Salvo disposición en contrario de los apartados 1 y 2, el contrato se interpretará en la forma en que lo haría una persona razonable.”

Como se ha visto, el DCFR que ve la luz en 2008, aparte de usar y abusar de la noción de la razonabilidad (más de 500 veces), recoge una definición de “*reasonable*” en el Anexo, en la cual se ha desvanecido por completo la buena fe. Por el contrario, se incorpora la idea de que la razonabilidad debe ser apreciada objetivamente.

<sup>136</sup> En todo caso, pese a las diferencias, tanto los PECL, DCFR, FS y CESL, tienen un punto en común: la referencia a la naturaleza y el propósito del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas pertinentes.

69. Como no podía ser de otra manera, la Propuesta de Directiva de 9 de diciembre de 2015 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes<sup>137</sup>, en su considerando 18 alude a la razonabilidad siguiendo la CESL, es decir, sin hacer mención alguna a la buena fe. Señala que “*el criterio de razonabilidad debe ser objetivamente determinable teniendo en cuenta la naturaleza y la finalidad del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas. En particular, el momento razonable para proceder a la reparación o sustitución debe ser objetivamente determinable, teniendo en cuenta la naturaleza de los bienes y la falta de conformidad*”.

70. Las Directivas de 2019 también se han hecho eco del principio de razonabilidad en el mismo sentido que las propuestas de 2015, especialmente en los considerandos 24 Dir. 771 y 46 Dir. 770, como veremos en próximos apartados.

71. Respecto a los principios latinoamericanos de Derecho de contratos, se advierte que se evitó “el recurso a lo razonable y se prefirió evocar la buena fe, principio rector del derecho de los contratos, algo inasible pero que debe domarse con la aplicación concreta en los derechos locales a través de las decisiones judiciales o arbitrales”<sup>138</sup>. Pero este rechazo no es absoluto, pues hay innumerables referencias a la razonabilidad: art. 28 referido al error que permite anular el contrato; art. 84, que regula el cambio de circunstancias que autorizan finalizar el contrato, art. 87 sobre los caracteres del incumplimiento esencial, art. 92 sobre el plazo para denunciar los defectos, art. 93 sobre el plazo de subsanación, etc.<sup>139</sup>

### 3. Los elementos de evaluación de las expectativas del consumidor

72. Analizado el estándar de la razonabilidad debemos asomarnos a la actualidad y centrarnos en el encaje que se le ha dado dentro de los criterios objetivos de conformidad. Sabemos de dónde procede, lo que ha significado desde sus orígenes y cómo ha penetrado en el Derecho uniforme europeo. Ahora debemos analizar la interpretación moderna que se le da al concepto y observamos que para configurar las expectativas razonables del consumidor la normativa establece unos elementos de evaluación (*assessment elements*). Es decir, para determinar lo que es razonable, deberán tenerse en cuenta estos elementos.

73. Desde una perspectiva distante, las expectativas de los consumidores respecto a la calidad, satisfacción y valor económico de los bienes que adquieren se generan y conforman a partir de un complejo conjunto de realidades: el nivel económico y el desarrollo de un país, la confianza en los controles de los poderes públicos, el prestigio social de la marca, el marketing, la publicidad, etc.<sup>140</sup> Sin embargo, el legislador se centra en unos elementos determinados que son los que expondremos a continuación. Estos elementos o factores de evaluación contribuyen a que cuando el consumidor medio adquiere un bien tenga la confianza de que este producto sirve para conseguir determinados fines, tiene una calidad determinada y posee unas características concretas.

74. Cuando intentamos analizar las expectativas razonables del consumidor en nuestro ordenamiento jurídico, tropezamos con una serie de dificultades:

---

<sup>137</sup> La Propuesta de directiva de 2015 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, no tiene un considerando equivalente al 18.

Para un buen análisis de dicha Propuesta puede consultarse ARROYO AMAYUELAS, “La propuesta de Directiva...”, *loc cit*.

<sup>138</sup> I. DE LA MAZA, C. PIZARRO, A. VIDAL (coords), *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Texto, presentación y contenidos fundamentales*, Madrid, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, SCHLECHTRIEM & SCHWENZER, *Comentario sobre la convención de las Naciones unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías*, Cizur menor, 20112017, p. 17.

<sup>139</sup> KEMELMAJER DE CARLUCCI, Y JARAMILLO JARAMILLO, *El criterio de la razonabilidad ...*, *op cit*, p. 70.

<sup>140</sup> COLLADO-RODRÍGUEZ, Y PEÑA LÓPEZ, “La protección del consumidor...”, *loc cit*, p. 853.

