

PLAZO SUPLEMENTARIO PARA LA ENTREGA POR PARTE DEL EMPRESARIO VENDEDOR (ART. 66 BIS TR LGDCU)

Ángel Carrasco Perera

Director del Centro de Estudios de Consumo

Universidad de Castilla-La Mancha

Resumen: Este documento analiza la transposición al ordenamiento español del artículo 18 de la Directiva 83/2011 realizada por el artículo 66 bis de la LGDCU. Por primera vez en nuestro Derecho nacional, se ha incorporado una solución originariamente creada por el § 326 BGB en materia de remedio resolutorio en las ventas de consumo: el comprador (consumidor) ha de conceder al vendedor un plazo adicional (*Nachfrist*) para que éste cumpla la (originariamente incumplida) obligación de entrega, transcurrido el cual el comprador puede resolver.

Palabras clave: compraventa de consumo, obligación de entrega, plazo de entrega, entrega sucesiva, incumplimiento no esencial, remedios resolutorios, plazo adicional (*Nachfrist*), mora, resolución del contrato.

Title: Additional period of time for delivery by the seller (Art. 62 bis TRLGDCU)

Abstract: this paper analyses the transposition into the Spanish legal system of the article 18 Directive 83/2011, through article 66 bis of the Consumer Protection Act (LGDCU). For the first time Spanish national Law, a solution regarding contract termination remedies in consumer sales matters has been added, as previously set up by § 326 BGB (German Civil Code): the buyer (consumer) has to give an additional period of time (*Nachfrist*) to the seller to fulfil his obligation of delivery (originally unfulfilled), after which the buyer can terminate the contract.

Key words: consumer purchase, obligation of delivery, delivery period, consecutive delivery, non-essential breach, contract termination remedies, additional period of time (*Nachfrist*), delay, termination of the contract.

SUMARIO: 1. Presentación: *Nachfrist*, art. 18 Directiva 83/2011 y el Derecho español de obligaciones. 2. Pacto en contrario. 3. Plazo adicional y mora del

vendedor. 4. El art. 66 bis LCU en el sistema del Derecho español de contratos. 5. Valoración de la transposición española. 6. Exégesis parcial de la norma.

1. Presentación: *Nachfrist*, art. 18 Directiva 83/2011 y el Derecho español de obligaciones

Evitando una transposición general de la regla en el Código Civil- a diferencia del caso alemán, § 323 BGB- y, desde luego, eludiendo su generalización a otras modalidades de contratos o a otras compraventas distintas de las compras por consumidores, el art. 66 bis de la LGDCU ha realizado una transposición casi mimética del art. 18 de la Directiva 83/2011 y, por primera vez en nuestro Derecho nacional, ha incorporado una solución clásica, originariamente creada por el § 326 BGB (versión 1900), en materia de remedio resolutorio; el comprador (consumidor) ha de conceder al vendedor un plazo adicional (*Nachfrist*) para que éste cumpla la (originariamente incumplida) obligación de entrega, transcurrido el cual el comprador puede resolver, sin tener en cuenta otras consideraciones relativas a la culpa del deudor o a la esencialidad del plazo de cumplimiento¹.

El art. 66 bis LCU parte del presupuesto implícito de que el retraso en el cumplimiento de las obligaciones de entrega (y pago) no es ordinariamente un incumplimiento esencial del contrato. Por eso, el mecanismo del *Nachfrist* resolutorio deja de tener lugar cuando el plazo de entrega fuera esencial para el comprador, en los términos del párrafo segundo del apartado 2 del precepto.

El art. 66 bis LGDCU contiene una norma que *sólo tiene que ver* con el remedio resolutorio, no con otros remedios que pudieran corresponder al comprador por la falta de entrega temporánea. De momento está fuera de duda que el plazo adicional no es condición de posibilidad del ejercicio de otros remedios contractuales, como el cumplimiento específico o la indemnización por daños.

2. Pacto en contrario

Lo dispuesto en el apartado 1º procede "salvo que las partes acuerden otra cosa". Hay que precisar cuáles son los términos posibles de este pacto en contrario. Al respecto, hay dos opciones.

Primera, las partes pueden excluir convencionalmente no sólo el plazo legal de entrega del apartado 1, sino también las consecuencias derivadas de su inobservancia, en los apartados sucesivos de la norma. Segunda, el pacto en contrario se refiere en exclusiva al pacto que delimita el tiempo en que el vendedor ha de proceder a la entrega. Si nada se acuerda, el vendedor deberá

¹ Con carácter general sobre la técnica del *Nachfrist* y su tratamiento en otros cuerpos normativos, GONZÁLEZ CARRASCO, "Plazo adicional e incumplimiento definitivo: un atisbo de modernización del Derecho de obligaciones en la Directiva 2011/83/UE, sobre los derechos de los consumidores", en CARRASCO PERERA (dir.), *Tratado de la Compraventa. Homenaje a Rodrigo Bercovitz*, 2014, págs. 1275 sigts.

cumplir sin demora indebida y en un plazo máximo de 30 días naturales a contar desde la celebración del contrato.

Sin duda, la segunda interpretación es preferible, entre otras cosas porque parece claro que los apartados 3 y 4 del precepto (al menos) no pueden ser excluidos por acuerdo de las partes, aunque no se contuviera el acuerdo (en contrario) en condiciones generales. Es una consecuencia de la nulidad general de las renunciaciones de derechos *específicamente consumeristas*, conforme al art. 10 LGDCU.

