



# CONFORMIDAD Y EXPECTATIVAS RAZONABLES DE LOS CONSUMIDORES

BEATE GSELL

CATEDRÁTICA DE DERECHO CIVIL, DERECHO PROCESAL CIVIL Y  
DERECHO PRIVADO Y PROCESAL EUROPEO EN LA UNIVERSIDAD  
LUDWIG-MAXIMILIAN DE MUNICH.

MAGISTRADA DEL TRIBUNAL REGIONAL SUPERIOR (OLG) DE  
MUNICH.

**WORKING PAPERS  
JEAN MONNET CHAIR**



**EUROPEAN  
PRIVATE LAW**



UNIVERSITAT DE  
BARCELONA

WORKING PAPER 2/2022

**Abstract:** After discussing the objective conformity requirement, this paper explains the relationship between objective and subjective conformity requirements, in the light of consumers' reasonable expectations, and the impact of the former on party autonomy and the shaping of the subject matter of the contract.

**Keywords:** objective and subjective conformity requirements, freedom of the parties, transparency, duties of information, second-hand goods.

**Resumen:** Tras explicar en qué consiste el requisito de conformidad objetiva, el presente trabajo explica la relación entre los requisitos objetivos y subjetivos de conformidad, a la luz de las expectativas razonables de los consumidores, y el impacto de los primeros sobre la autonomía de la voluntad y la determinación del objeto del contrato.

**Palabras clave:** requisitos de conformidad objetivos y subjetivos, libertad contractual, transparencia, deberes de información, bienes de segunda mano.

**Resum:** Després d'explicar en què consisteix el requisit de conformitat objectiva, el present treball explica la relació entre els requisits objectius i subjectius de conformitat, a la llum de les expectatives raonables dels consumidors, i l'impacte dels primers sobre l'autonomia de la voluntat i la determinació de l'objecte del contracte.

**Paraules clau:** requisits de conformitat objectius i subjectius, llibertat contractual, transparència, deures d'informació, béns de segona ma.

El trabajo forma parte de las actividades del Proyecto I+D+I DER2017-84748-R, cuyo IP es Sergio Cámara Lapuente.
------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

**SUMARIO**

1. INTRODUCCIÓN.....	4
2. PRIORIDAD DE LOS REQUISITOS OBJETIVOS SOBRE LOS SUBJETIVOS EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS .....	5
2.1. Cómo se diseña la prioridad de los requisitos objetivos.....	5
2.2. Relevancia de la expectativa razonable del consumidor en la conformidad objetiva.	5
2.3. Relevancia de las declaraciones públicas en las expectativas razonables.....	6
3. TENDENCIA GENERAL EN EL DERECHO EUROPEO DE CONSUMO A LA INCLUSIÓN DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN EL CONTRATO Y EL IMPEDIMENTO DE UN ACUERDO DISTINTO .....	6
3.1. Inclusión en el contrato de la información dada por el comerciante .....	6
3.2. Extensión de la inclusión en el contrato a la información dada por terceros .....	7
3.3. Inclusión de la expectativa del mercado en el contrato, sin posibilidad de corrección por parte del vendedor en las nuevas Directivas .....	8
3.4. Conclusión intermedia .....	8
4. INTERPRETACIÓN DE LA PRIMACÍA DE LOS CRITERIOS OBJETIVOS COMO RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA.....	8
4.1. Limitación de los requisitos objetivos a los productos del mismo tipo .....	9
4.2. Tensión entre la libertad contractual para determinar el objeto del contrato y los criterios objetivos imperativos .....	9
4.3. Resolver la tensión interpretando los requisitos imperativos de conformidad como requisitos de transparencia .....	10
4.4. La entrada en el mercado de nuevos productos sigue siendo posible .....	11
4.5. Bienes con una calidad muy individualizada como, en particular, los bienes de segunda mano .....	12
5. CONCLUSIÓN.....	13