- Es una fórmula relativamente nueva en nuestra cultura jurídica.
- Estamos ante una fórmula indeterminada y es casi imposible proponer un criterio general de interpretación que prescinda de la apreciación de las circunstancias de cada caso en concreto<sup>141</sup>.
- En el TRLGDCU y en CCCat no hay una disposición o definición que haga referencia a lo que debe entenderse por expectativas razonables del consumidor, como sí existe en los considerandos 24 Dir 771 y 46 Dir 770. Normalmente las disposiciones relativas a la razonabilidad se ubican en capítulos introductorios y así se garantiza que el concepto se aplica a todo el texto<sup>142</sup>. En la lista de definiciones del art. 59 bis TRLGDCU, se han añadido conceptos nuevos tras la reforma de 2021, pero entre ellos no está la razonabilidad. Si se me permite el símil, se ha importado un producto sin las instrucciones. Lo cierto es que hubiera sido oportuno incorporar una definición u orientación interpretativa.
- Tiene un ámbito de actuación limitado, pues se ubica dentro del Derecho de consumo, aunque en Cataluña tiene un ámbito más amplio al extenderse a otros modelos de compraventa.
- Como se verá, no existen unos elementos de evaluación coordinados: están dispersos en los propios conceptos o en los considerandos de las Directivas de 2019.

**75.** Cuando la razonabilidad la vinculamos con las expectativas ya nos indica que estas expectativas deben ser prudentes, objetivas, definidas por el sentido común (como las tendría una persona razonable). Ahora es preciso analizar cuáles son los factores decisivos que sirven para configurar la razonabilidad de las expectativas. Para ello hay que buscar la ayuda adicional que nos aporta la normativa con el establecimiento de unos elementos o factores de evaluación (*assessment elements*). La finalidad de estos elementos no es otra que definir o perfilar la razonabilidad.

**76.** En el art. 115 ter TRLGDCU y en el art. 621-20 CCCat, se recogen dichos elementos de evaluación, aunque de forma dispersa.

Por una parte el art. 115 ter.d) TRLGDCU y el art. 621-20.2.b) CCCat, para configurar estas expectativas razonables del consumidor manifiesta que habrá que tenerse en cuenta la naturaleza de los bienes y de los contenidos y servicios digitales, y también las declaraciones públicas. En concreto, alude a lo que el consumidor y usuario pueda razonablemente esperar “*dada la naturaleza*” de los bienes y contenidos y servicios digitales y las declaraciones públicas.

Por otra parte, en el caso de contratos de compraventa de bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales, el art. 115.ter.2.a) TRLGDCU señala que las actualizaciones se otorgaran durante el periodo que el consumidor y usuario pueda razonablemente esperar “*habida cuenta del tipo y la finalidad de los bienes con elementos digitales o de los contenidos o servicios digitales, y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato*”, en los supuestos en los que el contrato establezca un único acto de suministro (en sentido similar art. 621-20.6.a) CCCat). En concreto, se toma en consideración lo que el consumidor y usuario pueda razonablemente esperar “*habida cuenta*” del tipo y la finalidad de los bienes con elementos digitales o de los contenidos y servicios digitales, y teniendo en cuenta las circunstancias y naturaleza del contrato.

**77.** Estos elementos de evaluación, debemos complementarlos con los mencionados en los considerandos 46 Dir 770 y el considerando 24 Dir. 771: la naturaleza y la finalidad de los contenidos o servicios digitales o del contrato, las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas.

**78.** En conclusión, la normativa aporta una serie de elementos que deberá evaluar el consumidor para formar una expectativa de forma razonable. La utilidad de estos elementos se incrementa cuando se lanza un bien o contenido o servicio digital nuevo en el mercado y el consumidor no tiene expectativas formadas (pensemos en el desarrollo tecnológico). Estos elementos ayudarán a crear las expectativas *ex novo*.

<sup>141</sup> En sentido similar, CASTILLA BAREA, *La nueva regulación...*, *op cit.*, p. 130.

<sup>142</sup> SCHMIDT, Art 1:1302: Reasonableness, *loc cit*, p.178, número marginal 9.

79. Podemos preguntarnos si pueden existir otros criterios de evaluación de las expectativas del consumidor y usuario, a parte de los mencionados expresamente, como pueden ser las manifestaciones no públicas del vendedor, las percepciones dominantes en el tráfico, las experiencias previas del consumidor, la información buscada por el propio consumidor antes de adquirir el bien, el precio, etc. Creo que también podrían tenerse presentes, pero siempre que construyan una expectativa *razonable*<sup>143</sup>. Hay consumidores que antes de adquirir un bien se informan sobre el mismo, hacen un estudio comparativo con otros productos similares, leen opiniones de otros consumidores (que han de saber interpretar), etc., y esto genera expectativas. Pero estas expectativas deben estar estandarizadas, configuradas a través de un consumidor medio.

80. Cabe también plantearse la duda de si es posible que el consumidor y usuario carezca de expectativas. Creo que es difícil que suceda. Podrán ser más frágiles o escasas (pensemos en productos nuevos), pero expectativas, desde el momento que el consumidor adquiere el bien o contenido o servicio digital, existirán, pues el consumidor siempre tendrá la posibilidad de analizar la naturaleza del bien, las declaraciones públicas, compararlo con otros del mismo tipo, etc.

81. En todo caso, es preciso recordar que las expectativas razonables del consumidor son flexibles, pues pueden ser corregidas, pero en dicho caso habrá que estar al art. 115 ter.5 TRLGDCU y 621-20.4 CCCat.