Los contratantes pueden, en consecuencia, acordar que el vendedor entregará antes del pago por el comprador en un plazo determinado (incluso superior a 30 días) o que la entrega se hará en un plazo determinado a partir del pago. Repárese que el precepto comentado no presupone que el comprador ha pagado anticipadamente.

3. Plazo adicional y mora del vendedor

El precepto no es una norma que tenga por objeto fijar el momento a partir del cual el vendedor se encuentra en situación de incumplimiento o cuándo se encuentra en situación de *mora debitoris* del art. 1100 CC. El objeto de la norma es regular cómo procederá el remedio resolutorio del comprador. La mora se produce en las condiciones del art. 1100 CC. Si el vendedor debe ser el primero en cumplir, estará en mora cuando es intimado para el pago, no cuando transcurren los 30 días del art. 62 bis 1 ni cuando la demora empieza a ser "indebida"; si el comprador pagó el primero porque así se convino, el vendedor estará igualmente en mora cuando es intimado para el pago. No es preciso esperar 30 días ni tampoco se precisa conceder un plazo adicional de cumplimiento. En consecuencia, el comprador puede situar al vendedor en mora conforme al Derecho común, sin necesidad de que se den las condiciones del apartado 1 del art. 62 bis. Y tampoco la producción de estas condiciones comporta sin más la situación de mora del vendedor, que seguirá determinándose por el art. 1100 CC.

Supuesto que deudor y acreedor tuvieran que cumplir simultáneamente (vgr. pago contra entrega), el vendedor no estaría en mora aunque no hubiera cumplido el deber de entrega, incluso si el comprador le intimara a ello o le concediera un plazo suplementario para cumplir o aunque hubieran transcurrido los plazos del apartado 1 del art. 62 bis. No estaría por ello en mora por el simple hecho de que el vendedor se encontrara en "demora excesiva".

Con todo, puede ocurrir que hayan transcurrido 30 días y que siga sin producirse la mora, por no haberse tenido lugar alguna de las contingencias previstas en el art. 1100 CC, Ahora bien, lo que ya no puede ocurrir es que el comprador conceda al vendedor el plazo suplementario del apartado 2 y el vendedor no entre en situación de mora. En otros términos, el plazo suplementario *vale como intimación para la mora*, siempre que la deuda del vendedor estuviera ya vencida. En consecuencia, aunque el vendedor puede no hallarse técnicamente en mora cuando transcurre el plazo del apartado 1, estará en mora cuando transcurra el plazo suplementario adecuado que se le

conceda, porque a tales efectos dicho plazo actúa como si fuese la intimación del art. 1100 CC.

Claro es que el vendedor no puede encontrarse en mora si es el comprador el que se halla por su parte en *mora creditoris* o incluso en *mora debitoris*, si el pago tenía que haberse hecho anticipadamente. Si tal es el caso, y el comprador se encuentra en una situación prevalente de incumplimiento de forma tal que no puede producirse la situación de mora del vendedor, tampoco podrá el comprador resolver el contrato cuando haya transcurrido el plazo suplementario adecuado. Porque la resolución a que se refiere el apartado 2 exige que concurran en el acreedor el resto de las condiciones exigidas por el Derecho común de la resolución y, singularmente, que el propio comprador no se encuentre en situación de incumplimiento prevalente.

4. El art. 66 bis LCU en el sistema del Derecho español de contratos

A diferencia de lo que ocurre con los §§ 281 y 323 BGB, que disponían de reglas originales generales relativas al *Nachfrist*, las cuales apenas han tenido que ser alteradas por la transposición del art. 18 de la Directiva 83/2011, España no disponía de reglas equivalentes en su sistema jurídico, ni había reformado su Código Civil para generalizar la experiencia aportada por los arts. 47.1, 49. 1 b), 63.1 y 64.1 b) de la Convención NU sobre compraventa internacional de mercancías, donde la técnica del *Nachfrist* había sido incorporada. De hecho, a pesar de su prolongada vigencia en el sistema español, la Convención de NU no ha tenido impacto en el desarrollo judicial de nuestro sistema jurídico interno en materia de remedios contractuales.

El Derecho español ha perdido también ahora la posibilidad de incorporar en el Código Civil una regla general – y sus correspondientes excepciones- de *Nachfrist* como condición necesaria para que el acreedor pueda reclamar la resolución del contrato o la *Schadenersatz statt der Leistung*. En lugar de eso, el legislador ha traspuesto la norma europea como una regla especial, válida para un caso marginal de incumplimiento, y aislada en el contexto de una ley especial relativa a la protección de los consumidores.

Con todo, el esquema del *Nachfrist* formaba parte necesariamente del sistema implícito español contractual en aquellas hipótesis en las que el deudor podía negarse al cumplimiento entre tanto la contraparte estuviera en un estado de incertidumbre del que sólo se pudiera salir prestando una garantía, como es el caso de los arts. 1467 y 1502 CC. Es evidente que la situación no puede quedarse indefinidamente en un estado interino. Si el afectado no presta la garantía correspondiente, la opción de la contraparte no es seguir negándose a cumplir su contraprestación, sino la de resolver. Pero para ello será preciso que esta parte haya concedido al deudor un plazo dentro del cual prestar la garantía correspondiente, pasado el cual el acreedor pueda resolver. Es cierto, sin embargo, que el transcurso del plazo no “consagra” de manera definitiva el derecho de resolución, porque la resolución puede estar mal hecha (porque no existen las causas de incumplimiento temido a que se refieren estos preceptos), y no se sanará por el solo hecho de que el deudor haya dejado transcurrir el plazo sin aportar la garantía requerida. Esto no es, sin embargo, nada singular.