## 1. INTRODUCCIÓN

Las dos nuevas Directivas (UE) 2019/770 y 2019/771, regulan esencialmente los derechos que tiene un consumidor si el producto entregado es defectuoso, independientemente de que este sea un contenido digital, un servicio digital, un bien con elementos digitales integrados, o un bien de consumo convencional. Sin embargo, los requisitos de conformidad de las dos nuevas Directivas presentan notables diferencias en comparación con los de la anterior Directiva 1999/44, sobre la venta de bienes de consumo. Una de las más importantes, que constituye el objeto de mi presentación hoy, es la jerarquía de los requisitos subjetivos y objetivos de conformidad. Ambas Directivas establecen requisitos subjetivos, es decir, determinan cual es la calidad debida, según lo acordado contractualmente por las partes<sup>1</sup>, pero además establecen requisitos objetivos de calidad.<sup>2</sup> Esto no es sorprendente, 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 mercado correspondiente o a estándares similares objetivados, que permiten completar el acuerdo. También la antigua Directiva 99/44 preveía requisitos objetivos. Así, se presumía que los bienes de consumo eran conformes si eran “aptos para los usos a que ordinariamente se destinan bienes del mismo tipo” y si presentaban “la calidad y las prestaciones habituales de un bien del mismo tipo que el consumidor puede fundadamente esperar, habida cuenta de la naturaleza del bien y [...] de las declaraciones públicas sobre las características concretas de los bienes hechas por el vendedor, el productor o su representante, en particular en la publicidad o el etiquetado”<sup>3</sup>. En las dos nuevas Directivas figuran requisitos objetivos similares. Para simplificar, sólo citaré una de las dos Directivas, la de venta de bienes. Pero la Directiva sobre contenidos y servicios digitales contiene una normativa paralela: Los bienes deben poseer “las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad, funcionalidad, compatibilidad y seguridad, que presentan normalmente bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar.” Sin embargo, la particularidad de las dos nuevas Directivas es que establecen una cierta prioridad de estos requisitos objetivos de conformidad sobre los subjetivos.

Esta prioridad de los requisitos objetivos de conformidad sobre los subjetivos, como se estipula en las nuevas Directivas, ha sido fuertemente criticada. A primera vista, esta crítica es plausible: se sostiene que se está restringiendo demasiado la libertad contractual. Los empresarios deben poder decidir por sí mismos qué productos quieren ofrecer y con qué características. Además, se teme que se dificulte el acceso al mercado de nuevos productos si la conformidad ya no se determina por lo

---

<sup>1</sup> Art. 7 Directiva (UE) 2019/770 y art. 6 Directiva (UE) 2019/771.

<sup>2</sup> Art. 8 Directiva (UE) 2019/770 y art. 7 Directiva (UE) 2019/771.

<sup>3</sup> Art. 3.2 letras c y d Directiva 1999/44/CE.

que se acuerda subjetivamente en el contrato, sino por lo que espera objetivamente el mercado de referencia.

No considero que esta crítica esté justificada. En mi opinión, no está justificado si se entienden los nuevos requisitos como un régimen de información y, por tanto, en el fondo, como un régimen de transparencia. La prioridad de los requisitos objetivos sobre los subjetivos de conformidad se inscribe, pues, en una evolución general de la legislación europea en materia de información a los consumidores, tal y como desarrollo a continuación.

## **2. PRIORIDAD DE LOS REQUISITOS OBJETIVOS SOBRE LOS SUBJETIVOS EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS**

### **2.1. CÓMO SE DISEÑA LA PRIORIDAD DE LOS REQUISITOS OBJETIVOS**

Ante todo me gustaría mostrar cómo se efectúa técnicamente la prioridad de los requisitos objetivos sobre los subjetivos en las nuevas Directivas. Esta se hace de tal manera que un acuerdo contractual sobre una desviación de los requisitos objetivos está sujeto a requisitos formales tan estrictos que apenas será posible en la práctica, al menos en el caso de los contratos celebrados en masa.<sup>4</sup> Así, según las Directivas, la validez de un acuerdo sobre divergencias con respecto a los requisitos objetivos sólo es efectiva si, en primer lugar, el consumidor ha sido informado de ello de forma específica y si, en segundo lugar, ha aceptado la divergencia expresamente en el momento de la celebración del contrato y, en tercer lugar, ha aceptado la divergencia por separado.<sup>5</sup> Una vez más, esto significa que es prácticamente imposible que el comerciante escape a los requisitos objetivos de las nuevas Directivas. O, en otras palabras, 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.