82. Veamos cada uno de los elementos de evaluación recogidos en la normativa. O dicho de otro modo, veamos cuáles son, especialmente, los factores decisivos que sirven para establecer dichas expectativas como razonables. Siguiendo a STAUDENMAYER, nos centraremos, especialmente, en las tres ocasiones o en los tres supuestos en que se hace referencia a las expectativas razonables del consumidor en sede de los criterios objetivos de conformidad:

#### **A) Primer supuesto. Las expectativas razonables del consumidor *dada la naturaleza del bien y declaraciones públicas* (Art. 115 ter.1.d) y art. 621-20.2.b) CCCat)**

83. Estamos ante un supuesto complejo, especialmente por la mala redacción del mismo convirtiéndolo en un atropello a la razón<sup>144</sup>. La cantidad, calidad y características que los bienes y contenidos y servicios digitales deben ser los que “presentan normalmente los bienes y contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar, dada la naturaleza de los mismos y teniendo en cuenta cualquier declaración pública”. Ya vimos que ambos criterios (“... presentan normalmente los bienes y contenidos o servicios digitales del mismo tipo y que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar”), son cumulativos.

Los elementos de evaluación que describe (la naturaleza del bien o contenido o servicio digital y la declaración pública), se aplican a los dos criterios. Este reforzamiento exagerado de la objetividad puede explicarse por el temor de no dejar entrar las percepciones personales del consumidor, que no tienen por qué ser irrazonables.

84. En este apartado se mezclan criterios de forma torpe y poco clara, generando dependencia de unos criterios con otros, con el problema de caer en la redundancia. Las cualidades y características de-

<sup>143</sup> En sentido similar GÓMEZ POMAR, Comentario al art. 621-20 CCCat, *loc cit*, p. 253.

<sup>144</sup> Se ha criticado todo el apartado en sí, pues se trata de un criterio redundante con el de la aptitud “para los fines a los que normalmente se destinan bienes o contenidos digitales del mismo tipo” (art. 115 ter.1.a TRLGDCU), pues lo que define a estos fines es que la aptitud para tal fin puede razonablemente esperarse por el consumidor y usuario, aunque pueden existir rasgos de calidad o de características que no tengan que ver ni afecten a los fines ordinarios, en cuyo caso no se aplicaría el art. 115 ter.1.a) TRLGDCU. CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos*, *op. cit*, p. 983, nota marginal 18/43. Añade que “este estándar se solapa en parte con el art. 61.2 TRLGDCU que impone que las prestaciones propias de cada bien serán exigibles aun cuando no figuren expresamente en el contrato”.

ben ser las que “presentan normalmente los bienes y contenidos o servicios digitales del mismo tipo”<sup>145</sup>, por lo que las expectativas, además de la necesidad de ser razonables, se canalizan hacia la objetividad al tener que vincularse con lo que es *normal* en objetos del mismo tipo<sup>146</sup>. Si es así, difícilmente se podrá considerar una expectativa irrazonable. Hubiera sido preferible no ceñir la expectativa del consumidor al campo de la “normalidad” en las características de los bienes o contenidos y servicios digitales, y si lo que se pretendía era poner algún límite a posibles expectativas subjetivas hubiera sido suficiente exigir explícitamente el carácter razonable de la expectativa<sup>147</sup>.

### **a) Las expectativas razonables del consumidor y usuario que derivan de la naturaleza del bien y del contenido o servicio digital**

**85.** Según este elemento de evaluación, saber si las características de los bienes o contenidos y servicios digitales pueden ser esperadas razonablemente por el consumidor dependerá de la naturaleza del objeto del contrato. No obstante, como pone de manifiesto STAUDENMAYER, aunque es difícil describirlo de forma general, cubre, como mínimo, aquellas características necesarias para que el consumidor acceda y use el contenido o servicio digital de acuerdo con su finalidad<sup>148</sup>.

**86.** La naturaleza del bien y su adscripción a un conjunto de bienes por sus funciones y prestaciones, serán de gran importancia para poder precisar el patrón de normalidad que ha de servir de referencia para enjuiciar la conformidad<sup>149</sup>.

**87.** Si estamos ante bienes de segunda mano, su propia naturaleza me advierte que no los puedo comparar con bienes nuevos, son otra categoría o tipo de bienes. Las expectativas razonables de un consumidor ante las características de un vehículo de una determinada antigüedad y con un kilometraje considerable no serán las mismas que se tengan con las características de coche nuevo. Como señala la SAP Málaga 31 mayo 2022 (Roj: SAP MA 1382/2022 - ECLI:ES:APMA:2022:1382): “Para determinar el uso normal del bien, la calidad y prestaciones habituales, debe tenerse en cuenta la naturaleza del mismo, resultando evidente que un bien usado tiene una “naturaleza” distinta a un bien nuevo. Ha de estarse, por tanto, a esa naturaleza de bien usado, pues éste tiene un rendimiento y vida útil menor que uno nuevo, pudiendo presentar defectos o taras que forman parte de su naturaleza de bien usado y que por tanto son esperables y no constituyen faltas de conformidad”<sup>150</sup>.