También en el art. 62 bis TRLGDCU la resolución será improcedente, aunque haya transcurrido el plazo suplementario, si el vendedor no había incumplido.

El art. 66 bis de la LGDCU transpone casi textualmente el tenor de la Directiva y corresponde con contenido actual del § 323 BGB, pero con una tripe restricción de alcance frente a la norma alemana. Primero, la norma española vale exclusivamente como norma relativa al contrato de compraventa. Segundo, sólo rige en la contratación con consumidores. Tercero, únicamente se refiere al incumplimiento consistente en la falta absoluta de entrega. No existe regulación propia para los supuestos de incumplimiento parcial, ni para las hipótesis de cumplimiento no conforme, ni, finalmente, para los casos de incumplimiento de obligaciones accesorias o secundarias. Ni siquiera se permite generalizar la regla a la contraprestación (pago) debida por el comprador, y no resulta fácil decidir si también el vendedor deberá conceder un plazo suplementario adecuado para resolver el contrato de compraventa.

La regla incorporada en el art. 66 bis 2 no sólo está restringida en su supuesto de hecho, sino que, lo que es más grave, aparentemente no tiene una conexión sistemática ni una congruencia de sentido con el resto de soluciones vigentes en el sistema normativo español del incumplimiento contractual. Veámoslo:

(a) En el supuesto de entrega de cosa no conforme en la compraventa al consumo, el art. 119 del LGDCU no articula un régimen de *Nachfrist* previo a la resolución contractual total o parcial (rebaja del precio). El tránsito de la reparación / sustitución a la resolución del contrato no depende del transcurso infructuoso de un plazo adicional concedido por el comprador. Tampoco tiene lugar el salto a la resolución sólo cuando para la reparación / sustitución existiera un plazo de naturaleza esencial ni cuando el vendedor rechaza directamente la reparación / sustitución, ni cuando el fracaso de la reparación / sustitución producen una frustración total del contrato. Según el art. 121 TRLGDCU la posibilidad de resolver se produce cuando la reparación / sustitución no se hubieren llevado a cabo en un plazo razonable, y éste es un plazo razonable que debe transcurrir después de que la obligación de saneamiento haya nacido, no un plazo razonable nuevo suplementario que el comprador intimara cuando el vendedor hubiera desatendido el deber de sanear en cualquiera de sus dos formas.

No deja de ser significativo y algo paradójico que en Derecho positivo español se haya introducido esta doble especie del *creditor's right to cure* en dos supuestos normativos específicos de la compraventa al consumo. Esta circunstancia revela bien el descuadre sistemático y valorativo a que está sujeto el Derecho español legislado. Es como si una normativa, que se presenta, o debería presentarse, *prima facie* como protectora de los consumidores como clase y privilegiando sus opciones contractuales frente al Derecho común, se hubiera aprestado a conceder al vendedor profesional unas ventajosas opciones, desconocidas en el Derecho común, con objeto de *neutralizar el ejercicio oportunista de la facultad resolutoria del comprador consumidor*, cuando una realidad de tal clase es mucho menos probable en la compraventa mobiliaria al consumo que en la compraventa entre empresarios.

- (b) El art. 66 bis ni siquiera tiene congruencia interna con los arts. 109 y 110 de la LGDCU. Es decir, aquello que podía ser imaginado como contenido más importante de la primera regla (vgr. las ventas a distancia), de hecho está excluido de la misma. Repárese cómo los remedios dispuestos en el art. 110 son inconsistentes con la regla general. En primer lugar, se incorpora una subregla especial – que también podría haberse incorporado al precepto general sobre la falta de entrega por inexistencia de disponibilidad actual del bien o servicio. En segundo lugar, el retraso injustificado se independiza plenamente del modelo de *Nachfrist* del art. 66 bis, así como también la legitimación para resolver el contrato.
- (c) A diferencia de lo que ocurre con el § 323 BGB, la “insignificancia” del incumplimiento es el límite a toda forma de resolución. No cabe la resolución en supuestos de falta de conformidad en la venta al consumo cuando el defecto sea de “escasa importancia”. No existen otras condiciones adicionales, siempre que la reparación / sustitución no se han realizado en un plazo razonable. Por tanto, sin necesidad, propiamente, de conceder una segunda oportunidad mediante un nuevo plazo, el incumplimiento se precipita directamente a la resolución contractual sin más límite que el de la “escasa importancia” del incumplimiento, sin exigirse que el deudor haya repudiado el cumplimiento, que el plazo de saneamiento fuera esencial, que la falta de cumplimiento de los deberes de saneamiento haya producido una frustración definitiva del interés contractual del comprador. Repárese, entonces, que no existe propiamente un orden o rango entre la rebaja de precio (= resolución parcial) y la resolución total, siempre que el defecto de conformidad no sea “insignificante”. Una vez que el defecto de conformidad alcanza este umbral, procede a elección del comprador la resolución parcial (rebaja) o la total, sin importar que el defecto no-insignificante haya conducido o no a una frustración total del interés contractual del acreedor.
- (d) ¿Pero podría en España legitimarse al vendedor para resolver, si aquél hubiera concedido un *Nachfrist*, cuando este plazo suplementario ha transcurrido sin cumplimiento del deudor y *sin embargo* el incumplimiento sigue siendo “de escasa importancia”? En rigor, el problema no se plantea entre nosotros. Primero, porque en el Derecho interno español, como se ha dicho, no existe una regla general de *Nachfrist+resolución*, fuera del supuesto del art. 62 bis. Segundo, porque en el incumplimiento de la obligación de entrega a que se refiere esta norma no puede plantearse el caso de que el incumplimiento sea “mínimo” o de “escasa importancia”, porque la entrega o no entrega es un acontecimiento indivisible. La no entrega, seguido del *Nachfrist*, nunca dará lugar a una situación en que el incumplimiento sea reputado de “escasa importancia”. Ahora bien, fuera de la hipótesis del art. 66 bis, la restricción de la “escasa importancia” que impone el TR LGDCU expresa la solución general española. Es decir, si, en un incumplimiento distinto del previsto en el art. 66 bis LGDCU, ha existido incumplimiento, más *Nachfrist*, más transcurso inaprovechado del nuevo el plazo, *sigue sin ser posible la resolución*, cuando el incumplimiento sea de “escasa importancia”.