### **2.2. RELEVANCIA DE LAS EXPECTATIVAS RAZONABLES DEL CONSUMIDOR EN LA CONFORMIDAD OBJETIVA**

Puesto que con las nuevas Directivas los requisitos objetivos constituyen prácticamente una norma imperativa en la distribución en masa, es especialmente urgente establecer cómo hay que determinarlos. Quisiera traer a colación la Directiva sobre bienes de consumo y recordar que la Directiva (UE) 2019/770, sobre contenidos y servicios digitales, contiene una disposición paralela: los bienes deben poseer “las cualidades y otras características, en particular respecto de la durabilidad,

---

<sup>4</sup> Art. 8.1, 2 y 5 Directiva (UE) 2019/770; art. 7.1, 3 y 5 Directiva (UE) 2019/771.

<sup>5</sup> Art. 8.5 Directiva (UE) 2019/770; art. 7.5 Directiva (UE) 2019/771.

funcionalidad, compatibilidad y seguridad, que presentan normalmente bienes del mismo tipo y que el consumidor pueda razonablemente esperar.” Lo primordial, pues, es la expectativa razonable del consumidor.<sup>6</sup>

### **2.3. RELEVANCIA DE LAS DECLARACIONES PÚBLICAS EN LAS EXPECTATIVAS RAZONABLES DEL CONSUMIDOR**

La importancia central de la expectativa razonable del consumidor plantea la cuestión de cuáles son los parámetros decisivos que sirven para establecerla. Dicho de otro modo ¿qué es lo que razonablemente puede esperar el consumidor? Según las Directivas –y de nuevo, para simplificar, me limitaré a la Directiva sobre bienes– se debe tener en cuenta “la naturaleza de los bienes y [...] cualquier declaración pública realizada por el vendedor, o en su nombre, por otras personas en fases previas de la cadena de transacciones, incluido el productor, especialmente en la publicidad o el etiquetado”.<sup>7</sup> Por tanto, el factor decisivo son las expectativas provocadas por las declaraciones públicas, incluidas las declaraciones de terceros en la cadena de distribución y, en particular, el productor. El comerciante está básicamente obligado a cumplir con la información que se ha dado al consumidor y que ha provocado una cierta expectativa de calidad.

Sin embargo, estas declaraciones públicas no obligan al comerciante sin excepción. Este no está obligado si “desconocía tal declaración pública y no cabía razonablemente esperar que la conociera”. Además, no está obligado si “en el momento de la celebración del contrato, la declaración pública había sido corregida del mismo modo en el que había sido realizada o de modo similar”. Finalmente, no está obligado si “la declaración pública no pudo influir en la decisión de adquirir los bienes”.

## **3. TENDENCIA GENERAL EN EL DERECHO EUROPEO DE CONSUMO A LA INCLUSIÓN DE LA INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL EN EL CONTRATO Y EL IMPEDIMENTO DE UN ACUERDO DISTINTO**

### **3.1. INCLUSIÓN EN EL CONTRATO DE LA INFORMACIÓN DADA POR EL COMERCIANTE**

Con la importancia clave de la expectativa razonable del consumidor provocada por declaraciones públicas, las nuevas Directivas siguen la tendencia general de la legislación europea en materia de información al consumidor. En el Derecho europeo de consumo, las obligaciones precontractuales son luego contenido del contrato. La posibilidad de acordar algo distinto a lo previsto en la información precontractual se ve dificultada por el hecho de que los consumidores deben aceptar expresamente dicha

---

<sup>6</sup> Art. 8.5 Directiva (UE) 2019/770; art. 7.5 Directiva (UE) 2019/771.