**88.** Lo mismo sucede con los contenidos y servicios digitales en versión beta. Se trata de una versión de un software en el que pueden usarse sus funciones principales, pero aún no está finalizado (se caracterizan por tener distintas etapas de desarrollo) y su objetivo es que los defectos salgan a la luz, pues se desconocen. Lo prueban los consumidores y realizan un feedback con el productor. La propia naturaleza de las versiones beta influyen en las expectativas de los consumidores respecto a la calidad y

---

<sup>145</sup> Pertenecer al “mismo tipo” exige una fungibilidad del bien o pertenencia a un género, pero no excluye a los bienes específicos y no fungibles, pues también en estos se puede hablar de características habituales o normales de los bienes del tipo al que pertenece el bien vendido. Por ejemplo, bienes de segunda mano, no son genéricos, pero no impide que se puedan adscribir a un tipo de bien. GÓMEZ POMAR, Comentario al art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 251.

<sup>146</sup> STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 Dir 770, *loc cit.*, p. 139, número marginal 36. Nos advierte que el legislador no solamente se apoya en un término legal abstracto como son “las expectativas razonables del consumidor”, que en sí mismo ya está objetivado a través del adjetivo *razonable*, sino que enmarca este criterio agregando otro criterio claramente objetivo: lo que es normal en bienes y contenidos servicios digitales del mismo tipo.

<sup>147</sup> GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 252. Vid nota 41.

<sup>148</sup> STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 Dir 770, p. 144, número marginal 58.

<sup>149</sup> GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 251.

<sup>150</sup> En sentido similar la SAP Navarra 25 enero 2021 (Roj: SAP NA 29/2021 - ECLI:ES:APNA:2021:29): “el vendedor de un vehículo de ocasión no responde de los desperfectos de las piezas que sean consecuencia del previo uso normal del bien vendido, la calidad y prestaciones que cabe esperar de un bien del “mismo tipo”, habida cuenta de la “naturaleza del producto”, la calidad y prestaciones de un bien “equiparable”, esto es, en materia de vehículos de segunda mano, la calidad y prestaciones de un vehículo de similar antigüedad y equiparable kilometraje o intensidad de uso”.

características en comparación con bienes nuevos o de segunda mano. Por ello no es necesario acudir al art. 115 ter.5 TRLGDCU o 621-20.4 CCCat.

89. En todo caso se trata de un elemento de evaluación excesivo y superfluo, pues el precepto ya exige que las expectativas deben ser razonables. ¿Qué valor adicional me otorga la naturaleza del bien cuando mis expectativas deben ser ya de por sí razonables y por tanto objetivas? Pensemos, además, que estas expectativas razonables ya han tenido en cuenta las características normales de bienes y contenidos y servicios digitales del mismo tipo.

## b) Las expectativas razonables del consumidor que derivan de las declaraciones públicas

90. La declaración pública<sup>151</sup> efectuada por el empresario, o en su nombre, o por otras personas en fases previas en la cadena de transacciones, incluido el productor, *especialmente* en la publicidad y el etiquetado (no las únicas), es otro de los elementos de evaluación de las expectativas razonables del consumidor<sup>152</sup>. Además, con lo habitual que está siendo actualmente usar datos personales vinculados a un consumidor para dirigir la publicidad a individuos particulares, se ha fortalecido aún más el papel que la publicidad puede desempeñar en la formación de expectativas razonables de los consumidores<sup>153</sup>.

91. En la actual normativa, la relevancia de las declaraciones públicas en las expectativas razonables del consumidor sigue la tendencia general de la legislación europea en materia de información al consumidor según la cual las obligaciones precontractuales son contenido del contrato<sup>154</sup>. La información precontractual *realizada en la declaración pública* pasa a formar parte del contrato, prácticamente sin posibilidad de desviarse individualmente de dicha información. Y si el bien o contenido y servicio digital es distinto a lo que podría esperar el consumidor razonablemente atendiendo a las declaraciones públicas, es preciso que el consumidor sea específicamente informado y acepte de forma expresa y separada la ausencia de una determinada característica o propiedad que origina la falta de conformidad<sup>155</sup>.

92. Suele ser habitual que el consumidor compre, por ejemplo, un vehículo, movido por la marca a la que pertenece. En estos casos elige muy influenciado por las declaraciones públicas sobre el vehículo y las expectativas que le genera la marca. Dada la confianza de los consumidores en tales declaraciones se consideró importante incluirlo en la evaluación de la conformidad con el contrato.

93. Las declaraciones públicas vinculantes son las referentes a la cantidad, calidad y características que presentan normalmente los bienes o contenidos y servicios digitales, no las persuasivas<sup>156</sup>. Solo la publicidad informativa genera expectativas razonables<sup>157</sup>. Las declaraciones públicas se integran en el propio contrato solo en lo que se refiere a dichas características y serán vinculantes si generan razonablemente en el consumidor y usuario unas expectativas de que el bien ha de reunir esas características.