- (e) El régimen del art. 66 bis LGDCU no se acomoda con el régimen general de la resolución de la compraventa inmobiliaria del art. 1504 CC. Repárese que en este precepto no sólo la llegada del plazo – ni siquiera si es un plazo de esencia- no fundamenta la resolución, sino que tampoco lo hace el transcurso infructuoso de un plazo suplementario concedido por el vendedor. El comprador puede cumplir siempre, en tanto en cuanto el vendedor no resuelva notarialmente o por medio de demanda. Técnicamente, en el art. 1504 el vendedor no requiere de cumplimiento al comprador en un plazo suplementario. De hecho, si siquiera ha de concederle tal plazo – aunque es muy común en la praxis-, bastando que notifique la resolución, transcurrido sin más el plazo, mediante un requerimiento notarial o una demanda judicial. En tal caso, el comprador ya no dispone de una segunda oportunidad para cumplir.
- (f) Es cierto que la jurisprudencia civil ha mitigado el rigor *contra debitoris* que se contiene en el art. 1504 CC. Lo ha hecho mediante la exigencia de que el incumplimiento del deudor reúna los requisitos generales de todo incumplimiento resolutorio conforme a la regla fundamental contenida en el art. 1124 CC. A saber, debe tratarse de un “incumplimiento esencial” o un “incumplimiento de una obligación principal”, o un “incumplimiento sustancial”. Sin desarrollar este punto, ni explicar ahora qué ha entendido la jurisprudencia por un incumplimiento de esta clase, lo cierto es que nunca se ha sostenido expresamente que el incumplimiento de una obligación principal + *Nachfrist* infructuoso sea equivalente o sea una exigencia para que un incumplimiento se califique como esencial. Con todo, en la práctica muchas veces ocurre así. Sólo ante un rechazo continuado del deudor a cumplir en sucesivos requerimientos realizados por el acreedor puede el Tribunal llegar a la conclusión infalible de que el deudor está repudiando el cumplimiento. En otros términos, en la praxis española es más común que el transcurso infructuoso del *Nachfrist* conduzca a la resolución como una constatación de que el deudor repudia cumplir (y esta repudiación basta para que proceda la resolución), que el transcurso infructuoso del *Nachfrist* conduzca a la resolución *sin más* ni que con este simple transcurso de tiempo se satisfagan las condiciones de la resolución porque aquél acredite que el incumplimiento (doblemente negado) ha devenido *esencial*.
- (g) La regla fundamental del incumplimiento contractual resolutorio es el art. 1124 CC. En rigor, el CC no establece ningún presupuesto material ni ninguna especial cualificación del incumplimiento para que la resolución contractual proceda. Esta “neutralidad” textual entre resolución y acción de cumplimiento no procede de una decisión de política legislativa de nuestro Código, sino que es un arrastre del tratamiento que el CC hace del remedio resolutorio como una *condición resolutoria*. Con todo, nuestra jurisprudencia no ha prestado atención a esta consideración textual y ha subordinado históricamente la procedencia del remedio resolutorio a una de estas tres condiciones. Primera, si el deudor se encuentra en una situación de “voluntad rebelde al cumplimiento”, esto es, si antes o después de incurrir en mora, el deudor ha repudiado el contrato expresamente o por hechos concluyentes o de otra forma se acredita que no puede ni podrá cumplir (cfr.

STS 20 julio 2011). Segunda, si por una razón u otra el cumplimiento esperado ha sido afectado por un “hecho obstativo” que impedirá su consumación. Tercera, si el incumplimiento es esencial, expresión que no sólo viene referida al tipo de obligación incumplida (obligación “principal” se dice a veces), sino a la transcendencia que el incumplimiento produzca en el interés que el acreedor podía legítimamente esperar; esto es, cuando el incumplimiento frustra el interés del acreedor en la subsistencia del contrato, que bien puede tener su origen, igualmente, en que el plazo de cumplimiento fuera de naturaleza esencial². Nuestra jurisprudencia nunca ha sostenido explícitamente que la esencialidad del incumplimiento se haga depender del transcurso infructuoso de un *Nachfrist*, ni que la concesión de un plazo suplementario, que transcurre infructuosamente, permita al acreedor resolver el contrato *sin más*. La resolución contractual del art. 1124 CC no requiere culpa del deudor³.