<sup>7</sup> Art. 8.5 (UE) 2019/770; art. 7.5 Directiva (UE) 2019/771.

desviación, a veces también por separado. De este modo, se dificulta que el comerciante, que puede haber suscitado expectativas a través de cierta información precontractual, se desvíe de estas expectativas e imponga un contenido distinto. Este tipo de normas se pueden encontrar, por ejemplo, en la Directiva 2011/83/UE sobre los derechos de los consumidores, para los contratos a distancia y los contratos celebrados fuera del establecimiento.<sup>8</sup> Asimismo, se encuentran en la Directiva 2008/122/CE sobre los contratos de aprovechamiento por turno de bienes de uso turístico<sup>9</sup> y en la Directiva (UE) 2015/2302 sobre viajes combinados.<sup>10</sup>

### **3.2. EXTENSIÓN DE LA INCLUSIÓN EN EL CONTRATO A LA INFORMACIÓN DADA POR TERCEROS**

Sin embargo, cabe observar que esta tendencia a la protección de los consumidores mediante la imposición al comerciante de la expectativa provocada por la información precontractual ya no toma en cuenta únicamente al comerciante individual. Es importante recordar que en las Directivas sobre contenidos y servicios digitales y sobre bienes, el comerciante está obligado también por las declaraciones de terceros y, por tanto, por la información que no proporciona él mismo, sino otras personas. Ahora bien, esta tendencia a que una expectativa del mercado suscitada por terceros pase a formar parte del contrato no es nueva. Efectivamente, la Directiva 1999/44/CE ya contenía el requisito paralelo de que las declaraciones públicas de terceros, en concreto del fabricante o su representante, sobre las características específicas de los bienes, debían tenerse en cuenta para la conformidad, en particular las declaraciones publicitarias y la información de terceros en las etiquetas de los bienes. Ya he mencionado antes esta disposición de la antigua Directiva. Y al igual que las nuevas Directivas, se preveía que sólo si el vendedor probaba que no conocía o no necesitaba conocer la declaración en cuestión o que fue corregida en el momento de la celebración del contrato o que no pudo influir en la decisión de compra, dichas declaraciones publicitarias no determinaban la conformidad de los bienes de consumo vendidos. Así, la Directiva 99/44 ya seguía el principio de que una expectativa general

---

<sup>8</sup>Art. 6.5: “La información a que se refiere el apartado 1 formará parte integrante del contrato a distancia o celebrado fuera del establecimiento y no se alterará a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario”.

<sup>9</sup> Art. 5.2: “La información a que se refiere el artículo 4, apartado 1, formará parte integrante del contrato y no se alterará a menos que las partes dispongan expresamente lo contrario o que los cambios sean resultado de circunstancias anormales, imprevisibles y ajenas a la voluntad del comerciante y cuyas consecuencias no habrían podido evitarse pese a toda la diligencia empleada. [...]”.

<sup>10</sup> Art. 6.1: “Los Estados miembros garantizarán que la información facilitada al viajero con arreglo al artículo 5, apartado 1, párrafo primero, letras a), c), d), e) y g), forme parte integrante del contrato de viaje combinado y no se modifique salvo que las partes contratantes acuerden expresamente lo contrario. El organizador y, en su caso, el minorista, comunicarán de forma clara, comprensible y destacada al viajero, antes de la celebración del contrato de viaje combinado, todos los cambios de la información precontractual.”

de conformidad provocada por la información de terceros pasa a formar parte del contrato.