---

<sup>151</sup> Por declaración pública se entiende la manifestación vertida al exterior por cualquier vía y dirigida a una generalidad indeterminada de destinatarios (COLLADO-RODRÍGUEZ Y PEÑA LÓPEZ, “La protección del consumidor...”, *loc cit.*, p. 876). Se incluye la información del etiquetado.

Según MARÍN LÓPEZ, “La Directiva 2019/771/UE...”, *loc cit.*, p. 9, hubiese sido oportuno que la Dir. 771 hubiera tratado las declaraciones públicas como un criterio distinto, regulado al margen de la letra d), pues si el bien ha de adecuarse a las características declaradas públicamente, estas se convierten en un criterio de conformidad.

<sup>152</sup> SÁNCHEZ LERÍA, “Mercado Digital...”, *loc cit.*, pp. 56-57

<sup>153</sup> TWIGG-FLESNER, “Conformity of Goods...”, *loc cit.*, p. 66.

<sup>154</sup> Un buen estudio de ello en GSELL, “Conformidad...”, *loc cit.*, p. 6.

<sup>155</sup> GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 280; GSELL, “Conformidad...”, *loc cit.*, pp. 6 y 7.

<sup>156</sup> STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 Dir. 770, p. 134, número marginal 6; CARRASCO PEREA, *Derecho de contratos, op. cit.*, p. 984, nota marginal 18/44 y nota 119, añade que las declaraciones no deben referirse a aspectos como el precio, condiciones de pago, etc., aunque tales declaraciones pueden resultar obligatorias a otros efectos por aplicación del art. 61.2 TRLGDCU”.

<sup>157</sup> CASTILLA BAREA, *La nueva regulación...*, *op. cit.*, p. 128, 130 y 135-136. A.M. MORALES MORENO, “Declaraciones públicas y vinculación contractual (Reflexiones sobre una Propuesta de Directiva)”, *ADC*, vol. 52, 1999-1, p. 274.

Por tanto, las declaraciones públicas junto con la naturaleza de los bienes o contenidos y servicios digitales configuran las expectativas del consumidor y las objetivizan.

**94.** Ya nos planteamos la duda del lanzamiento de productos mejorados en el mercado. En estos casos, lo que es necesario es que la declaración pública deje constancia de forma clara y transparente de las diferencias entre el nuevo producto y su versión anterior, pues mis expectativas estaban construidas respecto a estos productos anteriores. Como nos señala GSELL, no son del mismo tipo unos auriculares antiguos y unos inalámbricos<sup>158</sup>. Si en la declaración pública o en el etiquetado se distinguen ya no hay ninguna desviación de los requisitos objetivos de calidad (no es necesario el consentimiento expreso y por separado), pues no estamos ante el mismo tipo de bien. Lo importante es saber si son del mismo tipo y para ello las declaraciones públicas son fundamentales. Si no son del mismo tipo no hay que acudir al 115 ter 5 TRLGDCU y 621-20.4 CCCat.

Respecto a los bienes de segunda mano, existe una expectativa razonable de que no son como los nuevos, pero hay tantas variedades de desgaste en estos bienes, que es preciso dejarlas claras por parte del vendedor. Si en una tienda se anuncia que venden vestidos usados solo en desfiles, mis expectativas son diferentes a las que me puede generar un vestido repetidamente usado por un particular que compro en una web de productos de segunda mano. El primero no tendrá el nivel de desgaste que puede tener el segundo, y esas expectativas me las ha generado la declaración pública de venta de ropa usada *solo* en desfiles. En este caso, aunque sea un bien de segunda mano, no sería necesario acudir al 115 ter 5 TRLGDCU y 621-20.4 CCCat, pero si el vestido que voy a comprar como usado solo en el desfile, está rasgado, es decir, tiene más defectos que los que cabe razonablemente esperar, sí debería acudir a esos preceptos. Otro supuesto, el robot de cocina que ha usado previamente un restaurante o un particular; el nivel de desgaste también es distinto<sup>159</sup>. Cuanto más definida y concreta sea la declaración pública menos riesgos habrá de desviarse de los criterios de conformidad.

**95.** Hay que recordar, finalmente, dos cuestiones. Por una parte, que el empresario no estará obligado por las declaraciones públicas si demuestra que desconocía o no cabía razonablemente esperar que conociera la declaración en cuestión<sup>160</sup>, si prueba que la declaración fue corregida del mismo o similar modo en el que se realizó al celebrar el contrato<sup>161</sup>, o que esa declaración no pudo influir en la decisión de adquirir el bien o el contenido o servicio digital<sup>162</sup>(art. 115 ter.1.d) in fine TRLGDCU y art. 621-25 CCCat).