- (h) Después de que la STS 7 mayo 2014 declarase como doctrina legal que los compradores podían reclamar directamente a la aseguradora, llegada la fecha de la entrega, con independencia de si habían pedido o podido pedir (por tratarse de un “mero retraso”) la resolución contra el vendedor que no entregó la vivienda en plazo, la STS 20 enero 2015 cierra el círculo con una resolución de Pleno según la cual también se puede pedir la resolución frente al vendedor por el mero retraso, sin importar si se trata o no de un retraso esencial, bastando que no entregue en la fecha señalada. La cosa llega hasta tal punto en que la resolución también procede siempre que la declaración de resolución haya tenido lugar antes de que el vendedor ponga la vivienda a disposición de los compradores, aunque de hecho esta puesta a disposición se haya producido antes de que se interponga la demanda resolutoria. Para que tampoco la aseguradora se escapara indemne, la Sala la condena, aunque de hecho había caducado ya la fecha del aval-seguro, pues no se admite la aposición de fechas de validez que no se correspondan con la fecha estipulada de entrega de la vivienda (“prolongando imperativamente las garantías a favor del comprador hasta la expedición de la cédula de habitabilidad y la efectiva entrega de la vivienda”). Se rechaza finalmente que exista abuso de derecho de los compradores.
- (i) El régimen del *Nachfrist*, en la medida en que es reconocido en la Convenio de las NU y el art. 66 bis LGDCU, tampoco tiene ninguna conexión de sentido con el régimen de la mora. En las obligaciones sinalagmáticas de cumplimiento simultáneo, el cumplimiento de una de las partes sitúa inmediatamente a la otra en situación de mora (art. 1100 in fine CC), mientras que en las sinalagmáticas de cumplimiento no simultáneo parece

² La terminología y matices no son totalmente precisos. Cfr la STS 5 abril 2006, que apela al art. 25 de la Convención de NU para integrar el concepto de incumplimiento resolutorio del art. 1124 CC. La noción de incumplimiento esencial se utiliza por primera vez en la STS 4 octubre 1998, RJ 5227. La pretendida distinción entre incumplimiento prestacional e incumplimiento esencial (insatisfactivo del interés del acreedor), que propone, sin necesidad, la STS 18 noviembre 2013, RJ 2014/2233, carece de consistencia.

³ STS 24 septiembre 2013, RJ 7432.

que sigue resultando precisa la intimación hecha por el acreedor. Más en cualquier caso, ni se ha sostenido nunca expresamente por el TS que sea preciso constituir en mora al deudor antes de que el acreedor pueda resolver, ni tampoco la simple constitución en mora oficia en realidad como un presupuesto necesario para la resolución⁴.

- (j) Con todo, nuestro Derecho común si conoce desde su formación una especie de *Nachfrist* de naturaleza potestativa judicial en el art. 1124 III. Según el precepto, demandada la resolución por el acreedor, todavía puede el juez conceder al deudor un plazo suplementario de cumplimiento, un "término de gracia" que, sin embargo, no es posible en la contratación mercantil (art. 61 CCom). No está claro (cfr. STS 22 abril 2010) en qué medida esta potestad sigue estando abierta cuando el acreedor ya concedió un plazo suplementario de cumplimiento antes de demandar judicialmente la resolución. En mi opinión, sin perjuicio de que el transcurso infructuoso de dicho plazo ya revelara la falta de voluntad o la imposibilidad de cumplimiento del deudor, el transcurso del plazo prejudicial no impide que el juez haga uso discrecionalmente de este término de gracia que le concede la norma. Lo mismo ocurre en el art. 10.de la Ley 28/1998.
- (k) En la compraventa de bienes muebles, distinta de la compraventa al consumo, tanto si es civil como mercantil, el remedio resolutorio español ha funcionado históricamente sin recurso a la técnica del *Nachfrist*. Si el comprador no se presenta a recoger la cosa o no ofrece inmediatamente el precio, el vendedor, civil o mercantil, pueden resolver automáticamente. Igualmente ocurre en la compraventa mercantil si el vendedor no ofrece la entrega en el plazo previsto (arts. 1505 CC y 329 CCom). Quizá se suponga por el legislador que en contratos de esta clase el plazo es siempre esencial, de forma que se viniera a corresponder con una de las excepciones a la exigencia de *Nachfrist* que también el art. 66 bis 2 de la LGDCU consagra. Pero esta suposición no se sostiene, o no se sostiene en todo caso. Reparemos que en el supuesto del art. 1505 CC el vendedor no es necesariamente un consumidor y que el comprador del art. 329 CC puede adquirir para su consumo empresarial, donde no hay que presumir necesariamente la esencialidad de plazo, porque no todos los contratos de compraventa mercantil son *just in time*.
- (l) En el contrato de obra inmobiliaria no existe ninguna disposición legal relativa al remedio resolutorio, por lo que procedería la aplicación de la regla general del art. 1124 CC. Pero de hecho no procede en la práctica, sin que tal afirmación se haga nunca expresamente por los tribunales ni, mucho menos, se justifique. El principio latente que funciona es que el comitente no tiene recurso a la resolución cuando la obra ya se encuentra en avanzada fase de cumplimiento, y menos aun cuando la obra ya ha sido entregada, aunque con defectos. El comitente, en tales condiciones, *ya no puede perder jurídicamente interés* en la subsistencia del contrato, y tiene que recurrir a

⁴ Con más referencias, GONZÁLEZ PACANOWSKA, coment. art. 1124, en BERCOVITZ (dir.) *Comentarios al Código Civil*, VI, edit. Tirant, 2013, pag. 8220.

la acción de cumplimiento correcto, en tanto éste sea aún posible y el contratista no haya repudiado definitivamente el contrato⁵.