### **3.3. INCLUSIÓN DE LA EXPECTATIVA DEL MERCADO EN EL CONTRATO, SIN POSIBILIDAD DE CORRECCIÓN POR PARTE DEL VENDEDOR EN LAS NUEVAS DIRECTIVAS**

Sin embargo, la Directiva 99/44 era menos estricta en cuanto a vincular al vendedor a esas declaraciones de terceros. La norma podía entenderse en el sentido de que una declaración pública de un tercero no obligaba al vendedor como requisito objetivo de conformidad si éste la corregía individualmente en el momento de la celebración del contrato. Esto ya no es posible con las nuevas Directivas. Las nuevas Directivas exigen explícitamente, como condición para que la declaración pública ya no sea requisito objetivo de conformidad, que esta declaración pública haya sido corregida “del mismo modo en el que había sido realizada o de modo similar”. Se descarta, por tanto, una mera corrección individual de una declaración hecha públicamente.

Esta desviación de las nuevas Directivas con respecto a la antigua parece ser coherente. Como se ha mencionado anteriormente, las nuevas Directivas no permiten, en general, desviarse de los requisitos objetivos simplemente por acuerdo. Por el contrario, tal convenio está sujeto a los requisitos especialmente estrictos de un acuerdo explícito y separado mencionados anteriormente. En la antigua Directiva, en cambio, todavía no existía ese obstáculo especial para las desviaciones de los requisitos objetivos.

### **3.4. CONCLUSIÓN INTERMEDIA**

Llego ahora a una conclusión intermedia: al vincular al comerciante a las expectativas objetivadas del mercado en cuanto a la calidad del producto, sin poder desviarse de ellas por simple acuerdo individual, las nuevas Directivas continúan una tendencia general en el Derecho europeo a propósito de la información al consumidor: La información precontractual pasa a formar parte del contrato, prácticamente sin posibilidad de desviarse individualmente de dicha información. Esto también se aplica a la información procedente de terceros, como los productores, que son quienes configuran las expectativas de los consumidores en el mercado.

## **4. INTERPRETACIÓN DE LA PRIMACÍA DE LOS CRITERIOS OBJETIVOS COMO RÉGIMEN DE TRANSPARENCIA**

Como ya se ha mencionado, y no es de sorprender, el nuevo régimen de las Directivas, con sus requisitos de conformidad objetiva casi imperativos, ha sido criticado por algunos por considerar que supone una restricción excesiva de la libertad contractual. Las nuevas directivas, según sus detractores, obstaculizan la innovación digital.<sup>11</sup> Sin

---

<sup>11</sup> Riehm/Abold, CR 2021, 530, 534 ss, son especialmente claros. En §§ 24 ss evalúan el nuevo régimen de conformidad objetiva y consideran que este dificultará considerablemente el establecimiento de

embargo, este reproche no me parece justificado, por lo menos si la respectiva categoría de productos que sirve para medir el requisito de conformidad objetiva se establece de forma acorde con la transparencia exigible para los consumidores llamados a ser los potenciales clientes. Los requisitos objetivos de calidad funcionan entonces como obligaciones de información generalizadas. En consecuencia, constituyen un eficaz régimen de transparencia frente al círculo de compradores potenciales. A continuación, me permito explicar esto con más detalle.

#### **4.1. LIMITACIÓN DE LOS REQUISITOS OBJETIVOS A LOS PRODUCTOS DEL MISMO TIPO**

Para comprender la primacía de los requisitos objetivos de conformidad como régimen de transparencia, es importante tener clara la siguiente (considerable) limitación del alcance de los requisitos objetivos de conformidad. Estos solo se refieren a “bienes del mismo tipo”<sup>12</sup> o “contenidos o servicios digitales del mismo tipo”.<sup>13</sup> Por tanto, las Directivas no definen el objeto del contrato en sí, sino que lo dejan al libre acuerdo de las partes. Por lo tanto, si las partes contratantes acuerdan que se venderán manzanas, éstas no tienen por qué cumplir las expectativas del consumidor de peras. Esto se debe a que las manzanas y las peras se distinguen en el comercio y, por tanto, no son “bienes del mismo tipo”. Otra cosa sólo puede aplicarse si la fruta se vendió de manera generalmente no especificada.