Por otra parte, el TRLGDCU (siguiendo las directivas de 2019), no recoge entre las causas de exoneración de responsabilidad del vendedor por las declaraciones públicas, el supuesto de que el comprador conozca o pueda razonablemente conocer la incorrección, como sí hace el art. 621-25.1.a) CCCat y hacía el antiguo art. 116.3 TRLGDCU. Para justificar la exclusión de lo que el comprador conozca o podría conocer razonablemente, GÓMEZ POMAR señala que quizás se podría defender que las directivas de 2019 (y podríamos añadir el actual TRLGDCU) siguen descansando en las expectativas *razonables* del consumidor, y el conocimiento directo o imputado por la negligencia en conocer no serían

<sup>158</sup> GSELL, “Conformidad...”, *loc cit.*, p. 11.

<sup>159</sup> También nos sirve de ejemplo, la diferencia entre un coche de segunda mano procedente de alquiler sin conductor o procedente de un particular. Las expectativas que puedo tener del uso dado en un caso y otro son distintas. SAP Barcelona 28 abril 2022 (Roj: SAP B 4760/2022 - ECLI:ES:APB:2022:4760).

<sup>160</sup> Se exige una determinada diligencia por parte del vendedor, dependiendo de las circunstancias del caso y los usos y prácticas de las partes implicadas. Se ha criticado por la doctrina, ya que no debe admitirse en algunos casos, como cuando la declaración pública provenga del propio vendedor o cuando la declaración pública se encuentre en el etiquetado. GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit.*, p. 280.

<sup>161</sup> Significa que hay que dar la misma difusión que se le dio inicialmente a la declaración pública, de forma que la corrección llegará al mismo público que tenía a declaración pública inicial. La norma no exige que el consumidor que ha celebrado el contrato haya conocido la corrección. Esta última exigencia es una importante novedad de las directivas de 2019.

<sup>162</sup> Es un criterio muy inseguro al dar relevancia a las motivaciones internas del consumidor, que en otros casos resultan totalmente indiferentes. Es el caso en que el consumidor no recibió la publicidad o no pudo acceder a la misma, no la podía entender por estar en otra lengua desconocida, etc.

conciliables con estas expectativas. La cuestión no admite una solución fácil y, por tanto, esta restricción debería de aplicarse, si es que se puede hacer, con extremada cautela en la compraventa de consumo<sup>163</sup>.

**B) Segundo supuesto. Las expectativas razonables del consumidor, habida cuenta del tipo y la finalidad de los bienes con elementos digitales o de los contenidos o servicios digitales, y las circunstancias y la naturaleza del contrato (Art- 115 ter.2.a) TRLGDCU y art. 621-20.6.a) CCCat.)**

**96.** Los arts. 115 ter.2.a) TRLGDCU y 621-20.6.a) CCCat, al regular el tema de las amortizaciones referentes solamente a los contratos de compraventa de bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos y servicios digitales, aluden al tiempo en que el empresario debe suministrar actualizaciones, incluidas las de seguridad. Cuando el contrato establezca un único acto de suministro o una serie de actos de suministros separados, el tiempo será “aquel que el consumidor o usuario pueda razonablemente esperar”. Se añaden unos elementos de evaluación: “habida cuenta del tipo y la finalidad de los bienes con elementos digitales o los de contenidos o servicios digitales, y teniendo en cuenta las circunstancias y la naturaleza del contrato” (insiste en ello el Considerando 31 Dir. 771)<sup>164</sup>.

**97.** Respecto al tipo y finalidad de los bienes con elementos digitales o los de contenidos o servicios digitales, el considerando 47 de la Dir. 770 afirma que en el caso de contenidos o servicios digitales cuya finalidad esté limitada en el tiempo, la obligación de proporcionar actualizaciones debe limitarse a ese tiempo. Por ejemplo, no se puede esperar que una aplicación para un smartphone para un evento concreto (el mundial de fútbol, el festival de Eurovisión) se actualice después de dicho evento. En cambio, el periodo de tiempo será más amplio para una aplicación de salud que monitoriza la frecuencia cardíaca del usuario<sup>165</sup>. Para otro tipo de contenidos o servicios digitales el periodo durante el cual se deben proporcionar actualizaciones al consumidor y usuario podría ser el mismo que el periodo de responsabilidad por falta de conformidad e incluso extenderse más allá de este para el caso de las actualizaciones de seguridad (Considerando 47 Dir. 770 y en sentido similar el considerando 31 Dir. 771)<sup>166</sup>.

**98.** Otro de los elementos de evaluación de las expectativas razonables del consumidor son las circunstancias y naturaleza del contrato (no del bien). No es un elemento fácil de determinar. No se refiere a la calificación legal del contrato de los bienes con elementos digitales o de suministro de contenidos o servicios digitales, ni a si estos se suministran a cambio de dinero o de datos. Para saber lo que significa, debemos tener presente el art. 115 ter.5 TRLGDCU y el art. 621-20.4 CCCat, en los que se señala que los cambios en las características de los bienes o contenidos y servicios digitales previstas en el art. 115 ter.1 y 2 TRLGDCU o 621-20.2 CCCat, solo se pueden hacer si se informa específicamente y si el consumidor y usuario lo acepta expresamente y por separado<sup>167</sup>. Por tanto, la naturaleza del contrato se puede entender teniendo en cuenta los factores relacionados con el contrato que conducen a la reducción de las características del bien o contenidos y servicios digitales, siempre que estos factores se acepten de manera expresa y por separado<sup>168</sup>. Es decir, si los bienes y contenidos y servicios digitales cumplen los requisitos objetivos de conformidad, el contrato tendrá unas circunstancias y una naturaleza determinada y si no los cumple, pero son aceptados expresamente y por separado por el consumidor, el contrato tendrá otra naturaleza o finalidad.