(m) Hasta hace poco tiempo no estaba resuelto en la jurisprudencia si los contratantes podían evitar la exigencia de sustancialidad del incumplimiento para que el acreedor pudiera reclamar la resolución. En rigor, constituye una grave contradicción valorativa establecer sucesivas condiciones materiales para que la resolución sea legítima y al mismo tiempo permitir que se institucionalice como cláusula de estilo una condición resolutoria explícita consistente en el incumplimiento (no especialmente cualificado) del deudor⁶. Pero, inconsistentemente, la praxis judicial última del TS ha evolucionado en esta dirección, no sólo aceptando la validez de cláusulas convencionales de resolución por "incumplimientos no graves"⁷, sino, más llanamente, dando por buenas condiciones resolutorias pactadas de simple incumplimiento, en la consideración de que la exigencia de esencialidad o sustancialidad queda a la libre determinación de las partes⁸.

(n) Finalmente, en otras aisladas aplicaciones del remedio resolutorio, en gran medida incongruentes con las reglas generales, rigen otros criterios. Así, en la compraventa a plazos de bienes muebles, el vendedor no puede resolver el contrato salvo que se hayan incumplido dos plazos, aparentemente sin necesidad de conceder un plazo suplementario (art. 11 Ley 28/1998). En el arrendamiento de cosas, el TS ha sostenido que el arrendador puede proceder a la resolución y desahucio con el simple impago de una mensualidad de renta⁹. Y en el contrato de hipoteca, el acreedor no puede proceder al vencimiento anticipado del contrato si no se han incumplido al menos tres plazos de pago (art. 693 LEC). Tampoco en ellas parece desempeñar ninguna función el transcurso de plazos suplementarios concedidos por el acreedor.

5. Valoración de la transposición española

Vamos a analizar a continuación la norma contenida en el art. 66 bis LGDCU desde el punto de vista político legislativo, sin proceder a un análisis de su contenido en los términos de una interpretación jurídica clásica. En la medida en que la norma española no diverge de la Directiva en este punto, no tiene mucho sentido realizar un esfuerzo de interpretación, que nunca sería genuinamente de Derecho español.

El precepto no reduce su ámbito a una modalidad específica de compraventa o de contrato, como sí hace con el derecho de desistimiento. Pero la norma sí

⁵ CARRASCO, *Derecho de Contratos*, pag. 1129.

⁶ CARRASCO, *Derecho de Contratos*, págs. 1111, 1124 s.

⁷ STS 16 mayo 2012.

⁸ Cfr. SSTS 8 noviembre 2012 (CCJC 93 comentario de BUSTOS) y 29 noviembre 2012 (CCJC 93, comentario de VAQUERO).

⁹ SSTS 24 julio 2008, RJ 4625, y 26 marzo 2009, RJ 1750.

restringe su aplicación a contratos de compraventa. En cualquier caso, presupone que se trata de un negocio en el que no existe consumación bilateral inmediata, como ocurre en la mayor parte de los casos de negocios de compra en establecimiento mercantil. Por tanto, o se trata de una compraventa a distancia, o de una compraventa realizada fuera de establecimiento mercantil o en establecimiento mercantil cuando, por la razón que fuere (envergadura del bien adquirido, falta de disponibilidad actual del mismo en el stock del vendedor, etc), la entrega se realiza posteriormente a la perfección del contrato *in situ*. La norma tampoco presupone si el comprador ha pagado o no por adelantado, aunque el apartado 3 parece dar por supuesto que el consumidor ya ha realizado un pago total o parcial.

A diferencia de la Directiva, arts. 3.3 e) y 17.1, que excluyen de su ámbito los bienes inmuebles, el art. 66 bis 2 no encuentra ninguna restricción a este respecto. De hecho, tampoco operan las otras exclusiones previstas en el art. 17.1 de la Directiva, porque no están incorporadas en el TR español, ni con carácter general ni en Libro II que contiene la regulación de contratos. Con todo, esta interpretación creo que resulta de los términos en que formula el deber de entrega el apartado 1 de la norma. En la compraventa inmobiliaria no se puede hablar correctamente de "posesión material o control", porque la entrega al consumidor deberá tener lugar conforme al art. 1462 II CC mediante el otorgamiento de la escritura de compraventa. Ni tampoco tiene sentido establecer en la compraventa inmobiliaria un plazo residual de 30 días como "margen de tolerancia", porque este plazo no será normalmente adecuado en las compraventas inmobiliarias, en las que socialmente se estima tolerable una dilación más larga, dados los altos costes de anticipación de todas las contingencias que pueden surgir a lo largo del proceso constructivo. Con todo, una vez hecha esta primera aclaración, también estimo que la técnica del *Nachfrist* del apartado 2 tiene que ser aplicada a la compraventa inmobiliaria, siquiera por analogía, y esta vez en defensa principal del vendedor. Precisamente por la esencial falta de fronteras precisas que haya de tener el "colchón de tolerancia" en este tipo de ventas, y porque un retraso de meses puede seguir siendo justificado a tenor de las circunstancias, es por lo que se produce en el límite un margen de incertidumbre tan extremo que, como muestra la última y poco encomiable jurisprudencia del TS, puede darse el caso no raro de que el comprador utilice la facultad de resolución para salirse de una compraventa que las circunstancias de mercado han acabado haciendo ruinoso para el comprador¹⁰.