#### **4.2. TENSION ENTRE LA LIBERTAD CONTRACTUAL PARA DETERMINAR EL OBJETO DEL CONTRATO Y LOS CRITERIOS OBJETIVOS IMPERATIVOS**

Que las peras no tienen que ser manzanas y viceversa es básicamente una obviedad. La decisión de si alguien quiere vender o comprar manzanas o peras no puede ser tomada por la ley, sino que debe dejarse a la autonomía privada. Esta consideración se aplica igualmente a la elección entre unos auriculares tradicionales con cable o un modelo inalámbrico moderno. Y también se aplica a la decisión entre un *smartphone* con una conexión tradicional para auriculares o un dispositivo más moderno con tecnología Bluetooth o USB.<sup>14</sup> En cada caso, no se puede prescribir razonablemente ninguna norma objetiva por ley. Por lo tanto, si las nuevas Directivas no pueden regular si se venden o compran manzanas o peras, no se puede suponer que el legislador europeo haya querido, sin embargo, imponer el objeto del contrato. Porque eso sería como escribir en las directivas: 2 más 2 es igual a 5. O, dicho de otro modo,

---

nuevos productos digitales innovadores, que a menudo se caracterizan por desviarse de los estándares de mercado anteriores.

<sup>12</sup> Art. 7.1 letras a y d Directiva (UE) 2019/771.

<sup>13</sup> Art. 8.1 letras a y b Directiva (UE) 2019/770.

<sup>14</sup>El ejemplo de los auriculares procede de un video explicativo de Riehm, disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=gjrJwVfPYb0&t=3646s>>, aproximadamente en el minuto 52:40. Última consulta: 24.2.2022.

existe una cierta tensión entre, por un lado, la intención del legislador europeo de prescribir requisitos objetivos imperativos de calidad y, por otro, la libertad inalienable de las partes contratantes para determinar ellas mismas el tipo de objeto del contrato. Tiene sentido resolver esta tensión de forma que los requisitos objetivos de carácter imperativo en las nuevas Directivas quieren y deben limitarse a prescribir que lo que se vende como pera debe ser realmente una pera y lo que se comercializa como manzana debe ser realmente una manzana.

#### **4.3. RESOLVER LA TENSIÓN INTERPRETANDO LOS REQUISITOS IMPERATIVOS DE CONFORMIDAD COMO REQUISITOS DE TRANSPARENCIA**

La cuestión crucial es entonces si la manzana se vendió realmente como manzana y la pera como pera. Y la respuesta, en mi opinión, depende simplemente de la denominación y descripción que el comerciante utilice para el producto en cuestión. El factor decisivo es si el vendedor representa de forma correcta y comprensible las distinciones que se han desarrollado en los mercados de referencia, en particular sobre la base de la publicidad y las descripciones de los productos accesibles al público. El comerciante debe tener en cuenta, pues, de forma transparente las expectativas del mercado existentes en la designación y descripción de lo que vende. Por ejemplo, cualquiera que ofrezca a la venta “coches nuevos” no puede estipular efectivamente los arañazos en los guardabarros como conforme con el contrato frente a los consumidores, sin superar el obstáculo de un acuerdo expreso y separado.<sup>15</sup> Esto es así porque, por lo general, los coches nuevos aún no se han puesto en servicio y, por tanto, no tienen arañazos en dichos guardabarros.

Y creo que está justificado que el comerciante tenga que proceder de esta manera super transparente. Porque, en efecto, ya hace mucho tiempo que es una realidad social que los bienes de consumo analógicos y digitales están muy estandarizados. Por tanto, las expectativas de los consumidores no se basan principalmente en lo que dice el comerciante individual, sino en cómo se describen y se anuncian determinados productos a los grupos de clientes a los que estos van dirigidos, en general, por parte del productor, en particular. Por esta razón, me parece fundamentalmente correcto y adecuado que, según las dos nuevas Directivas, el comerciante individual deba superar el obstáculo procedimental de un consentimiento explícito y separado si quiere desviarse de la condición habitual del tipo de producto que ha ofrecido como tal en el negocio de consumo. En otras palabras, los estrictos requisitos de transparencia están justificados porque el comerciante individual tiene poca influencia en los estándares de calidad esperados en el mercado. Por lo tanto, deberá describir sus productos de forma que se corresponda con la terminología comúnmente utilizada en el mercado. O bien, debe dejar claro de forma inequívoca que se trata de un tipo de producto diferente.