<sup>163</sup> GÓMEZ POMAR, Comentario art. 621-20 CCCat, *loc cit*, p. 280.

<sup>164</sup> Una crítica de este apartado por su falta de precisión en el plazo, MUÑOZ RODRIGO, “Algunas cuestiones...”, *loc cit*, p.1293.

<sup>165</sup> Los ejemplos están extraídos de STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 Dir. 770, *loc cit*, p. 160, número marginal 142.

<sup>166</sup> El considerando 31 Dir 771 nos ofrece un ejemplo: “Un consumidor esperaría normalmente recibir actualizaciones al menos durante el período durante el cual el vendedor sea responsable de una falta de conformidad, mientras que en algunos casos las expectativas razonables del consumidor podrían extenderse más allá de dicho período, como podría ser el caso, en particular, en lo que respecta a las actualizaciones de seguridad. En otros casos, por ejemplo, en relación con bienes con elementos digitales con una finalidad limitada en el tiempo, la obligación del vendedor de facilitar actualizaciones normalmente estaría limitada a ese período de tiempo”.

<sup>167</sup> Estos requisitos estaban presentes en el art. 99. 3 CESL.

<sup>168</sup> STAUDENMAYER, Comentario art. 8 Dir 770, *loc cit*., p. 160, nota marginal 144.

**C) Tercer supuesto. Falta de elementos evaluadores de las expectativas razonables del consumidor. La remisión a los considerandos de las Directivas de 2019 (Art. 115.ter.1.c TRLGDCU y art. 621-20.2.d) CCCat)**

**99.** Otra de las ocasiones en que se mencionan las expectativas razonables del consumidor dentro de los requisitos objetivos es en el caso en que sea preciso entregar o suministrar los bienes y contenidos y servicios digitales con accesorios e instrucciones. Se entregarán los que “el consumidor y usuario pueda razonablemente esperar recibir”<sup>169</sup>.

**100.** Sin embargo, en esta ocasión las expectativas del consumidor no cuentan con elementos de evaluación como sucede en las dos anteriores supuestos (A y B). Para resolverlo podemos acudir a los considerandos 46 Dir 770 y 24 Dir 771<sup>170</sup> en los que se afirma que el criterio de razonabilidad, en relación con cualquier referencia realizada en las directivas mencionadas a lo que una persona pueda razonablemente esperar, debe determinarse objetivamente teniendo en cuenta lo siguiente:

- la naturaleza y la finalidad del contrato (considerando 24 Dir. 771) o la naturaleza y finalidad de los contenidos o servicios digitales (considerando 46 Dir. 770)
- las circunstancias del caso
- los usos y prácticas de las partes implicadas. En el caso de contenidos y servicios digitales son aún escasos estos usos y prácticas, puesto que estamos ante mercancías nuevas que están evolucionando de forma muy rápida.

**101.** STAUDENMAYER considera que, aunque no se concretan en la normativa estas expectativas, dependerán del tipo de bien o contenido y servicio digital objeto del contrato. Aunque es difícil generalizar el contenido de este requisito, pues depende de cada tipo de bien o contenido y servicio digital, cabe pensar que incluye, como mínimo, aquellos accesorios o instrucciones necesarios para que el consumidor acceda o use el bien o el contenido o servicio digital se acuerdo a su finalidad y de forma segura (el embalaje que protege el ordenador que adquiero, o la caja de un CD, por ejemplo)<sup>171</sup>.

**102.** La normativa no determina el contenido o la forma de presentación de las instrucciones, por lo que no sabemos si las expectativas razonables del consumidor también se extienden a los requisitos sustanciales del contenido de las instrucciones y a la presentación de dichas instrucciones. Puede ayudar a solventar la duda el art. 115 quater TRLGDCU y los arts. 621-21y 621-72 CCCat, según los cuales, una instalación incorrecta de los bienes o una integración incorrecta de los contenidos y servicios digitales, suponen una falta de conformidad. Y también nos puede aportar ayuda el considerando 52 de la Dir. 770 que afirma que existe falta de conformidad si la incorrecta instalación o integración se debe a las deficiencias de las instrucciones de instalación o integración, “por ejemplo, por ser incompletas o adolecer de falta de claridad que hagan que las instrucciones de integración sean difíciles de utilizar por el consumidor medio”<sup>172</sup>. Esto implica que los problemas sustanciales de las instrucciones deben tratarse bajo el amparo del art. 115 quater TRLGDCU y 621-21y 621-72 CCCat.