La misma aplicación, siquiera analógica, habrá que hacer del apartado 3 del precepto comentado. Obsérvese que, al rechazar la aplicación directa de esta norma a la compraventa inmobiliaria, sostenemos que el comprador puede resolver el contrato por otras razones adicionales al transcurso del *Nachfrist* y distintas de las excepciones singulares previstas en el apartado 2. Pero si la "esencialidad" del incumplimiento se ha provocado por el empleo de la técnica de la concesión de plazo suplementario, y este plazo nuevo es "adecuado", el

¹⁰ Cfr., entre otras, SSTS 3 julio 2013 y 13 noviembre 2013.

transcurso infructuoso del mismo conduce a la penalización del duplo que impone el apartado 3, aunque no se hubieran pactado arras penitenciales.

¿Por qué no podrá el consumidor simplemente comunicar su decisión de resolver si la cosa no ha llegado a su poder en la fecha pactada o dentro de un "plazo razonable" (lo son los 30 días del apartado 1 de la norma comentada) a contar desde la fecha pactada o, si no se acordó ninguna, desde la perfección del contrato? Que la opción por el "plazo razonable", sin necesidad de *Nachfrist*, no es una opción inconsistente se revela en que es la que ha elegido el art. 121 TRLGDCU para abrir la posibilidad de resolución en supuesto de falta de conformidad. Repárese que la regla contenida en el apartado 2 del art. 66 bis es *al mismo tiempo* una regla restrictiva de derechos del consumidor, porque la interpretación más correcta del precepto es la de que el comprador sólo puede resolver en las circunstancias (regla y excepción) previstas en la norma, pero no puede resolver por otras circunstancias distintas que hicieran que el incumplimiento fuera esencial. Bien es verdad que es difícil imaginar que un incumplimiento del deber de entrega – distinto del deber de saneamiento– pueda ser esencial por una circunstancia distinta de la falta de cumplimiento en plazo. Con todo, no puede descartarse que también aquí la realidad pueda superar a veces a la ficción, y procurarnos ejemplos de incumplimiento esencial de la entrega por razón distinta de la esencialidad del plazo.

En rigor, la *opción de la Directiva y de la ley española en el art. 66 bis 2 carece de justificación* cuando, como es el caso mayoritario, la compraventa versa sobre *commodities* altamente fungibles, como son por lo ordinario los objetos que se venden al consumo en la venta mobiliaria. "Emplazar" mediante la concesión de un plazo adicional comporta un coste adicional para el consumidor, así como comunicar a la contraparte si en la expectativa del consumidor el tiempo de entrega es o será esencial. También actúa el consumidor a su propio riesgo si el plazo adicional que concede no es "adecuado a las circunstancias". O por lo menos, este factor ya pone en las manos del vendedor nuevos argumentos o excusas para que el comprador no pueda desasirse del contrato. El art. 66 bis *engancha al consumidor* a un contrato, por demás ya incumplido. Y, sin embargo, no ahorra ningún coste al empresario, porque en un mercado de *commodities* el vendedor profesional siempre puede enajenar a otro adquirente el bien que constituyó el objeto del primer contrato. Y es precisamente por la ausencia de costes especiales de *diseño individual* del producto por lo que carece de sentido dar al vendedor una segunda oportunidad expresa, singularmente cuando la entrega ya se ha dilatado más allá de un tiempo razonable.

La norma sólo tendría sentido cuando la resolución sin previo aviso y sin segunda oportunidad comportara que el vendedor no pudiera amortizar los costes invertidos en el diseño individual del producto¹¹ o que, por las circunstancias del caso, se tratara de un mercado, como el de inmuebles (incluso de primera mano) con un espectro más escaso y menos homogéneo del

¹¹ El confuso Considerando (52) de la Directiva parece querer explicar el fundamento de la regla precisamente por esa razón, que exige tener en consideración los intereses del fabricante.

lado de la demanda. Pero la norma no se aplica a la compraventa inmobiliaria, y por otro lado constituye un supuesto apenas marginal el de productos de consumo fabricados *on demand* y a la medida de un consumidor.

Una norma como la comentada tampoco está justificada porque *favorezca* la recuperación por el consumidor de las cantidades eventuales adelantadas al empresario. El problema, que es un grave problema en las transacciones al consumo de todos los días, es en gran parte un problema *de hecho*, no de derecho. El vendedor se resiste y resistirá de igual forma a devolver el precio, tanto si se le ha dado como si no un plazo adicional. En este último caso le basta con objetar que el plazo impuesto no era "adecuado" o que – será lo más común- la declaración del consumidor no llegó a destino. Para recuperar el dinero *venditore non volenti* tendrá el consumidor que acudir a juicio o arbitraje de consumo, y para este caso ya estará fuera de duda que el retraso será inequívocamente sustancial si el vendedor sigue sin haber entregado la cosa o sin haber devuelto el precio.