---

<sup>15</sup> Para los bienes usados, véase el apartado 5.

#### 4.4. LA ENTRADA EN EL MERCADO DE NUEVOS PRODUCTOS SIGUE SIENDO POSIBLE

Sin embargo, este régimen de transparencia no significa que la gama de productos disponibles en el mercado y las correspondientes expectativas de tráfico estén congeladas o fosilizadas. Más bien, sólo se exige que la parte que lanza un nuevo producto al mercado comunique de forma clara y transparente en qué se diferencia de las expectativas actuales del mercado. Por lo tanto, debe quedar claro en la descripción del producto y en la publicidad que una pera no es una manzana y por qué. Por ejemplo, creo que según la nueva Directiva (UE) 2019/771, es perfectamente lícito vender un smartphone que ya no tiene la toma de auriculares, antes común, sino que sólo prevé Bluetooth o USB. Y esto, sin obtener un consentimiento explícito por separado de cada comprador con la nueva tecnología. El factor decisivo es, de nuevo, si los smartphones con la antigua y los que tienen la nueva toma de auriculares son “bienes del mismo tipo”.<sup>16</sup> El factor decisivo es si ambos tipos se distinguen en el comercio. Y esto, a su vez, viene determinado principalmente por el hecho de que quienes ahora venden smartphones con nuevas conexiones destaquen de forma clara y transparente esta diferencia con respecto a los modelos anteriores en la descripción del producto y en la publicidad. Si lo hacen, entonces, en mi opinión, se ha dado el paso de la manzana a la pera y, por tanto, los smartphones antiguos y los nuevos ya no pueden ser mezclados en los requisitos de calidad exigidos por contrato. Dado que los compradores no esperan una toma de auriculares antigua en los smartphones con una nueva toma de auriculares debido a la correspondiente información transparente, los requisitos objetivos se cumplen, aunque falte la antigua toma de auriculares. Por lo tanto, no hay ninguna desviación de los requisitos objetivos de calidad. En consecuencia, no es necesario un consentimiento explícito por separado de los consumidores-compradores para la nueva toma de auriculares.

Paralelamente, si, por ejemplo, se introducen en el mercado nuevos programas informáticos que ya no se manejan con el teclado sino sólo con el control de la voz, tampoco sería necesario obtener siempre el consentimiento explícito y por separado de cada consumidor. También en este caso son decisivas la descripción del producto y la publicidad correspondiente en la distribución. Si, por ejemplo, el software sirve para crear un libro de presupuesto y si este software se describe y se vende sin más explicaciones como un software para crear un libro de presupuesto, entonces el vendedor individual tendría que acordar por separado y explícitamente con cada consumidor individual que el funcionamiento a través de un teclado está excluido de una manera diferente a la habitual hasta ahora. Si, por el contrario, se anunciara de forma transparente y clara que este libro de presupuesto digital se gestiona exclusivamente mediante la introducción de la voz, entonces, en mi opinión, se habría conseguido de nuevo el cambio de la manzana a la pera.

---

<sup>16</sup> Art. 7.1 letras a y d Directiva (UE) 2019/771.