Realizando una interpretación sistemática de los arts. 115 ter.1.c) TRLGDCU y del art. 621-20.2.d) CCCat con los arts. 115 quater TRLGDCU y 621-21y 621-72 CCCat, defendemos que las ex-

---

<sup>169</sup> La Propuesta de Directiva de 2015 relativa a determinados aspectos de los contratos de suministro de contenidos digitales, en su art. 6.c) afirmaba que los contenidos digitales debían suministrarse junto con las instrucciones y asistencia al consumidor “requeridas por el contrato”, en cambio, cuando se aprobó la Dir. 771, en el art. 8.1.c, se modificó haciendo referencia a las expectativas razonables del consumidor y no a lo requerido por el contrato. No sucedió esto en la Propuesta de directiva de 2015 relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa en línea y otras ventas a distancia de bienes, que siempre se remitió a las expectativas razonables del consumidor. El antiguo art. 621.22 CCCat también aludía a lo que razonablemente podía esperar el consumidor “d’acord amb el contracte”.

<sup>170</sup> En toda directiva los considerandos se están convirtiendo en útiles manuales de interpretación del texto, pero ni el TRLGDCU ni el CCCat los reconocen.

<sup>171</sup> STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 de la Directiva 770, *loc cit*, p. 148 (número marginal 77).

<sup>172</sup> En el mismo sentido Considerando 34 Dir. 771.

pectativas razonables del consumidor de los arts. 115 ter.1.c) TRLGDCU y del art. 621-20.2.d) CCCat se pueden extender a algunos defectos fundamentales de las instrucciones si hacen imposible y difícil usar dichas instrucciones. Por ejemplo, si las instrucciones son incomprensibles por estar escritas en otro idioma<sup>173</sup>. También es importante señalar que las expectativas del consumidor pueden extenderse a la forma en cómo se reciben las instrucciones; si conseguirlas supone un esfuerzo desproporcionado para el consumidor y usuario (por ejemplo, no se le entrega un enlace para descargarlas), estaríamos ante una falta de conformidad.

#### IV. Reflexión final

**103.** El análisis de los elementos de evaluación de las expectativas razonables del consumidor, permite advertir que no resulta nada fácil la comprensión de dichas expectativas. Estamos ante un elemento nuevo en nuestro ordenamiento que si buscamos sus orígenes lo hallamos en una cultura jurídica ajena a la nuestra como es el Common Law. Además, las pautas o elementos de evaluación están dispersos, son piezas sueltas y mal repartidas entre los criterios objetivos de conformidad. Y la importante fuente de interpretación que nos proporcionan los considerandos de las directivas del 2019 para determinar qué debe entenderse por “expectativas razonables del consumidor”, a nuestro legislador se le ha *olvidado* tenerlo presente o trasponerlo, aunque fuera en las listas de definiciones a las que nos tiene tan acostumbrados. Por tanto, al interpretar las expectativas razonables del consumidor nos pasa como a Dante a medio camino del viaje de la vida, nos encontramos ante un bosque oscuro, con el camino correcto perdido.

**104.** En todo caso, cabe realizar una última reflexión. Esta razonabilidad que acompaña a las expectativas del consumidor en el texto articulado tanto estatal como autonómico, ¿tiene algo que ver con el estándar de razonabilidad originario? Creo que no, o no del todo. La razonabilidad que acompaña a las expectativas del consumidor, amparadas por los elementos de evaluación, pretende evitar que las expectativas se construyan con deseos caprichosos de los consumidores o con esperanzas hipotéticas construidas por deseos personales. Estamos ante un concepto más cercano al ámbito económico que jurídico y en este marco, como insinúa STAUDENMAYER, las expectativas razonables del consumidor son una especie de “moving target”<sup>174</sup>, es decir, una evolución continua de las preferencias de los consumidores y usuarios que el empresario observa con detalle para adaptar sus productos a tales cambios de preferencias y mantener así su cuota de mercado.

---

<sup>173</sup> En este sentido, la SAP Barcelona 4 abril 2000 (Roj: SAP B 4294/2000 - ECLI:ES:APB:2000:4294) resuelve un curioso caso relativo a las instrucciones que acompañaban a un equipo informático. El comprador había adquirido un equipo informático que no pudo utilizar por carecer de las correspondientes instrucciones en castellano, por lo que solicitó la resolución del contrato. Pero la razón por la que se solicitaba la resolución no hacía referencia a los defectos intrínsecos del material adquirido que impidieran su uso o lo dificultaran grandemente, sino al hecho de que las instrucciones para su aprovechamiento venían redactadas en lengua inglesa. El Tribunal declara resuelto el contrato de compraventa pues “el sistema adquirido por el usuario, al no incorporar la traducción a una lengua oficial de todos los manuales necesarios para la instalación de los programas y para el manejo de los mismos, ha resultado inútil para el destino para el cual fue adquirido”.

<sup>174</sup> STAUDENMAYER, Comentario al art. 8 de la Directiva 770, *loc cit*, p. 141 (número marginal 45) y p. 151 (número marginal 97).