La norma, con todo, mantiene una utilidad, aunque no es seguro que fuera tal el propósito determinante de su inclusión en la Directiva. Sirve para eliminar incertidumbres del tipo siguiente. Si hubiera ya transcurrido un plazo más que razonable sin entrega, y el comprador comunicara directamente la resolución, se podría presentar el caso de que, en respuesta inmediata, el vendedor rearguyera que está dispuesto a cumplir *ipso facto*, que la tardanza se debió a esta o aquella razón más o menos enjundiosa, real o fingida. El consumidor quedaría ordinariamente situado ante un *impasse*, y no sería imposible que su demanda posterior fuera declarada abusiva, por no haber tomado en consideración las circunstancias alegadas por el vendedor, su irrecusable buena voluntad para cumplir o, lo que es más grave, el hecho mismo de que después de aquél cruce de declaraciones, el vendedor hubiera de hecho puesto la mercancía a disposición inmediata y directa del comprador. El transcurso infructuoso del plazo adicional eliminará, si no todos, sí la mayor parte de los escenarios equívocos en los que el acreedor pueda todavía ser enfrentado a las exigencias de buena fe contrarias a una terminación del contrato.

6. Exégesis parcial de la norma

Los 30 días del apartado 1 constituyen el plazo máximo para que el consumidor acceda a la disponibilidad o control material. Si antes de los treinta días el vendedor se ha limitado a entregar el bien al transportista (independiente o un medio propio del fabricante), no se entiende con ello cumplido el deber de entrega. Pero sí cuando el producto ha sido depositado en una oficina de correos y antes de los treinta días el consumidor ha sido avisado de la posibilidad de recogerlo.

Si se dan las circunstancias que hacen innecesaria la fijación de un plazo suplementario conforme al art. 66 bis 2, el comprador no tiene que realizar ninguna conducta suplementaria antes de la resolución. No debe, por ejemplo, poner en mora al vendedor (que, por demás, ya se hallará ordinariamente en mora conforme al art. 1100 CC) ni tiene que hacerle una intimación final para el cumplimiento.

De hecho, ni siquiera es preciso que el comprador expresamente amenace con la resolución si transcurre infructuosamente el plazo.

Si se trata de entregas sucesivas, y una de las entregas no se produce, el precepto no aclara la cuestión de si el comprador puede resolver enteramente o sólo por la parte no cumplida. Hay que remitirse al régimen común de la resolución contractual, de forma que la resolución total será posible cuando el incumplimiento parcial conduzca a una insatisfacción del total interés de cumplimiento.

El precepto no se aplica a los incumplimientos de obligaciones accesorias distintas de la obligación fundamental de entrega. Tales incumplimientos deberán ser tratados como incumplimientos parciales y considerados a la luz del régimen general de resolución por incumplimiento.

A efectos de prescripción del art. 1973 CC, deberá entenderse que la fijación de plazo suplementario comporta la interrupción extrajudicial del plazo de prescripción.

La resolución no se produce automáticamente, es precisa una declaración del comprador. Por ello, el vendedor puede todavía cumplir (iy debe cumplir!) a pesar del transcurso del plazo adicional de cumplimiento. Pero el vendedor tiene derecho, transcurrido el plazo, a demandar al comprador si va a ejercitar efectivamente la resolución. Si el comprador no responde, el vendedor puede todavía cumplir, aunque la entrega llegara al ámbito de disponibilidad del comprador después de que la declaración de resolución hubiera sido emitida. También la buena fe puede exigir que si el vendedor hace, transcurrido el plazo, una oferta seria de cumplimiento, y el comprador todavía no ha resuelto, éste deba aceptar la oferta.

No existe plazo para el ejercicio de la declaración de resolución. Pero, desde luego, no puede valer el largo plazo del art. 1964 CC. De hecho, no hay que proponer ningún plazo residual, pero exigir que el comprador resuelva en un tiempo "adecuado", a riesgo de perder la opción como consecuencia de un "retraso desleal" en el ejercicio del derecho.

El comprador puede revocar el plazo adicional y puede, a pesar de haber transcurrido éste, conceder aún un plazo suplementario adicional. Si, transcurrido el plazo, el deudor sigue sin cumplir, y el comprador reclama una vez más el cumplimiento, éste deberá producirse en un tiempo adecuado a las circunstancias. Fallido también este plazo residual, el comprador no tiene que conceder una vez más el plazo del art. 66 bis, y puede resolver.

Para que la fijación de plazo adicional sea eficaz, será necesario que el deber de cumplimiento del vendedor haya vencido. Un plazo adicional concedido antes de que la deuda esté vencida no sería eficaz.

Como la solución está admitida en nuestro Derecho para casos parecidos (cfr. art. 1504 CC), es válida la declaración por la que el comprador concede al vendedor un plazo adicional (adecuado) y en esta misma declaración anticipa su voluntad resolutoria cuando haya transcurrido el plazo. Aunque la expresión

legal del apartado 2 I del art. 66 bis no es clara al respecto, no es razonable exigirle al consumidor que consuma recursos en dos declaraciones sucesivas.

El plazo suplementario debe ser adecuado a las circunstancias. Si el plazo es inadecuado (por lo corto), se abre la opción de considerar esta declaración como no producida – en cuyo caso debería ser reiterada para que pudiera producir el efecto legal- o se impondría residualmente un plazo legal adecuado, y sólo transcurrido éste sería válida la declaración de resolución. La solución no puede ser única y depende de las circunstancias. En especial, depende de si el plazo concedido es irracionalmente corto, atendidas las circunstancias del caso, o si se trata de un plazo que por su duración demuestra que el comprador está empeñado en que el vendedor pueda efectivamente cumplir. Si se trata de lo primero, considero que la concesión de un plazo irracional es ineficaz de todo punto, y deberá ser reiterada.