#### **4.5. BIENES CON UNA CALIDAD MUY INDIVIDUALIZADA COMO, EN PARTICULAR, LOS BIENES DE SEGUNDA MANO**

Sin embargo, los nuevos requisitos imperativos de calidad objetiva también se aplican cuando sólo existe una expectativa de mercado aproximadamente estandarizada que, por lo tanto, debe cumplirse en casos individuales. Esto puede deberse a que los productos difieren mucho entre sí de forma individual sin que se hayan desarrollado subtipos en el mercado a través de la publicidad o de descripciones de productos generalmente accesibles. Especialmente en el caso de los bienes usados, se puede concebir una amplia gama de escenarios de deterioro distintos. Esto plantea la cuestión, por ejemplo, de si un coche usado que ha sido utilizado como taxi<sup>17</sup> en el pasado, o uno en el que una puerta ha sido pintada de un color diferente, o está abollada puede venderse a un consumidor libre de defectos, sin que el comprador tenga que aceptar expresamente y por separado que el vehículo tiene una condición correspondiente. En principio, respondería afirmativamente. En el caso de los coches usados, no existe una expectativa de mercado uniforme en cuanto al grado de desgaste, deterioro o transformación causado por el uso. La expectativa del mercado, entonces, necesariamente debe ser completada. En consecuencia, la expectativa de calidad individual sólo está determinada por la descripción individual de la condición. Por tanto, la situación es diferente a la de la venta de un “coche nuevo”. Mientras que el vendedor de un coche nuevo está sujeto a la expectativa estandarizada del mercado de un estado impecable, el vendedor de un “coche usado” tiene en sus manos determinar de forma decisiva la expectativa de calidad por parte del comprador describiendo de forma clara y transparente el estado individual. En consecuencia, a diferencia de la compra de un coche nuevo, las partes de la compra de un coche usado son, en principio, libres de determinar el estado de desgaste, quizá ya avanzado, de la pieza individual -o incluso su uso intensivo como taxi- como característica decisiva para los requisitos objetivos de calidad. Esto crea, por así decirlo, un subtipo más concreto dentro del tipo general vagamente estandarizado de coche usado que existe en el mercado. Sólo esta condición concreta descrita de forma clara y transparente por el vendedor determina entonces los “bienes del mismo tipo” en el sentido de los requisitos objetivos de calidad de las nuevas Directivas. Así, mientras que el vendedor de un “coche nuevo” necesita el consentimiento expreso y separado del consumidor-comprador si quiere venderle como nuevo -libre de defectos- un coche que tiene arañazos en la puerta, esto no se aplica al vendedor de un coche usado que lo ha descrito con suficiente claridad como correspondientemente rayado. 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>17</sup> Agradezco a Florian Faust que me haya proporcionado este ejemplo.

## 5. CONCLUSIÓN

Con esto llego al final de mi presentación y me gustaría volver a resumir mis conclusiones en breves tesis:

1. Existe una tensión que no puede resolverse por completo entre, por un lado, la libertad subjetiva de las partes para definir el objeto del contrato y, por otro, los requisitos objetivos imperativos de calidad previstos en las nuevas Directivas (UE) 770 y 771.
2. Sin embargo, esta tensión puede superarse en gran medida si se interpretan los requisitos objetivos de calidad como un régimen de transparencia. Esto obliga a los comerciantes a reflejar de forma correcta y transparente las categorías de productos y las expectativas de calidad establecidas en el mercado a la hora de nombrar y describir el objeto del contrato.
3. En particular, cuando se introduzcan en el mercado nuevos productos y variantes de productos con desviaciones de la norma de calidad habitual hasta entonces, dichas desviaciones deben indicarse claramente. En caso contrario, no formarán parte del contrato.
4. Esta objetivación del objeto del contrato, en el sentido de un régimen de transparencia efectivo, está justificada. Esto se debe a que tiene en cuenta una realidad social en la que, en el caso de los productos de consumo analógicos y digitales comercializados en masa, ya no es el vendedor individual el que determina de forma decisiva las expectativas de calidad que prevalecen en el mercado.
5. Sin embargo, en la medida en que no exista una expectativa de mercado estandarizada, como por ejemplo en el caso del desgaste de los coches usados, sigue siendo en principio el caso que el vendedor individual puede seguir acordando el estado concreto del objeto de la compra también en relación con los consumidores. Esto se vuelve así, en cierto modo, la característica de un subtipo concreto, que es entonces la única vara de medir para los requisitos objetivos de calidad.



Este obra está bajo una  
[licencia de Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-SinObraDerivada 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).